



Iolanda Alexandrina Fernandes Mesquita

O Agente Infiltrado
“Análise Jurisprudencial”

Dissertação em Ciências Jurídico-Forenses

Janeiro / 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Iolanda Alexandrina Fernandes Mesquita

O Agente Infiltrado

“Análise Jurisprudencial”

**Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º ciclo de
estudos em Direito, conducente ao grau de Mestre,
na Área de Especialização de Ciências Jurídico-
Forenses**

**Sob orientação da Exma. Sr.^a Professora Susana
Maria Aires de Sousa**

Coimbra, 2016

RESUMO

Na elaboração desta dissertação, pretendemos abordar a figura do agente infiltrado, nomeadamente, a validade (ou não) da sua conduta, no âmbito das acções encobertas, por si levadas a cabo, como meio de obtenção de provas, no decorrer duma investigação criminal, nos termos da Lei nº101/2001 de 25 de Agosto. Sendo que, o faremos com base na análise da jurisprudência, ou seja, verificando se, o que nos é referenciado nos preceitos legais, é realmente aferido e cumprido na prática.

Relativamente ao modo de sistematizar toda esta problemática, começaremos por, no primeiro Capítulo desta dissertação, definir a figura do agente infiltrado; abordando de seguida, a legalidade da actuação do mesmo. Sendo este capítulo finalizado, com uma breve análise do facto de, não raras as vezes, com a utilização deste meio de investigação criminal, constatar-se uma colisão com os direitos e liberdades dos cidadãos, e desse modo, perceber em que medida se pode comprimir os direitos fundamentais dos arguidos em busca da descoberta da verdade material.

Posteriormente, no Capítulo II, procederemos a uma breve explicitação do regime das acções encobertas, isto é, que o recurso à utilização do agente infiltrado é apenas admitido, no núcleo de crimes postulado no artigo nº 2 da lei 101/2001 de 25 de Agosto; e se, respeitados os requisitos previstos no nº 3 da referida lei. Seguidamente, para que possamos elaborar um enquadramento da utilização das mesmas, passaremos a analisar em que tipo de ilícitos penais se verifica, em maior ou menor grau, a actuação de um agente infiltrado. Ulteriormente, abordaremos a questão deveras polémica, que se postula na admissibilidade da prova obtida pelo agente infiltrado.

Posto isto, no último capítulo desta dissertação, faremos uma análise da jurisprudência nacional e da verificada no TEDH, de modo a que possamos verificar se, tudo aquilo que é referenciado na doutrina, é realmente vivenciado na prática, isto é, se nos casos jurisprudenciais, é assim tão fácil, definir e delimitar a actuação dum agente infiltrado.

Até porque, como todos sabemos, de intenções, de vontades, estamos todos nós repletos, a forma como nos negamos a cedê-las é que demonstra a essência do nosso verdadeiro "Ser".

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – Acórdão;

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem;

CP – Código Penal;

CPP – Código de Processo Penal;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

DL – Decreto-Lei;

D.R – Diário da República;

JIC – Juiz de Instrução Criminal;

MP – Ministério Público;

Nº - Número;

OPC – Órgãos de Polícia Criminal;

PJ – Polícia Judiciária;

PSP – Polícia de Segurança Pública;

RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro;

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

TC – Tribunal Constitucional;

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;

TRE – Tribunal da Relação de Évora;

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa;

TRP – Tribunal da Relação do Porto.

ÍNDICE

RESUMO	Página 1
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	Página 3
ÍNDICE	Página 5
INTRODUÇÃO	Página 7
CAPÍTULO I	Página11
O AGENTE INFILTRADO	Página11
Legalidade da actuação de um agente infiltrado	Página12
1.1. 1.2. Problemática da actuação do agente infiltrado, devido à colisão com direitos fundamentais	Página 14
CAPÍTULO II	Página17
REGIME JURIDÍCO DAS ACÇÕES ENCOBERTAS	Página17
2.1. Tipo de ilícito criminal em que se verifica uma maior incidência da utilização de uma acção encoberta	Página 18
2.2. Admissibilidade da prova obtida através do agente infiltrado	Página 19
CAPÍTULO III	Página 23
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	Página 23
3.1. Descrição do Acórdão do STJ de 11 de Julho de 2013, processo nº1690/10.1JAPRT.L1.S1	Página 25
3.2. Sucinta explicitação do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Maio de 2010, processo nº 281/08.1JELSB.L1-5	Página 29

3.3. Contraponto do estudo do Acórdão do STJ de 11 de Julho de 2013, processo nº 1690/10.1JAPRT.L1.S1, e do Acórdão do TRL de 25 de Maio de 2010, processo nº281/08.1JELSB.L1-5	Página 34
3.4. Breve relato do texto e decisão do Acórdão do STJ de 20 de Fevereiro de 2003, processo nº02P4510	Página 42
3.5. Concisa enunciação do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 20 de Setembro de 2011, processo nº 370/04.1JELSB.E1	Página 48
3.6. Contraponto da análise do Acórdão do STJ de 20 de Fevereiro de 2003, processo nº 02P4510, e do Acórdão do TRE de 20 de Setembro de 2011, processo nº 370/04.1JELSB.E1	Página 55
3.7. Entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem quanto à actuação do agente infiltrado	Página 63
CONCLUSÃO	Página 69
BIBLIOGRAFIA	Página 76
JURISPRUDÊNCIA	Página 79

INTRODUÇÃO

No estudo que estamos a iniciar, pretendemos abordar as variadas questões que se colocam na prática, com o recurso às acções encobertas, por intermédio de agentes infiltrados da PJ e/ou terceiros (estes últimos, devidamente vigiados por agentes da PJ).

Uma vez que, as fases preliminares do processo penal pertencem à Polícia Judiciária, nos termos da Lei 37/2008 de 6 de Agosto, na realização deste estudo, tentaremos alcançar um conhecimento mais abrangente e ponderado, da forma como se conduz uma investigação criminal, de modo a que, na análise da jurisprudência, possamos verificar até que ponto, o recurso ao agente infiltrado, como medida de prossecução da investigação criminal é necessário, e até, indispensável.

Isto porque, como se sabe, a descoberta da verdade e a correspondente “capturação” dos criminosos, são e sempre foram, os objectivos da realização da justiça penal.

Como Figueiredo Dias descreve ¹ “ (...) As finalidades primárias do processo penal são a realização da justiça, por um lado, e a descoberta da verdade, por outro (...) ”; portanto, para se poder alcançar o restabelecimento da paz jurídica na sociedade é necessário respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos. Aliás, só assim, o poder punitivo do Estado pode ser legitimado.

¹ José Figueiredo Dias, in Princípios estruturantes do processo penal, Código de Processo Penal - processo legislativo, volume II, tomo II, Lisboa, Edição da Assembleia da República, 1999, página 23.

A tal corroboram, Teresa Pizarro Beleza e Frederico da Costa Pinto ², quando afirmam que “ (...) Não existe um processo penal válido sem prova que o sustente, nem um processo penal legítimo, sem respeito pelas garantias de defesa (...) ”.

Para tal, é atribuído aos juízes de instrução criminal, o papel de garante de direitos fundamentais, isto porque, só com a autorização do JIC é que qualquer agente infiltrado pode levar a cabo a procura pela verdade, através de uma acção encoberta. Aliás, tal é postulado pelo disposto no artigo 125º do CPP, que nos diz que, a atipicidade probatória terá como primeiro limite, o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos. Por essa razão, no nosso sistema processual penal, a prova (validamente obtida) é requisito indispensável para que se alcance a verdade material dos factos, e assim se determine a medida da pena a aplicar.

Facto é que, nas últimas décadas, verificou-se um exponencial aumento da criminalidade considerada grave, o que provocou elevados danos sociais. Impondo-se, assim, às Sociedades Democráticas, a criação de meios eficazes de prevenção e combate à mesma, originando, desse modo, novas medidas de investigação criminal.

É neste campo que surgem as acções encobertas que, apesar de se verificarem na prática desde 1983, só foram devidamente legisladas em 2001.

O recurso às acções encobertas, insere-se assim, numa das diversas técnicas especiais de investigação, prevista no artigo 20º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

² Teresa Pizarro Beleza e Frederico da Costa Pinto, in Prova criminal e direito de defesa - estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal, Coimbra, Almedina, 2010, página 5.

Facto mais que abordado, é a controvérsia que a figura do agente infiltrado provoca na doutrina, devido ao confronto que provoca entre dois dos pilares do Estado de Direito, nomeadamente, a Segurança e a Liberdade; sendo certo que, devido ao recente universo criminal, a primeira ganhou relativamente à última.

Posto isto, o recurso ao agente infiltrado, consubstancia um meio de obtenção de prova de *ultima ratio*, que em alguns casos concretos, pode ser danificador de direitos fundamentais. E é nesses casos concretos, reais, verídicos, em que o agente infiltrado actua, que nos pretendemos centrar com a elaboração desta tese, isto é, pretendemos analisar a jurisprudência dos Tribunais Portugueses e do TEDH, para saber quais os crimes e em que circunstâncias é mais comum constatar-se o recurso ao agente infiltrado, e acima de tudo, perceber, que pesos e medidas, usam os nossos doutos magistrados, para ponderar a actuação dos agentes infiltrados, e a validação da prova obtida pelos mesmos no decurso da acção encoberta.

Portanto, o nosso objectivo com este estudo é apreciar de forma crítica, a nossa jurisprudência, analisando a legitimidade das acções encobertas em geral, e de forma mais acentuada e específica, o valor probatório concedido a prova obtida através dos agentes infiltrados.

Assim sendo, o foco desta dissertação será a análise da jurisprudência, e a correspectiva constatação (ou não) do respeito pelos nossos princípios de direito consagrados, quando se verifica a actuação dum agente infiltrado. E, em que medida, e até que termos, tal “desrespeito” é, ou deve ser, aceitável.

Como bem afirma Germano Marques da Silva ³ “ (...) o Estado, a comunidade, não tem um interesse oposto ao do arguido, antes lhe interessa exclusivamente a realização da Justiça: a condenação do culpado e a absolvição do inocente (...) ”.

³ Germano Marques da Silva, in Curso de Processo Penal, volume II, 5.^a edição revista e actualizada, Lisboa, Editorial Verbo, Babel, 2011, página 159.

CAPÍTULO I

O AGENTE INFILTRADO

O agente infiltrado é um polícia ou terceiro por si comandado, que se insinua nos meios em que se praticam crimes, com ocultação da sua qualidade, de modo a ganhar a confiança dos criminosos, com vista a obter informações e provas contra eles, embora sem os determinar à prática de infracções.

Portanto, como refere Manuel Augusto Alves Meireis ⁴, o agente infiltrado é aquele que “ (...) através da sua actuação limita-se a obter a confiança do suspeito, tornando-se aparentemente um deles para desta forma ter acesso às informações, planos, processos, confidências...que, de acordo com o seu plano, constituirão as provas necessárias à condenação (...) ”.

Nos termos do Acórdão de 21 de Março de 1996 decidiu o STJ ⁵ que, o agente infiltrado é aquele que “ (...) usa o anonimato para recolher os indícios da execução da actividade criminosa que o seu autor já está anteriormente determinado a praticar (...) ”.

⁴ Manuel Augusto Alves Meireis, in O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1999, página 164.

⁵ Acórdão do STJ de 21 de Março de 1996, processo n.º 27/96.

1.1. Legalidade da actuação de um agente infiltrado

De acordo com o que nos é afirmado pelo STJ ⁶ e pela doutrina em diversos domínios, o que é necessário para apurar a licitude, ou ilicitude, da actuação dum agente infiltrado é proceder à distinção dos casos em que a acção do agente infiltrado cria, determina, uma intenção criminal até então inexistente; dos casos em que o indivíduo já está implícita ou potencialmente disposto a cometer uma infracção, a praticar factos específicos de determinada natureza e características, e a acção do agente infiltrado se limita a pôr em marcha essa intenção.

Nestes termos, estamos portanto, perante um agente provocador quando um membro da força policial ou um terceiro por esta comandado, dolosamente determina outrem ao cometimento de um crime, o qual não seria realizado sem a sua intervenção, movido pelo desejo de obter provas da prática desse crime, ou de submeter esse outrem a um processo penal e à respetiva condenação; sendo que também pode estar subjacente, no caso do tráfico de estupefacientes, o intuito de apreensão da droga.

Tal é corroborado, pela decisão que o STJ tomou nos Acórdãos de 5 de Março de 1997 ⁷ onde é referido que “ (...) O agente provocador actua movido pelo ímpeto de obter provas no âmbito criminal, determinando assim outrem à prática de um crime, condicionando e motivando a sua vontade criminoso... O agente provocador induz ou determina o agente material a cometer o crime e é, por isso, um elemento necessário e indispensável na formação da resolução da prática do acto ilícito pelo seu autor material (...).”

⁶ Nomeadamente, nos Acórdãos de 09 de Junho de 2005, processo n.º 1015/05-3; de 06 de Maio de 2004, processo n.º 1138/04-5; de 30 de Outubro de 2002, processo n.º 2118/02-3; e de 20 de Fevereiro de 2003, processo n.º 4510/02-5.

⁷ Acórdãos do STJ de 5 de Março de 1997, processos n.ºs 1125 e 1135.

Para Manuel da Costa Andrade ⁸, a noção de agente provocador ou homens de confiança, abrange “ (...) todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal tendo como contrapartida a promessa de confidencialidade da sua identidade e actividade. Cabem aqui tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade), como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia, que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto, e quer se limitem à recolha de informações, quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (...) ”.

Nas palavras de Manuel Augusto Alves Meireis ⁹ “ (...) o agente provocador é aquele que, sendo um cidadão particular ou entidade policial, convence outrem à prática de um crime, não querendo o crime a se, e sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso a uma pena (...) ”.

Para este autor, o essencial para o direito penal e processual penal, na actividade de provocação é, acima de tudo, o *animus* do provocador e do provocado. Isto é, é necessário que o agente provocador tenha a vontade e intenção de, através da sua actuação determinar outrem à prática do crime e que o agente provocador não queira o crime que determina outrem a praticar. Ou seja, o agente provocador deve ter dolo de determinar outrem à prática de um crime, deve querer convencer alguém a praticá-lo, mas não pode ter dolo do crime, não pode querer a sua realização.

Portanto, desde que, a actuação do agente infiltrado não consubstancie uma provocação para o cometimento do ilícito por parte do suspeito, a sua actuação é legalmente válida.

⁸ Manuel da Costa Andrade, in Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra Editora, 1992, página 220.

⁹ Manuel Augusto Alves Meireis, in O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1999, página 155.

1.2. Problemática da actuação do agente infiltrado, devido à colisão com direitos fundamentais

O agente infiltrado é um meio de investigação criminal que desde sempre, cria controvérsia jurídica, uma vez que, colide com os direitos fundamentais dos cidadãos, por essa razão, só pode ser utilizado, quando todos os outros meios plausíveis e menos destrutivos de tais direitos e liberdades se demonstrarem ineficazes.

O que é corroborado pelo disposto no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Fevereiro de 2003 ¹⁰, que nos diz que “ (...) Têm sido, em geral, admitidas medidas de investigação especiais, como último meio, mas como estritamente necessárias à eficácia da prevenção e combate à criminalidade objectivamente grave, de consequências de elevada danosidade social, que corroem os próprios fundamentos das sociedades democráticas e abertas, e às dificuldades de investigação que normalmente lhe estão associadas, como sucede com o terrorismo, a criminalidade organizada e o tráfico de droga. A pressão das circunstâncias e das imposições de defesa das sociedades democráticas contra tão graves afrontamentos tem imposto em todas as legislações, (...) o aproveitamento dos elementos fornecidos por elementos das organizações criminosas mediante um sistema premial de atenuação extraordinária ou isenção de pena (...)”.

Deste modo, é importante referir que, a utilização de agentes infiltrados nunca deverá assumir a forma de um comportamento normal de investigação criminal, uma vez que, os arguidos têm direito a um processo equitativo, por força do disposto no artigo 6º da CEDH e nos termos da jurisprudência do TEDH.

¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Fevereiro de 2003, proferido no processo nº 02P4510.

Assim, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de outubro de 2003 ¹¹, é referido que, o recurso aos agentes infiltrados viola o princípio da lealdade, o que pode provocar a invalidade das provas obtidas por estes, no âmbito de uma acção encoberta. Por essa mesma razão, o recurso a este meio de investigação criminal só se deve postular quando, os conhecimentos das forças policiais não permitam, de outra forma, colmatar eficazmente, a actividade dos criminosos. Até porque, se assim não fosse, não estaríamos perante um Estado de Direito Democrático, e correspectivamente, uma sociedade bem organizada.

Todavia, parece-nos que esta ideia, com todo o respeito, é demasiada extremista, além de que, a actuação do agente infiltrado se legalmente levada a cabo, poderá até coincidir com a violação de alguns dos direitos fundamentais dos arguidos, mas não provocará, de todo por todo, uma intromissão tão grave e desvaliosa na sua esfera jurídica, como a ilicitude dos seus actos, provocou na sociedade. Por essa razão, é que a lei que regula as acções encobertas levadas a cabo pelos agentes infiltrados, nomeadamente, a Lei 101/2001 de 25 de Agosto, apenas se aplica a um núcleo bastante restrito de crimes, isto é, à criminalidade considerada grave.

¹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de outubro de 2003, proferido no processo n.º 03P2032, que nos diz que, “A lealdade é um princípio inerente à estrutura do processo penal. A lealdade pretende imprimir *a priori* toda uma atitude de respeito pela dignidade das pessoas e da Justiça e nessa perspectiva é fundamento de proibição de prova (...) Nesta perspectiva parece-me que o recurso a agentes informadores e agentes infiltrados viola o princípio da lealdade e pode acarretar como consequência a proibição de provas obtidas por essa via (...); os agentes informadores e infiltrados não participam na prática do crime, a sua actividade não é constitutiva do crime, mas apenas informativa, e, por isso, é de admitir que, no limite, se possa recorrer a estes meios de investigação (...). Dizemos no limite, ou seja, quando a inteligência dos agentes da justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a actividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça criminal cabe tutelar. É que uma sociedade organizada na base do respeito pelos valores da dignidade humana, que respeite e promova os valores da amizade e da solidariedade, que vise a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno, não pode consentir que o exercício de uma função soberana possa constituir a causa da quebra da solidariedade entre os seus membros, possa ser motivo de desconfiança no próximo, conduzir ao egoísmo e ao isolamento. A sociedade que assim se organize, que consinta a delação organizada e a estimule tem na sua própria estrutura os gérmenes da sua destruição (...)”.

Aliás, neste sentido se pronuncia o Tribunal Constitucional, no Acórdão 578/98 de 14 de Outubro de 1998 ¹², onde se refere que “ (...) no processo penal, vigora o princípio da liberdade da prova, no sentido de que, em regra, todos os meios de prova são igualmente aptos e admissíveis para o apuramento da verdade material (...)”.

Portanto, até mesmo a jurisprudência do Tribunal Constitucional admite que, apesar do recurso aos agentes infiltrados, como meio de investigação criminal, consubstanciar, sempre, a verificação de alguma deslealdade, desde que, a actuação dos mesmos, respeite o elenco de requisitos previstos na Lei 101/2001 de 25 de Agosto, a prova por estes obtida deve ser admissível como meio de prova processual.

Posto isto, é óbvio que, a questão do recurso a agentes infiltrados, ainda hoje, se demonstra bastante “frágil” e criadora de opiniões divergentes, o que é natural, tendo em conta que, desencadeia um conflito de valores entre o dever de administração da justiça e o da correspondente investigação criminal, sendo impossível o exercício absoluto e simultâneo dos dois.

¹² Acórdão do Tribunal Constitucional de 14 de Outubro de 1998, processo nº 578/98, publicado na II Série do D.R. a 26 de Fevereiro de 1999.

CAPÍTULO II

REGIME DAS ACÇÕES ENCOBERTAS

As acções encobertas são hoje reguladas pela Lei 101/2001 de 25 de Agosto.

Sendo que, por força do disposto no artigo 1º nº 1 e nº 2, as mesmas só podem ser realizadas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob controlo da PJ, para fins de prevenção e investigação criminal dos crimes elencados no artigo nº 2º da referida lei.

Não obstante, para que estas sejam levadas a cabo é necessário que, respeitem os requisitos elencados no artigo 3º da mesma lei, que se postulam na adequação aos fins de prevenção e repressão identificados em concreto, nomeadamente à descoberta de material probatório; proporcionalidade àquelas finalidades e à gravidade do crime em investigação.

Acresce que, para que estas sejam legalmente realizadas têm de ser previamente autorizadas pelo Ministério Público, e posteriormente validadas pelo juiz de instrução criminal, nos termos exactos do artigo 3º nº 3 da lei em apreço.

Importante também será referir que, no decurso da acção encoberta, é admissível ao agente infiltrado a adaptação duma identidade fictícia, de modo a, protege-lo contra possíveis represálias, por todos aqueles abrangidos (negativamente) por aquela investigação oculta, por força do previsto no artigo 5º da referida lei.

Além de que, o agente infiltrado “*no âmbito de uma acção encoberta que consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata*”, será isento de qualquer responsabilidade penal sobre esses mesmos actos, nos termos do artigo 6º nº 1 da lei abordada.

Assim sendo, as acções encobertas estão sujeitas a controlo jurisdicional e têm um regime de tramitação legal específicos, que consentem a respectiva abertura até ao termo do inquérito ou da instrução. No entanto, é ao juiz do julgamento que caberá a última palavra sobre a indispensabilidade de utilização da prova obtida pela actuação do agente infiltrado no processo, nos termos do artigo 4º nº 4 da Lei 101/2001 de 25 de Agosto e dos artigos 165º nº 1 e 340º nº 1 do CPP.

2.1. Tipo de ilícito criminal em que se verifica uma maior incidência da utilização de uma acção encoberta

É certo que, as acções encobertas podem ser utilizadas no elenco de crimes previsto no artigo 2º da Lei 101/2001 de 25 de Agosto; no entanto, depois de analisada a base de dados jurídico-documentais ¹³, efectuando uma pesquisa longa e abrangente sobre o recurso às acções encobertas a nível nacional, nomeadamente, após a leitura de diversos acórdãos do STJ, do Tribunal da Relação de Évora, de Lisboa e do Porto; é possível constatar que, apesar deste meio de investigação criminal ser utilizado em vários tipos de ilícito criminal, aquele em que se verifica uma maior incidência de utilização, é sem dúvida, no crime de tráfico ilícito de estupefacientes, regulado nos termos do artigo 21º nº 1 do Decreto-Lei 15/93 de 22 de Janeiro.

¹³ Base de dados jurídico-documentais - www.dgsi.pt.

O que não deve de todo por todo surpreender, uma vez que, o recurso a agentes infiltrados nas redes de tráfico de estupefacientes e o método de "entregas controladas", já eram referidos na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes, adoptada em Viena a 20 Dezembro de 1988.

2.2. Admissibilidade da prova obtida através do agente infiltrado

Neste âmbito, o que importa apurar é a actuação do agente infiltrado, ou seja, saber como é que a sua actuação, pode ou não, consubstanciar, um método proibido de obter prova.

Sendo certo que, desde que, a prova obtida pelo agente infiltrado no decurso da acção encoberta, tenha sido alcançada com base numa actuação voluntária, plenamente livre e esclarecida do arguido, esta pode ser validamente utilizada no processo.

Todavia, como já há muito é discutido, existe uma linha ténue que separa a actuação do agente infiltrado, da do agente provocador, tornando muitas vezes difícil aferir, na análise de cada caso concreto, se a prova alcançada na acção encoberta, está ou não, ferida de ilegalidade. O que se acontecer, ou seja, se a prova for obtida mediante a actuação do agente provocador será considerada ilícita e, portanto, nula, por força do disposto no artigo 32º nº 8 da CRP, em consonância com o previsto no artigo 126º nº 2 alínea a) do CPP. Uma vez que, as provas assim obtidas, consubstanciam-se em meios enganosos de prova, pois a declaração ou a actuação resultante da provocação, não será já a exteriorização de uma vontade esclarecida e ponderada do arguido, mas sim, a consequência do engano ardiloso em que o mesmo é induzido.

Quanto a tal se pronuncia o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Janeiro de 1999 ¹⁴, onde nos é dito que “ (...) É característico do meio enganoso de prova - artigo 126º nº 2 alínea a) do CPP - a figura do agente provocador em que um membro da autoridade policial, ou um civil comandado pela polícia, induz outrem a delinquir por forma a facilitar a recolha de provas da ocorrência do acto criminoso. Diferente da figura do agente provocador é a do agente infiltrado, caracterizando-se esta por o agente se insinuar junto dos agentes do crime, ocultando-lhes a sua qualidade, de modo a ganhar as suas confianças, a fim de obter informações e provas contra eles mas sem os determinar à prática de infracções. Comummente vêm-se aceitando as provas obtidas através do agente infiltrado, porque, se a utilização do agente provocador representa sempre um acto de deslealdade que afecta a cultura jurídica democrática e a legitimação do processo penal que a acolhe, tal não ocorre naquela figura, em que tais valores não se revelam afectados (...)”.

Ainda nos mesmos termos, pronuncia-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de novembro de 2005 ¹⁵, uma vez que, entende que as provas alcançadas pelo agente infiltrado, actuando dentro dos parâmetros legais, devem ser admissíveis como meio de prova processual. No entanto, aquelas que, por seu turno, forem obtidas mediante instigação do agente infiltrado sobre o investigado, devem ser inválidas, não detendo qualquer valor processual, porquanto seria injusto e ilegítimo punir aquele que, não detinha qualquer vontade de delinquir, e somente o fez, devido à provocação a que foi sujeito.

¹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Janeiro de 1999 processo nº 98P999.

¹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de novembro de 2005, proferido no processo n.º 05P3349, que nos diz que “ (...) A ilegitimidade e inadmissibilidade da prova obtida por via do agente provocador - o - é inquestionável... pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir. Uma tal desonestidade seria de todo incompatível com o que, num Estado de Direito, se espera que seja o comportamento das autoridades e agentes da justiça penal, que deve pautar-se pelas regras gerais da ética. Nada terá de ilegítimo, no entanto, a conduta do funcionário de investigação criminal, desde que não induza ou instigue o agente à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que já não estivesse disposto a praticar, porquanto em tais situações não se vê em que é que essa actuação represente grave limitação da liberdade de formação e manifestação da vontade do arguido (...)”.

Portanto, na distinção e caracterização da proibição de um meio de prova pessoal é pertinente o respeito ou desrespeito da liberdade de determinação, da liberdade de vontade ou de decisão, e da capacidade de memorizar ou de avaliar.

Desde que estes limites sejam respeitados, não será abalado o equilíbrio, a equidade entre os direitos das pessoas enquanto fontes ou detentoras da prova e as exigências públicas do inquérito e da investigação.

No entanto, as opiniões divergem, e por isso, para Germano Marques da Silva ¹⁶, “ (...) Numa concepção não democrática da sociedade pode considerar-se a provocação ao crime como método legítimo para combater a criminalidade, ao aceitar-se que há pessoas que por natureza são inaptas para o bem e para o respeito da lei e, por isso, que a provocação atua como uma espécie de laboratório para as descobrir. A apetência para o mal, para o crime, estaria de tal forma radicada na personalidade do indivíduo que a provocação seria apenas uma causa secundária da sua prática. O agente do crime, criminoso por natureza, acabaria sempre por cometê-lo, sendo apenas questão de tempo e de ocasião, pelo que à provocação apenas precipitaria a atuação criminosa. ‘A ocasião faz o ladrão’ porque a pessoa já teria tendência para o mal e aproveitaria todas as oportunidades para praticá-lo. Não assim numa concepção democrática que, admitindo a fraqueza humana, considera que a ocasião, na forma da provocação, não revela apenas apetência natural ou intrínseca para o crime, mas pode fazer vacilar aquele que, como grande maioria de nós, sendo capaz de roçar os limites do ilícito, não os ultrapassa espontaneamente, não comete o crime senão por causa da provocação. A capacidade para o bem ou para o mal está em cada um de nós como uma possibilidade que as circunstâncias estimulam – ‘a ocasião faz o herói e o ladrão’. Raros são os que merecem a veneração devida aos Santos e aos Heróis! Por isso que é de excluir liminarmente como método de investigação criminal a provocação ao crime. É que a provocação não é apenas informativa, mas formativa; não revela o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso. A provocação, causando o crime, é inaceitável como método

¹⁶ Germano Marques da Silva, in Curso de Processo Penal, II, 4ª edição, 2008, página 191 a 193.

de investigação criminal, uma vez que gera o seu próprio objeto. Há que ponderar que a ordem pública é mais perturbada pela violação das regras fundamentais da dignidade e da retidão da atuação judiciária, pilares fundamentais da sociedade democrática, do que pela não repressão de alguns crimes, por mais graves que sejam, pois são sempre muitos, porventura a maioria, os que não são punidos, por descobertos, sejam quais forem os métodos de investigação utilizados (...) “.

No entanto, na nossa opinião, a posição tomada por este autor, neste âmbito, está revestida de um extremismo absoluto. Sendo que, parece-nos mais plausível e adequada a posição tomada por Susana Aires de Sousa ¹⁷, visto que, considera que “ (...) para que a provocação constitua um meio enganoso de prova, não basta, sem mais, a existência de erro criado pelo agente policial. É ainda necessário que entre o engano e a prática do crime ou da prova do crime se estabeleça um nexo de causalidade. Todavia, será de excluir este nexo de causalidade, quando o suspeito já tinha a intenção de praticar o crime, na medida em que ele sempre viria a praticar o facto (...) ”.

Não obstante, a própria autora adverte que, mesmo que não constitua um meio enganoso de prova, tal não quer dizer que a prova obtida seja válida.

Da mesma opinião é Mário Ferreira Monte ¹⁸, que nos diz que “ (...) em regra é de aceitar o homem de confiança mas não o agente provocador. Excepcionalmente, porém, o agente provocador será de aceitar se respeitados certos pressupostos, quais sejam, o da sua actuação ser necessária em concreto, justificada por razões de política criminal e teleologicamente fundada na prevenção, desde que inviolável o princípio da dignidade da pessoa humana (...) ”.

¹⁷ Susana Aires de Sousa, no seu artigo sobre Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões, publicado no "Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias", vários, 2003, Coimbra Editora, nota 81, página 1232.

¹⁸ Mário Ferreira Monte, no seu artigo sobre a Relevância da Actuação dos Agentes Infiltrados ou Provocadores no Processo Penal, publicado na revista Scientia Iuridica 265/267, em anotação a decisão da CEDH no caso Teixeira de Castro, página 196 e seguintes.

CAPÍTULO III

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Chegados ao último capítulo desta dissertação de mestrado, pretendemos agora utilizar toda a doutrina que foi até aqui referida e aplicá-la na prática, isto é, pretendemos constatar se todas as delimitações que são impostas ao agente infiltrado, são realmente por este respeitadas no decurso das acções encobertas; e se, não cumpridas, quais as consequências que tal poderá ter, em todo o processado.

Até porque, este tema já foi abundantemente debatido na doutrina, sendo, portanto, o nosso objectivo com esta dissertação, não criar mais controvérsia entre definições de dever/ou não dever ser da actuação do agente infiltrado; mas sim, abordar a vertente prática deste meio especial de investigação criminal.

Para tal, como mencionado anteriormente, realizamos um estudo de diversa jurisprudência, mediante o recurso à leitura de não poucos Acórdãos, nomeadamente, do STJ, do Tribunal da Relação de Évora, de Lisboa e do Porto.

Desse modo, para que a nossa abordagem se tornasse mais concisa e restrita, optamos por, entre os vários Acórdãos estudados, escolher quatro, de modo a utilizar processos similares e perceber o que é que provocou que os seus relatores tomassem decisões opostas.

De modo a dar prosseguimento a tal, iremos analisar dois Acórdãos do STJ e dois da Relação, elaborando um contraponto entre eles.

Nesta abordagem, começaremos por comparar o Acórdão do STJ 11 de Julho de 2013, processo nº 1690/10.1JAPRT.L1.S1, sendo o relator o Drº Arménio Sottomayor, com o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Maio de 2010, processo nº 281/08.1JELSB.L1-5, cujo relator foi o Drº Pedro Martins; elaborando depois, um contraponto entre os mesmos, de modo a que se tente perceber o motivo pelo qual, em dois processos semelhantes, se constata duas decisões opostas, e qual delas, no nosso sistema penal em vigor, nos parece ter suporte.

De seguida, procederemos à análise do Acórdão do STJ de 20 de Fevereiro de 2003, processo nº 02P4510, cujo relator foi o Drº Simas Santos, com o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 20 de Setembro de 2011, processo nº 370/04.1JELSB.E1, cujo relator foi a Dr.^a Maria Isabel Duarte, em que ambos os acórdãos ficou provada a existência dum acção encoberta na prática dum crime de tráfico de estupefacientes, postulado no artigo 21º nº 1 do Decreto-Lei nº 15/93 de 22 de Janeiro, embora tendo sido decretadas decisões díspares, quanto à legalidade da actuação do agente infiltrado.

Sendo certo que, a escolha destes Acórdãos não foi de todo arbitrária, mas sim, baseada no facto de, estes dois conjuntos de Acórdãos incidirem a divergência das suas decisões nos mesmos concretos pontos de facto, isto é, o motivo que levou a uma determinada decisão num Acórdão, foi exactamente o mesmo que fez com que, no Acórdão em contraponto, fosse decretada a decisão oposta. Com isto queremos dizer que, a nossa opção baseou-se no facto de os relatores destes acórdãos, tendo nas suas mãos processos bastante semelhantes, tomaram posições completamente opostas, enunciando como justificação às mesmas, os mesmos concretos pontos de facto, o que despertou em nós interesse e consequentemente, motivou o nosso estudo.

Para finalizar, abordaremos o entendimento do TEDH, quanto a tão delicada matéria, para que possamos verificar se actualmente esta questão está “bem resolvida”, ou seja, se apesar de criar opiniões divergentes quanto à sua utilização, se tal é colocado de parte, em função do bem maior, que é a aplicação da Lei e da Justiça.

3.1. Descrição do Acórdão do STJ de 11 de Julho de 2013, processo nº 1690/10.1JAPRT.L1.S1

Em tribunal colectivo, no 1º Juízo Criminal de Oeiras, no âmbito do processo nº 1690/10.1JAPRT, foi julgado e condenado à pena de 6 anos de prisão, o arguido “AA”, pela prática do crime de tráfico de estupefacientes, na forma agravada, por força do previsto nos artigos 21º nº 1 e 24º alínea c) do Decreto-Lei nº 15/93 de 22 de Janeiro.

Desta decisão interpuseram recurso o Ministério Público, quanto à medida da pena, e o arguido, de facto e de direito.

Sendo que, por Acórdão de 6 de Novembro de 2012, o recurso do Ministério Público foi julgado improcedente, mas parcialmente procedente o do arguido.

No provimento deste recurso, foi ordenado que ao elenco da matéria de facto dada como provada fossem aditados dois factos, e que devido ao conteúdo desses factos, ou seja, à colaboração do arguido, lhe fosse aplicada uma atenuação especial da medida da pena, nos termos do artigo 31º do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, ficando o recorrente “AA” condenado na pena de seis anos de prisão.

Relativamente a esta decisão, formulou o arguido pedido de esclarecimento respeitante aos despachos que autorizaram a acção encoberta.

Assim, a 15 de Janeiro de 2013, o Tribunal da Relação de Lisboa, pronunciou-se quanto a tal, indeferindo o pedido do arguido, pois entendeu que nada havia a esclarecer, uma vez que, o Tribunal de 1ª instância havia concluído que a acção encoberta era admissível nos termos da alínea j) do artigo 2º da Lei 101/2001 e que a mesma foi autorizada pelo juiz de instrução criminal. Além de que, no âmbito deste processo, e devido à envergadura da operação de tráfico e da consequente apreensão realizada, foi possível constatar que a utilização deste meio especial de investigação criminal mostrou-se necessária, adequada e proporcional.

Ainda não satisfeito, o arguido “AA” recorreu ao Supremo Tribunal de Justiça, formulando três questões no seu recurso, nomeadamente, alegando que o Acórdão do Tribunal da Relação padece do vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada; que existe uma quebra do domínio do facto; e que a medida da pena não foi correctamente aplicada.

Quanto ao vicio de insuficiência para a decisão da matéria de facto, o STJ constata que tal não se verifica, uma vez que, o que o recorrente pretende com esta questão é aceder ao relato integral da acção encoberta, de modo a tentar definir a actuação do agente infiltrado como instigação, tentando assim, ilibar-se dos actos ilícitos que livre e espontaneamente decidiu cometer, e pelos quais foi condenado; e não pelo facto de a matéria de facto provada ser insuficiente para uma justa decisão de direito.

Além de que, nos termos do artigo 4º nº 1 da Lei 101/2001 de 25 de Agosto que regula as acções encobertas, o relato da acção encoberta só será junto ao processo, se tal

se mostrar absolutamente indispensável em termos probatórios. O que, obviamente, aqui não se verifica, uma vez que, desde sempre, ou seja, já o Tribunal de 1º Instância, decretou a validade e legalidade desta acção encoberta. Por essa razão, nesta parte, o STJ, decretou improcedente o recurso do arguido.

Relativamente à segunda questão levada a recurso pelo arguido “AA”, em que alega ter existido uma quebra do domínio do facto susceptível de afastar a sua responsabilidade, uma vez que, apesar de ter realizado integralmente o desvalor da acção, não realizou o desvalor do resultado, pois a droga esteve sempre sob controlo da PJ, não existindo perigo concreto (disseminação pelos consumidores) nem abstracto (a sua conduta não poderia colocar em perigo a saúde pública pois era a PJ que detinha e vigiava a droga) da prática do crime do qual é acusado; tal também não mereceu provimento do STJ. Porquanto, sendo “AA” membro dum grupo criminoso, cumpriu as tarefas que lhe foram solicitadas, pois apesar de a droga ter sido retirada dos contentores pelo agente infiltrado, tal não produz a quebra do domínio funcional do facto.

Sendo certo que, a conduta do recorrente postula-se na co-autoria material do crime de tráfico de estupefacientes, uma vez que, os actos praticados em co-autoria pelo agente infiltrado, como se de um membro do grupo criminoso se tratasse, levam a estender aos co-autores o domínio funcional do facto.

Portanto, nesta questão, foi também considerado pelo STJ, improcedente o recurso do arguido.

Por fim, quanto à questão da moldura penal, o recorrente alega que, a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa introduziu uma alteração à matéria de facto provada, sendo que se trata de uma alteração que lhe é favorável, com repercussão na moldura penal

abstracta que passou a ser de 1 a 10 anos, tal deveria ter tido reflexos na medida concreta da pena, sob pena de violar o princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

O STJ concorda com a atenuação especial da pena concedida ao recorrente pela Relação de Lisboa, pois apesar do seu dolo ter sido directo e intenso, ele confessou parcialmente os factos, e apesar de tentar alegar instigação por parte do agente infiltrado, que de todo não foi demonstrada, a ilicitude da sua conduta é um pouco reduzida, uma vez que a PJ é que controlou toda a operação, impedindo que a droga pudesse chegar aos seus destinatários.

Todavia, essa modificação da moldura da pena abstractamente aplicável, não se verificou na medida da pena concretamente aplicada, ou seja, tendo sido o arguido condenado pelo Tribunal de 1ª Instância a uma pena de 6 anos de prisão, sendo-lhe posteriormente concedida pelo Tribunal Superior uma atenuação especial da moldura penal, a sua pena deveria ter sido efectivamente reduzida, contudo, foi-lhe decretada a mesma medida de pena, isto é, 6 anos de prisão.

Posto tal, o STJ, afirma que sempre que o arguido beneficie duma alteração da moldura geral abstracta, tal deve ter reflexos na medida concreta da pena, sob pena desta se vir a revelar desproporcionada. Portanto, no caso em apreço, o Tribunal da Relação de Lisboa deveria proceder à correcção da pena, entendendo o STJ, que esta deve ser fixada em 3 anos e 6 meses de prisão.

Perante tal, ou seja, sendo ao recorrente aplicada uma pena de prisão de duração não superior a 5 anos, o Tribunal deve proceder ao juízo de prognose, de forma a verificar se, a simples censura do facto e a ameaça da pena de prisão realizam de forma adequada as finalidades da punição.

Não obstante, no caso concreto, o juízo de prognose jamais seria favorável ao recorrente, uma vez que, se trata de uma operação de tráfico de estupefaciente de grande envergadura, não se alcançando a finalidade de prevenção geral de integração com a simples ameaça de uma pena de prisão; e, sendo o recorrente reincidente, as necessidades de prevenção especial, também não seriam satisfeitas, com a suspensão da pena.

Assim sendo, acordaram os Juízes do STJ, em indeferir a questão prévia da irrecorribilidade da decisão suscitada pelo Ministério Público e em julgar parcialmente procedente o recurso do arguido “AA”, evidenciando a legalidade e correspectiva validade da acção encoberta; fixando a pena pela prática do crime de tráfico agravado de estupefaciente, nos termos dos artigos 21º nº 1 e 24º alínea c) do Decreto-Lei 15/93 de 22 de Janeiro, especialmente atenuada, por força do enunciado no artigo 31º do mesmo DL, em três anos e seis meses de prisão efectiva.

3.2. Sucinta explicitação do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Maio de 2010, processo nº 281/08.1JELSB.L1-5

No processo em apreço, dos cinco arguidos acusados e pronunciados pelo crime de tráfico de estupefacientes agravado, nos termos do artigo 24º do Decreto-Lei 15/93 de 22 de Janeiro, apenas o arguido “J” foi condenado pela prática do mesmo, como autor material, na pena de 7 anos de prisão; tendo sido, portanto, os restantes arguidos absolvidos, por falta de prova.

Perante tal, o arguido “J” interpôs recurso desta decisão, elaborando quatro pedidos no objecto do mesmo, nomeadamente, que o Tribunal da Relação determinasse a repetição da prova cuja audição se encontra pretensamente impercetível; que revogasse a decisão

sobre a matéria de facto e modificasse a factualidade provada e não provada; que alterasse a decisão sobre a matéria de direito, por existir uma acção provocadora; e que a sua medida de pena fosse alterada.

Analisando o recurso do arguido, verifica-se que este tem como núcleo essencial a apreciação da prova, ou seja, o recorrente entende que o Tribunal ”a quo” apreciou mal a prova, uma vez que se baseou exclusivamente no depoimento da testemunha “M”.

Quanto á testemunha “M”, esta mostra-se ser a “chave” de todo o processo, isto porque, foi através da sua actuação que se desenvolveu a acção encoberta.

A testemunha “M” é um cidadão que tinha sido preso preventivamente pela prática do crime de tráfico de estupefacientes, nos termos do artigo 21º nº 1 do Decreto-Lei 15/93 de 22 de Janeiro; sendo que, no dia seguinte, ou dois dias depois desse acontecimento (não foi possível datar com certeza), decidiu contactar o Inspector da PJ “R”, dizendo-lhe que pretendia colaborar com a PJ.

Com base nestas declarações de “M”, o Inspector “R” decide colocá-lo em contacto com o departamento da PJ, para tal especializado.

Estabelecendo contacto com a PJ, “M” diz ter conhecimento da prática dum crime de tráfico de estupefacientes, levado a cabo por “J”; alegando que, sabe de tal, porque ligou a “J”, e este desconhecendo que “M” estava detido no Estabelecimento Prisional da PJ, pediu o seu auxílio para a prática de um crime de tráfico de estupefacientes.

Depois de conhecidas estas informações, a PJ decide recorrer a uma acção encoberta, utilizando “M” e “Hugo” como agentes infiltrados (este último, agente da PJ), no âmbito da operação de tráfico de estupefacientes levada a cabo por “J”, de modo a, impedir que se verifique um perigo concreto do cometimento deste crime, e consequentemente se possa condenar “J” pela prática do mesmo.

E é, nesta acção encoberta, com a utilização de “M” como agente infiltrado, que se postula toda a problemática deste processo, uma vez que, mesmo o Tribunal “a quo” analisando a prova produzida, teve dificuldades em apreciar a legalidade da actuação de “M”, porquanto se mostrou difícil apurar quem é que tinha iniciado os contactos que estiveram na origem deste crime de tráfico e levaram à consequente utilização duma acção encoberta, isto é, se foi o arguido “J”, que já depois de ter iniciado a prática do crime de que foi acusado, que decidiu contactar “M”; ou se, por seu turno, foi “M” que contactou “J” para o convencer a cometer o crime de tráfico de droga, de modo a que, a PJ pudesse prender “J” em flagrante delito e assim, o indiciasse pela prática desse ilícito, para que em contrapartida “M” beneficiasse duma atenuação especial da pena a que seria condenado, pelo auxílio e colaboração com a PJ.

Não obstante, depois de realizadas as devidas ponderações, o Tribunal recorrido, entendeu que, apesar de ser “M” a contactar “J”, este último é que decidiu confidenciar-lhe a prática do ilícito e, até mesmo, recrutar os seus serviços para a operação de tráfico de estupefacientes por si delineada.

Posto isto, e com base no depoimento de “M”, o Tribunal “a quo”, decidiu considerar a sua actuação como agente infiltrado legal, e, assim, toda a prova por ele produzida válida.

Indignado com a decisão proferida no Tribunal de 1º instância, o arguido “J” decide recorrer ao Tribunal da Relação para que, essencialmente, seja possível apurar o porquê do Tribunal “a quo” ter optado pela versão dos factos levados a juízo pela testemunha “M”, e não pela sua, e acima de tudo, que o Tribunal Superior analise essa escolha, para saber se ela realmente tem suporte legal e foi validamente tomada.

Perante tal, o TRL analisa os depoimentos da testemunha “M”, do arguido “J”, e do Inspector da PJ “R”, constatando algumas contradições no depoimento de “M”, visto que, no depoimento do Inspector “R”, este afirma que “M” apenas o informou que queria colaborar com a PJ, e, como tal, este colocou-o em contacto com o departamento da PJ especializado para tal; por seu turno, “M” no seu depoimento alega que se dirigiu ao Inspector “R” e o informou do contacto que tivera com o arguido “J” e que com base nisso, se iniciou a acção encoberta. Ou seja, estes depoimentos divergentes criam serias dúvidas quanto à veracidade do que “M” afirma, sendo certo que, se a credibilidade do seu testemunho está em cheque, toda a acção encoberta corre um sério risco de ser considerada inválida, e, portanto, a prova produzida nos autos, nula.

Deste modo, o Tribunal da Relação considera que a versão da testemunha “M” não tem qualquer credibilidade, nem é minimamente coerente com outros elementos de prova, assim como, não tem quaisquer elementos de prova que a corroborem. Portanto, o Tribunal “a quo” nunca lhe deveria ter dado qualquer valor probatório, muito menos, basear a condenação do arguido “J” em tal.

Aliás, mesmo sem a enunciada contradição do seu depoimento, o Tribunal de 1ª Instância nunca deveria ter dado qualquer valor probatório ao depoimento de “M”, uma vez que, em termos materiais (embora não formais), as suas declarações são consideradas como as de um coarguido a prestar declarações contra outro arguido, logo, se estas não forem suficientemente corroboradas por um elemento objectivo, o Tribunal nunca lhes deve conceder qualquer valor.

Posto isto, o TRL considerou que o depoimento da testemunha “M” não tinha qualquer valor probatório, e, conseqüentemente, alterou a matéria de facto considerada provada, bem como a não provada. Deste modo, considerou a actuação de “M” como a de um verdadeiro instigador, originando que toda a prova por intermédio da acção encoberta obtida no processo, fosse considerada nula, por alcançada através de um método proibido de prova, nos termos dos artigos 125º e 126º nº 2 alínea a) do CPP e do artigo 32º nº 8 da CRP.

Assim sendo, todo o processado foi declarado nulo, porquanto o Tribunal Superior considera que, “M”, dolosamente, determinou “J” ao cometimento do crime, o qual não seria realizado sem a sua intervenção, até porque “J” só acedeu a prática do crime devido à insistência de “M” e porque este lhe assegurou que teria todos os meios logísticos necessários para que a operação de tráfico fosse bem-sucedida; e, por essa razão, o recorrente deve ser absolvido de todas as acusações referentes a prática deste ilícito.

Deste modo, o TRL decretou a revogação da decisão condenatória e da ordem de expulsão do recorrente, bem como a condenação em custas e a devolução dos bens que lhe foram apreendidos; impondo o mandato de libertação imediata do recorrente.

Para finalizar, notificou o MP, de modo a que, este possa imputar a “M” a instigação da prática deste crime de tráfico de estupefacientes.

Todavia, é de salientar que desta decisão tomada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, um dos três relatores deste processo, nomeadamente, Carlos Espirito Santo, não concorda com ela, dando o seu parecer quanto a tudo o que foi analisado, isto é, declarando que, no caso em apreço, na sua opinião, não existiu a actuação de qualquer agente provocador, porquanto “M” não instigou “J” a cometer o crime de tráfico de droga, antes,

este agiu livre e espontaneamente, com conhecimento de que a sua conduta era ilícita e penalmente punível.

Assim sendo, entende o relator Carlos Espirito Santo que, a actuação de “M” limitou-se a revelar uma já subsistente propensão de “J” para o cometimento do crime. Como tal, não se verifica qualquer nulidade de prova processual, porquanto foram respeitados os enunciados dos artigos 1º, 2º e 32º da CRP e os requisitos na Lei 101/2001 de 25 de Agosto.

Posto isto, na opinião deste relator processual, o recorrente “J” deveria ser acusado pela prática do crime de tráfico de estupefacientes, previsto no artigo 21 nº 1 do Decreto-Lei 15/93 de 22 de Janeiro, uma vez que, a sua conduta preencheu todos os elementos objectivos e subjectivos do referido crime, concordando, por isso, com a decisão recorrida.

3.3. Contraponto do estudo do Acórdão do STJ de 11 de Julho de 2013, processo nº 1690/10.1JAPRT.L1.S1, e do Acórdão do TRL de 25 de Maio de 2010, processo nº 281/08.1JELSB.L1-5.

Perante a breve descrição enunciada anteriormente destes dois Acórdãos, é, desde logo, perceptível, que detêm alguns pontos em comum, nomeadamente, quanto ao objecto do processo, pois ambos se refutam a uma acção encoberta, no âmbito duma operação de tráfico de estupefacientes; tendo, no entanto, também, algumas discrepâncias, efectivamente, em relação ao modo como foram julgadas.

E, por essa mesma razão, é que, como referido no início deste capítulo, optamos por elaborar um contraponto entre estes dois Acórdãos, pois não nos parece adequado que,

perante situações semelhantes, sendo a aplicação da lei igual para todos, se constatem duas decisões completamente opostas.

Dando prosseguimento a tal, é possível verificar que, em ambos os Acórdãos, o Tribunal “a quo” declarou que, a acção encoberta levada a cabo pelo agente infiltrado, foi válida, cumprindo todos os requisitos legais necessários, nos termos da lei 101/2001 de 25 de Agosto que enuncia o regime das acções encobertas.

Portanto, obviamente, os arguidos indignados com decisões que não postulem a sua absolvição, decidiram recorrer ao Tribunal hierarquicamente Superior, de modo a, fazerem valer, nada mais, nada menos, que o seu ponto de vista.

Deste modo, nos seus recursos, os arguidos, dentro de várias conclusões, centraram-se essencialmente, na apreciação da prova realizada pelo Tribunal “ a quo”, de forma a, suscitar dúvidas quanto legalidade da acção encoberta, alegando actuação provocadora do agente infiltrado, para que, assim, esta caísse nos métodos proibidos de prova, nos termos do artigo 125º do CPP, e todo o processado fosse considerado nulo, por força do enunciado no artigo 126º nº 1 e 2 alínea a) do CPP e no artigo 32º nº 8 da CRP.

Tudo isto, com um único objectivo, a sua absolvição, e não, como é óbvio, a aplicação da justiça. Aliás, tendo em conta o processado em ambos os Acórdãos, é nítido, que os dois recorrentes agiram livre e espontaneamente, conscientes da ilegalidade da sua actuação e praticando todos os ilícitos necessários para conseguirem o seu objectivo final, ou seja, a venda do produto estupefaciente. Mas adiante.

Assim, perante as conclusões enunciadas no recurso do arguido “AA” e analisando a decisão recorrida, o STJ, declarou que, quanto à acção encoberta, tudo está dentro dos

trâmites legais, respeitando o regime previsto na Lei 101/2001 de 25 de Agosto, mostrando-se adequada, necessária e proporcional, perante o contexto e a do prática ilícito em causa. E que, conseqüentemente, a actuação do agente infiltrado foi licita, sendo a prova por si obtida, válida processualmente.

Deste modo, o objectivo do arguido “AA” de aceder ao relato integral da acção encoberta, não tem qualquer fundamento, pois além do STJ declarar a licitude e respectiva legalidade de toda a acção encoberta, nada há que demonstre a absoluta indispensabilidade da junção do mesmo, como é exigido pelo disposto no artigo 4º da Lei 101/2001 de 25 de Agosto.

Prosseguindo, o STJ descarta também a alegação de quebra de domínio do facto pelo arguido “AA”, visto que, cumprindo a divisão de esforços que se verifica perante a prática em conjunto de um ilícito criminal, o recorrente praticou todos os actos de que foi encarregue, actuando como co-autor material do crime de tráfico de estupefacientes; independentemente da actuação do agente infiltrado, e do facto de a droga estar guardada e vigiada por membros da PJ, pois o que aqui importa aferir é a intenção e a predisposição para a prática dos delitos, além de que, o crime pelo qual o arguido foi acusado, é um crime de perigo abstracto, ou seja, não é necessário que se verifique um perigo efectivo, real, basta que, haja um forte indício, de que, se a conduta dos arguidos não fosse conhecida da PJ e esta não interviesse, tal consumar-se-ia.

Quanto à questão da medida da pena concretamente aplicável, na descrição realizada anteriormente deste Acórdão, já foi possível constatar que, o STJ deu provimento a este pedido do arguido, decretando a redução da sua medida de pena para 3 anos e 6 meses de prisão efectiva, devido à aplicabilidade da atenuação especial de pena que foi correctamente concedida pelo Tribunal recorrido, e tendo em atenção as necessidade de prevenção geral e especial da mesma.

Posto isto, e depois de aferido cada concreto ponto deste processo, parece-nos ser viável afirmar que, a decisão tomada pelo STJ em cada questão processual, e no seu todo, foi a mais adequada e, acima de tudo justa. Porquanto, cada justificação para a sua tomada de decisão em cada ponto analisado, foi postulada nos termos enunciados no regime das acções encobertas, em concordância com a observação dos princípios de direito consagrados.

Embora, como se sabe, a justiça será eternamente um conceito indeterminado, o que é corroborado pela decisão decretada no Acórdão em contraponto, ou seja, no Acórdão da Relação de Lisboa.

Assim, perante o recurso do arguido “J”, o Tribunal da Relação de Lisboa analisa a decisão recorrida e decide decretá-la nula, uma vez que, considera que o Tribunal recorrido baseou a sua decisão no depoimento da testemunha “M”, a qual actuou como agente provocador, no âmbito de uma acção encoberta ilegal.

Para tanto, este Tribunal Superior afirma que a acção encoberta apenas surgiu porque “M” decidiu desencadeá-la, isto é, foi “M” que com a sua actuação instigou o arguido “J” à prática do crime, pois, se não o tivesse contactado, este não teria cometido o ilícito pelo qual foi condenado.

Verdade é que, “M” sempre afirmou que teria sido ele a contactar “J”, pois eram “grandes amigos”, e que, “M” estava indiciado pela prática de um crime de estupefacientes de grande envergadura, no entanto, nada corrobora que, no contacto efectuado com “J” este o tivesse aliciado à prática do crime.

Aliás, a nós parece-nos de fácil percepção que, sendo “M” um criminoso, alguns dos seus amigos também o sejam, e que por essa razão, depois de conversar com “J” confidenciando-lhe este ultimo que realizaria uma operação de tráfico de estupefacientes, “M” utilizasse isso em sua vantagem, contando tal a PJ, de modo a obter alguma atenuação especial na medida da sua pena.

Tudo isto, não nos parece improvável, até porque, como é do conhecimento geral, os informadores das autoridades policiais, e os agentes infiltrados quando terceiros alheios à PJ actuando apenas sob o controlo desta, podem receber alguma contrapartida, a qual não tem de revestir o carácter duma remuneração patrimonial, podendo ser, e sendo-o, muitas vezes, a redução da medida da pena ou imunidade no âmbito do processo, dependendo, obviamente, do contexto da sua participação.

Portanto, a enorme problemática que o TRL criou nesta questão, não nos parece ter grande fundamento, além da intenção de decretar a ilegalidade da actuação do agente infiltrado “M”.

Adiante.

Relativamente ao facto de o depoimento de “M” dever ser considerado em termos materiais como o de um co-arguido contra outro arguido, e, portanto, não deter qualquer valor probatório, não nos parece de todo ter lógica, quanto mais suporte legal, uma vez que, “M” não era arguido neste processo, e todos os actos ilícitos que possa ter praticado no âmbito deste processo, foram ao abrigo da acção encoberta, autorizada pelo JIC, actuando sim, como agente infiltrado, respeitando os preceitos elencados na Lei 101/2001 de 25 de Agosto.

Perante tal, é óbvio o motivo pelo qual o Tribunal “a quo” optou por acreditar na versão dos factos levada a juízo por “M”, ao invés da referida pelo arguido. Além de que, “J” não está legalmente obrigado a dizer a verdade. Logo, tendo conhecimento do sucedido, ou seja, da acção encoberta, e do carácter da actuação de “M” na mesma, este tentará de todas as formas, arranjar uma “história” que demonstre que foi “M” a aliciá-lo e instigá-lo a cometer o crime, de modo a que, consiga incriminar “M” pela operação de tráfico, e, conseqüentemente, obtenha a decretação da sua absolvição (que foi, na realidade, o que aconteceu).

Deste modo, apesar das discrepâncias que se verificam no depoimento de “M” em consonância com o do Inspector “R”, não é possível afirmar que “M” instigou o arguido a cometer o crime, até porque, essa ignorância é apenas isso, um desconhecimento sobre tal, e não uma corroboração do exacto oposto.

Assim sendo, com todo o respeito, não conseguimos entender o porquê do Tribunal Relação de Lisboa ter decretado a nulidade de todo o processado e a respectiva absolvição do arguido “J”, pois analisado todo o processo, parece-nos que o Tribunal “a quo” decidiu adequadamente, e que a base da sua convicção não detém qualquer irregularidade, cumprindo a acção encoberta os requisitos previstos na lei 101/2001 de 25 de Agosto, e mostrando-se a actuação dos agentes infiltrados correctamente levada a cabo.

Aliás, da mesma opinião é Carlos Espirito Santo, um dos relatores deste Acórdão do Tribunal da Relação, que, como referido anteriormente, discorda da decisão tomada pelo TRL, acreditando que o arguido “J” actuou livre e espontaneamente, com consciência da ilicitude dos seus actos, tendo conhecimento que a sua conduta era proibida por lei, prosseguindo, mesmo assim, com a operação de tráfico de estupefacientes; independentemente da actuação dos agentes infiltrados “M” e “Hugo”.

Posto isto, torna-se difícil perceber o motivo que levou a que, nestes dois Acórdãos referenciados, estando em causa matérias tão semelhantes, tenha-se obtido decisões completamente opostas. Sendo certo que, a discrepância mais acentuada e que no âmbito das decisões tomadas em ambos possa criar alguma divergência, consubstancia-se apenas no facto de, no Acórdão do STJ um dos agentes infiltrados ser um terceiro que embora actuando sob controlo da PJ, se desconhece a sua identidade, e a razão que o fez informar a PJ, do ilícito levado a cabo pelo arguido “AA”; enquanto, por contraposição, no referido Acórdão do Tribunal da Relação se sabe que os agente infiltrados eram a testemunha “M” e o agente da PJ “Hugo”, e que “M” estava indiciado como arguido num outro processo. Por conseguinte, em tudo o resto a matéria factual parece-nos bastante semelhante, não conseguindo, por isso, entender como é que, perante uma vicissitude tão irrelevante a decisão processual é completamente diferente, implicando o alcance de dois polos opostos, isto é, a liberdade e a prisão; uma vez que, o Acórdão do TRL absolveu o recorrente, enquanto, o Acórdão do STJ confirmou a decisão recorrida e decretou a condenação do arguido, apenas reduzindo a sua medida concreta de pena.

Sendo óbvio que, no nosso parecer, a decisão tomada pelo STJ, foi de longe a mais razoável e adequada ao caso concreto. E, em contrapartida, acreditamos que, o Tribunal da Relação de Lisboa deveria ter realizado outra apreciação e valoração da prova, considerando o recurso à acção encoberta legal, e a actuação do agente infiltrado lícita, confirmando assim a decisão do Tribunal “a quo”, decretando a condenação do arguido “J” pelo cometimento do crime de tráfico de estupefacientes, nos termos do artigo 21 n° 1 do Decreto-Lei 15/93 de 22 de Janeiro. Porquanto, na nossa opinião a decisão do STJ tem suporte legal, isto é, na leitura da sua decisão, e ao longo de todo o Acórdão, constata-se que, os seus relatores basearam as suas convicções na matéria de facto provada, enquadrando-a na respectiva legislação em vigor, resumidamente, aplicaram a Lei aos factos. Enquanto que, a decisão do TRL que decretou a invalidade da acção encoberta consubstanciou-se num facto desconhecido, isto é, o Tribunal da Relação de Lisboa, na dúvida quanto à legitimidade da acção encoberta, devido ao facto de não conseguir apurar com toda a certeza quem propôs o negócio de tráfico de droga a quem, optou por acreditar que teria sido o agente infiltrado/testemunha “M” a fazê-lo, ou seja, que este é que instigou

o arguido “J” a praticar o crime de tráfico de estupefacientes, e, tendo em conta que foi devido às informações prestadas por “M” que se iniciou a acção encoberta, esta deveria ser considerada inadmissível processualmente. No entanto, na nossa opinião as decisões jurisprudenciais não devem ser tomadas com base apenas nas “convicções”, nos “ideais” dos doutos magistrados, mas sim, em concordância e por respeito à Lei. E, como mencionado anteriormente, a ignorância sobre determinado facto é apenas isso, um desconhecimento sobre tal, e não uma corroboração do exacto oposto, o que, aliás, é corroborado pela jurisprudência do STJ ¹⁹. Logo, se o TRL não conseguiu apurar com certeza quem despoletou o cometimento deste ilícito, no mínimo, a nós, parece-nos mais plausível que optasse por concordar com a decisão do Tribunal “a quo” que decretou a validade da acção encoberta, mais não fosse, pelo simples facto de que, o arguido não tem o dever de dizer a verdade nos depoimentos por si prestados, portanto, obviamente ele utilizará essa “vantagem” para tentar por em causa todo o processado; e tendo conhecimento da acção encoberta, e da actuação de “M” na mesma, sabendo que este é arguido num outro processo criminal, ele tentará através de todas as vias possíveis, desculpabilizar os seus delitos, culpabilizando outros pela prática dos mesmos, pois o seu único objectivo é ser absolvido. Por tudo isto, nestes dois processos, consideramos que a decisão do STJ foi muito mais equilibrada, fundamentada e por correspondente, justa.

O que pretendemos afirmar depois de tantas repetições sobre estas duas decisões, é que não nos parece de todo normal e razoável, que num Estado de Direito Democrático, onde vigora a lei, e a aplicabilidade da mesma em detrimento de tudo o resto, dois cidadãos iguais, praticando ilícitos semelhantes possam viver situações completamente desiguais. Um tem o conforto do lar, da família, está inserido na sociedade como se nada tivesse feito; por seu turno, o outro vê a sua liberdade restringida para que possa aprender com os seus actos criminosos e, assim, saber que, para viver em comunidade é necessário respeitar a Lei e os parâmetros socialmente exigíveis.

¹⁹ Nomeadamente, no Acórdão do STJ de 16 de Maio de 1996, processo nº 146/96.

Perante tal, e porque no início da elaboração desta dissertação tínhamos algum receio que, por esta nada acrescentar a nível doutrinal, pudesse cair em algum desprezo, decidimos debruçar-nos sobre outros dois Acórdãos, um do STJ e um do Tribunal da Relação de Évora, elaborando, posteriormente, um contraponto entre eles; para que se possa verificar que, a realização deste estudo, apesar de nada acrescentar a nível doutrinal quanto ao tão emblemático recurso ao agente infiltrado, uma vez que, tudo o que se poderia dizer, já foi dito, levanta, no mínimo, questões ao nível da “igualdade” da aplicação da lei.

3.4. Breve relato do texto e decisão do Acórdão do STJ de 20 de Fevereiro de 2003, Processo nº 02P4510

O Tribunal Colectivo da Figueira da Foz²⁰ decidiu, por Acórdão de 6 de Junho de 2001, condenar todos os arguidos (que são efectivamente cinco) em penas compreendidas entre os 5 e os 8 anos de prisão pela prática de crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido pelo artigo 21º, nº 1, do Decreto-Lei n.º 15/93 de 22 de Janeiro.

Recorreram para o STJ dois dos cinco arguidos, tendo respondido outros dois dos arguidos.

Nesses recursos foram suscitadas três questões, nomeadamente, que fosse apurada a factualidade que consubstanciou a intervenção do denominado agente provocador, figura inadmissível perante a Lei e o Estado de Direito, sendo nulas as provas obtidas pelo mesmo, por força do disposto nos artigos 32º n.º 8 da CRP e no artigo 126º do CPP; que se verificasse se o tipo legal foi preenchido, visto que não existiu em concreto o perigo para a saúde pública, dado o apertado controlo que a PJ exerceu sobre toda a operação; e subsidiariamente, se a conduta em apreço preenche o tipo de crime de transporte ilícito de

²⁰ Acórdão do Tribunal Colectivo da Figueira da Foz, processo n.º 32/01.

substância estupefaciente, mas na forma tentada, tendo-se em conta a ausência daquele perigo concreto.

Assim, dos factos provados ²¹ conclui-se que, todos os arguidos acederam livre e espontaneamente à prática do ilícito; sendo que, quando contactado o indivíduo português identificado como “S”, para realizar um serviço relacionado com o tráfico de estupefacientes, este aceitou-o, mas, decidiu contactar a PJ, dando conta do ocorrido e perguntando se a PJ estava ou não interessada em pagar-lhe uma determinada remuneração, bem como, a prestar-lhe a colaboração e os meios necessários para a realização do serviço que lhe viesse a ser solicitado, dispondo-se ele, em contrapartida, a disponibilizar à PJ todas as informações que lhe fossem relacionadas com esse serviço, bem assim como a colaborar com a PJ, no sentido de esta fazer fracassar a eventual operação de tráfico em que iria participar e deter aqueles que nela igualmente participassem.

A PJ aceitou o pedido do "S" e nomeou um Inspector para o acompanhar e controlar toda a actividade relativa ao serviço que lhe fosse solicitado. Actuando, portanto, “S” como um agente infiltrado no âmbito duma acção encoberta, nos termos do artigo 1º nº 2 da Lei 101/2001 de 25 de Agosto, uma vez que, é um terceiro que sobre o controlo da PJ, se inseriu numa operação de tráfico de estupefacientes, ocultando a sua identidade e pretensão aos restantes participantes da dita operação.

O STJ por Acórdão de 30 de Janeiro de 2002, ²² julgou verificado no Acórdão do Tribunal Colectivo da Figueira da Foz, o vício previsto no artigo 410º nº2 alínea a) do CPP, ordenando assim, o reenvio do processo para esclarecimento de todos os contornos da operação, desde a encomenda da droga, aos pormenores da infiltração e à motivação da incompletude do seu relato, nos termos dos artigos 426º e 426º A do CPP. No uso da faculdade que o nº 3 do artigo 59º A do Decreto-Lei n.º 15/93 de 22 de Janeiro, concede ao

²¹ Os quais estão previstos na parte III, no ponto 3.2, da Decisão do Texto Integral.

²² Acórdão do STJ de 30 de Janeiro de 2002, processo n.º 3079/01-3.

Colectivo e tendo em conta o agora previsto, na medida aplicável, na Lei 101/2001 de 25 de Agosto, nomeadamente no seu artigo 4º, há que ampliar a matéria de facto, de modo a, tomar uma decisão límpida sobre a validade ou invalidade da prova recolhida através dos agentes infiltrados. E com a reserva permitida pela lei, há que solicitar à PJ, para que esta esclareça toda a situação, de forma a que, o Tribunal possa agir em conformidade com a lei em tão sensível matéria.

Posto isto, o Tribunal Colectivo de Soure, por Acórdão de 8 de Julho de 2002 decidiu declarar nulo todo o processado e conseqüentemente a absolvição de todos os arguidos, ordenando a imediata restituição dos mesmos à liberdade e que lhes fossem devolvidos todos os bens que lhes foram apreendidos, com excepção da cocaína, obviamente, a qual teve que ser destruída, nos termos do artigo 62º do Decreto-Lei 15/93.

Da decisão do Tribunal Colectivo de Soure, recorreu o MP, concluindo na sua motivação que, a conduta do agente infiltrado não foi decisiva para a execução do delito, na medida em que, se mostrou proporcional, devendo por isso, a prova produzida em sede de audiência de julgamento ser considerada válida, e, desse modo, ser a acusação dos arguidos procedente e provada, sendo os mesmos condenados pela prática do crime de tráfico de estupefacientes, nos termos do artigo 21º nº 1 do Decreto-Lei 15/93 de 22 de Janeiro.

No STJ, o MP teve vista dos autos. Enunciando, resumidamente, em sede de audiência,²³ que o reenvio do processo ordenado pelo STJ teve como objectivo o

²³ Parte V, da Decisão do Texto Integral, do Acórdão em análise, onde é dito que “ (...) o reenvio anteriormente ordenado pelo Supremo Tribunal de Justiça destinou-se a uma mais clara definição da actuação de cada interveniente, com vista a uma melhor qualificação a intervenção dos agentes encobertos. Sublinhou que, por acção estranha a esses agentes já estava embarcada com destino às águas territoriais portuguesas, por espanhóis para ser introduzida no mercado europeu, a substância estupefaciente, sem intervenção de agentes encobertos. Só quando se aproximava das costas portuguesas é que foi contactado o "S" para a entrada no território europeu, via Portugal. Assim e diferentemente do que sucedera no 1.º acórdão da 1.ª instância, já se sabe como se estabeleceram as relações com os agentes encobertos, mostrando-se afastada a provocação ao crime. No que se refere ao domínio do facto pelo agente encoberto, referiu que o crime de importação já fora cometido antes de qualquer intervenção e continuou a ser cometido pela detenção à ordem dos arguidos, a

esclarecimento de todos os trâmites em que foi levada a cabo a acção encoberta. Sendo certo, porém, que a droga em questão, já estava a ser transportada para Portugal quando “S” foi contactado pelos proprietários da mesma, não existindo, portanto, qualquer dúvida quanto á legalidade da actuação do agente infiltrado.

Posto isto, para tomar a sua decisão o STJ, optou por analisar a decisão anterior, por si ordenada, ou seja, aquela que ordenou o reenvio do processo para esclarecimento da actuação dos agentes infiltrados, sendo certo que, ao tempo dos factos regia o artigo 59º e 59º A, do Decreto-Lei 15/93, revogados actualmente, pela Lei 101/2001 de 25 de Agosto.

Na decisão recorrida, entendeu-se que, a actuação do “S”, consubstanciou a de um verdadeiro agente provocador ²⁴, porquanto o Tribunal considerou que este teve um contributo decisivo para o cometimento do ilícito, visto que, não foi possível apurar se, sem a sua actuação e os meios cedidos pela PJ, o transporte da droga seria bem-sucedido e se, os arguidos teriam aderido, da mesma forma à prática do delito.

Claro está que, se os arguidos soubessem que a PJ tinha conhecimento de todo este transporte de cocaína, não teriam participado nele, eles são criminosos, não néscios (pedindo desculpa pela sinceridade).

forma como se desenrolou a entrega, sempre traduziria uma entrega controlada, acompanhada pela polícia até conduzir a sectores mais importantes do que meros transportadores (...). ”

²⁴ Parte VI, ponto 5.3.3, da Decisão do Texto Integral do Acórdão do STJ em análise, que nos diz que “ (...) a actuação do "S" consubstanciou uma acção de provocação, ilegalmente conjeturada e executada pela Polícia Judiciária, ao nível da execução do projecto criminoso, por acção do agente infiltrado que, através do seu desempenho, o robusteceu e não ao nível da formação do desígnio criminoso, através da manipulação da vontade (...) a conduta do "S" fora decisiva para a execução do propósito delitivo, uma vez que não fora possível determinar se, no caso concreto, mantendo-se estável o mesmo quadro em que se inscreveu a acção do agente infiltrado, a sua evolução permaneceria idêntica, sem o contributo deste (...) a PJ participou, alimentou e prolongou para lá do legalmente admissível a própria actuação criminosa (...) a PJ procurou tirar partido do prolongamento do facto criminoso que ela proporcionou, pelo menos a partir do momento em que passou a deter o domínio exclusivo da droga, para obter provas necessárias à condenação dos intervenientes (...) a decisão tomada pelos arguidos no sentido de deslocarem a Portugal para transportarem parte da cocaína que aqui já se encontrava acondicionada só foi tomada porque desconheciam o artifício preparado pela PJ e pelo seu colaborador para serem detidos em flagrante delito (...). ”.

No entanto, estas considerações que levaram à decisão, não têm, de todo por todo sentido, isto porque, quando a PJ interveio, já estava em curso a operação de importação e distribuição daquela droga na Europa, sendo que, foram os proprietários daquele estupefaciente que contactaram o individuo “S”, e este, tendo conhecimento do delito, decidiu contactar a PJ, e só a partir daí é que se desencadeou a acção encoberta.

Além de que, os arguidos tiveram sempre o domínio do facto, como é enunciado no referido Acórdão do STJ quando nos é dito que os arguidos ²⁵ “ (...) obtiveram a cocaína e iniciaram o seu transporte, escolheram o meio de introdução em Portugal e o momento em que tal correria, eram os únicos a conhecer a posição da embarcação que o transportava, e o respectivo número e telefone, decidiram a localidade onde devia a droga ser depositada, provaram-na, através de um casal enviado propositadamente à casa por eles seleccionada, escolheram o momento e o meio de transporte da cocaína para a Espanha (...) ” Portanto, é óbvio que o agente infiltrado não instigou os arguidos a praticar o ilícito.

Aliás, como ficou provado na matéria de facto anteriormente referenciada, constata-se, claramente, que os arguidos decidiram livre e espontaneamente cometer o delito, prosseguindo um processo que eles mesmos delinearão, utilizando os meios de transporte, de pessoas e de droga, que bem lhes aprouve.

Assim sendo, quanto à questão que os arguidos colocaram, relativamente, ao facto de, não ter ficado provado, em que termos evoluiria a operação de tráfico se não fosse a intervenção do agente infiltrado “S”, é do comum entendimento do STJ que a resposta negativa a determinados quesitos, não significa que se prove o contrário, e, aliás, um facto não provado, até pode ser verdadeiro ²⁶.

²⁵ Página 20 do Acórdão do STJ em análise, processo 02P4510.

²⁶ Tal é referenciado no Acórdão do STJ de 16 de Março de 2000, processo nº 8/00.

Logo, o facto essencial é o positivo, o existente, o provado; o não provado, em princípio, não existe como fundamento da decisão, aliás, a razão de ser das respostas negativas, é obviamente a ausência de prova. Seria pleonástico e até absurdo justificar tal ausência. Ela impõe-se por si ²⁷. Se um determinado facto não se provou, não é lícito concluir que se provou o facto contrário, como é constatado pelo disposto no Acórdão do STJ de 16 de Maio de 1996 ²⁸.

Se não se conseguiu apurar em que termos evoluiria a operação de tráfico, se não tivesse existido a intervenção e colaboração do individuo "S" e da PJ, nada pode concluir que dessa ignorância sobre o futuro, se possa considerar a actuação do agente infiltrado como instigação, ou até mesmo desproporcionada com os fins pretendidos.

Aliás, a legitimidade constitucional da acção encoberta, está no facto do agente infiltrado não criar no sujeito um *animus* que ele já não tivesse, o que é corroborado pelo disposto no Acórdão do TC de 14 de 1998 ²⁹.

Portanto, no caso em apreço, tendo em conta tudo o que já foi referenciado e a envergadura desta operação de tráfico de estupefacientes (pela América do Sul por mar, com destino a Europa, transportando 1.105 quilos de cocaína, com o valor de 11.000.000 contos), o STJ, decidiu que o recurso ao agente infiltrado mostrou-se adequado, necessário e proporcional, para aniquilar a execução deste ilícito criminal, e que a acção levada a cabo pelos agentes infiltrados foi completamente legal, sendo assim, a prova obtida pelos

²⁷ Acórdão do STJ de 24 de Fevereiro de 1999, processo nº 11/99.

²⁸ Acórdão do STJ de 16 de Maio de 1996, processo nº 146/96.

²⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional de 14 de Outubro de 1998, processo nº 578/98, quando nos é dito que, “ (...) do ponto de vista da legitimidade constitucional da intervenção do agente infiltrado, é, assim, relativamente indiferente que, contra determinado sujeito, esteja ou não a correr termos um inquérito. O que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade, é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e a colher informações a respeito das actividades criminosas de que ele é suspeito. E, bem assim, que a intervenção do agente infiltrado seja autorizada previamente ou posteriormente ratificada pela competente autoridade judiciária (...)”

mesmos válida, não estando ferida de qualquer nulidade. Concedendo assim, provimento ao recurso colocado pelo MP.

Por essa razão, ou seja, pelo facto do recurso do MP ter procedido, o STJ teve que considerar o recurso interlocutório requerido pelo arguido “JAPV”, em que este requeria que os agentes infiltrados comparecessem e prestassem depoimento em sede de audiência de julgamento, devido ao facto de, tal se mostrar indispensável para a prova.

Todavia, este recurso não teve providência, uma vez que, a decisão recorrida era irrecurável, pois limitava-se a dar seguimento a um expediente previsto na lei.

Posto isto, o STJ, decidiu dar provimento ao recurso do MP, revogando assim o Acórdão recorrido, ordenando ao Tribunal Colectivo de Soure, que submetesse ao direito a matéria de facto apurada, qualificando-a juridicamente, e assim, determinasse as penas aplicáveis aos arguidos

3.5. Concisa enunciação do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 20 de Setembro de 2011, processo nº 370/04.1JELSB.E1

No Tribunal Judicial da Comarca de Faro, foram sujeitos a julgamento, os arguidos (...), no seguimento de anterior acórdão deste Tribunal Relação de Évora, que decidiu anular a audiência de julgamento realizada e o Acórdão recorrido; e, conseqüentemente, ordenou o reenvio dos autos ao Tribunal de primeira instância para que, fosse efectuado novo julgamento, no qual se analisassem as provas e se apurasse a factualidade respeitante à fase anterior ao transporte da cocaína, o qual foi levado a cabo por agentes infiltrados, no âmbito duma acção encoberta, desconhecendo o Tribunal quais os seus contornos, quem

propôs o negócio a quem, quais as respectivas contrapartidas dos arguidos; não se tendo apurado como decorreram os encontros iniciais com o agente infiltrado e o que foi negociado, acrescentando que, o esclarecimento de tal facto é fundamental para decidir se houve, ou não, provocação por parte do agente infiltrado à prática do crime.

O Acórdão recorrido, declarou a nulidade de todas as provas obtidas no processo, nos termos do disposto no artigo 126º n° 1 e n° 2 alínea a) do CPP, devido à suposta violação do disposto nos artigos 32º n° 8 da CRP; dos artigos 5º e 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e dos artigos 3º e 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Perante tal, recorreu o MP, alegando que, se a prova produzida no âmbito da acção encoberta, fosse conjugada com os depoimentos das testemunhas e do arguido, apreciada segundo as regras da experiência comum e lógica do homem médio, os factos que alegam ter existido provocação por parte do agente infiltrado à prática do crime, jamais teriam sido dados como provados.

Relativamente ao facto de, ser a PJ que guardava a droga em instalações policiais, como é óbvio, tal era desconhecido dos arguidos, pois esse é o objectivo do recurso as acções encobertas, e, como tal, não se pode afirmar que por essa razão, não tinham os arguidos o domínio do facto, pois apesar de eles desconhecerem o local onde se encontrava a droga guardada, eles acreditavam que a droga ser-lhes-ia entregue. Além de que, a entrega do produto estupefaciente seria realizada nos termos por eles pretendidos, isto é, no armazém que os traficantes escolheram.

Quanto à questão de o agente infiltrado, antes de agir como tal, ou seja, quando era apenas um cidadão envolvido numa operação de tráfico de estupefacientes, ter praticado determinados ilícitos no âmbito desse mesmo crime, o MP alega que o Tribunal deveria concluir que, este agiu como autor moral do crime de tráfico de estupefacientes, nos termos do artigo 26º do CP, e do artigo 21º nº 1 do Decreto-Lei 15/93 de 22 de Janeiro, e que, os restantes arguidos agiram como autores materiais desse crime, devendo, por isso, serem condenados como autores materiais do mesmo.

Não obstante, o MP considera que, o Tribunal optou (erradamente), por julgar a prática destes ilícitos pelo agente infiltrado, á luz do disposto no artigo 6º nº 1 da Lei 101/2001 de 25 de Agosto, ou seja, isentou-o de responsabilidade, optando por considerar a sua actuação como a de um verdadeiro instigador, ficando as provas por si obtidas, feridas de completa invalidade, pois, alegadamente foram alcançadas através dum meio enganoso de prova, nos termos do artigo 126º nº 1 e nº 2 alínea a) do CPP.

Deste modo, apenas se deverá dar como provado que, antes da acção encoberta e com interesse para a boa decisão da causa, o que aconteceu foi que, o agente infiltrado, praticou os actos que lhe foram solicitados com vista a esclarecer o contacto, isto é, o local, o dia, a hora, e a indicação de quem eram as pessoas que procuravam o "dono do barco"; e como tal, não existiu provocação à prática do crime, sendo assim, a prova obtida válida.

Portanto, pretendia o MP que o Acórdão recorrido fosse substituído por outro em que se desse como provado que os arguidos praticaram o crime de tráfico de estupefacientes, condenando-os assim, numa medida concreta de pena.

Em face a tal, os arguidos responderam, enunciando, essencialmente, que, o recurso do MP, devia ser rejeitado por ser extemporâneo, uma vez que, as formalidades elencadas

no artigo 412º nº 3 e nº 4 do CPP, não foram cumpridas, o que invalida a impugnação ampla da matéria de facto e reduz o prazo de recurso para 20 dias, o qual foi largamente ultrapassado.

Sendo que, o TRE decidiu declarar a improcedência dos recursos, pois concluiu que, a decisão recorrida baseou-se numa apreciação crítica e global de toda a prova produzida, não sendo, portanto, puramente intuitiva ou imotivável, mas sim, fruto duma análise objectiva e crítica da prova, cumprindo-se, assim, o previsto no artigo 374º nº 2 do CPP.

Assim, na matéria de facto do Acórdão recorrido, ficou provado que, o agente infiltrado é um cidadão português (nomeadamente, o Srº Joaquim Prado Leal) não pertencente a qualquer órgão de polícia criminal, que actuou motivado por desempenhar as funções de agente infiltrado da PJ, com o exclusivo objectivo de obter resultados que comprovassem o interesse de certos indivíduos em transportar estupefacientes, via marítima, para Portugal, de modo a assegurar a apreensão de tais estupefacientes e a detenção desses mesmos indivíduos, pela prática do crime de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto no artigo 21º nº 1 do Decreto-Lei 15/93 de 22 de Janeiro, e, assim, obter uma remuneração pecuniária.

Provado ficou também, que este interveniente processual (Joaquim Prado Leal), começou a agir no âmbito desta operação de transporte de estupefaciente, antes de ser iniciada a acção encoberta; considerando-se assim, a sua actuação como a de um verdadeiro agente provocador.

Deste modo, devido a algumas insistências do agente infiltrado/agente provocador, os arguidos acabaram por aceder à proposta e assim realizar o transporte do produto estupefaciente, em troca de uma avultada quantia monetária.

Sendo certo que, esta operação de tráfico de estupefaciente foi realizada, exclusivamente, pelos meios fornecidos pela PJ, que controlou e dominou todo o transporte da droga, desde que foi embarcada em Cabo Verde, até ser formalmente apreendida no armazém arrendado pela PJ, e no camião TIR.

Ficou igualmente provado que, os arguidos só acederam a esta operação devido à avultada quantia monetária que lhes foi prometida pelo agente infiltrado.

Posto isto, o Tribunal da Relação de Évora, respondeu às quatro questões que foram objecto de recurso do MP.

Assim, este Tribunal Superior, começou por referir em que termos deve ser colocado um recurso, afirmando que, este representa um verdadeiro ónus de alegação e motivação, devendo, por isso, o MP, formular com rigor o que pede ao tribunal. Até porque, são as conclusões que o MP referir no recurso, que permitirão ao Tribunal conhecer os motivos que o fizeram discordar da decisão recorrida.

No entanto, as razões que servem de fundamento ao pedido, não podem confundir-se com o próprio pedido, pois destinam-se a permitir que o tribunal conheça, de forma imediata e resumida, qual o âmbito do recurso e os seus fundamentos.

Todavia, o MP, no seu recurso, apenas indicou os pontos de facto que considerou incorrectamente valorados, elaborando inúmeros comentários sobre a valoração da prova realizada pelo Tribunal recorrido, sem conseguir fundamentar e concretizar as provas que impõem decisão diversa, isto é, sem conseguir apresentar provas que demonstrem que a decisão do Tribunal “a quo” não foi correctamente tomada.

E sendo certo que, no nosso sistema processual penal vigora o princípio da livre apreciação da prova consagrado no artigo 127º do CPP, no caso em apreço, o Tribunal da Relação considera que na análise conjunta de toda a prova produzida no processo, a matéria de facto provada no Acórdão recorrido, está correctamente considerada.

Relativamente à questão colocada pelo MP no recurso, no tocante vício do erro notório na apreciação da prova na decisão recorrida, o TRE, entende que, tal não se verifica, visto que, a decisão recorrida, no seu todo, foi tomada com base em premissas que se harmonizam entre si, segundo um raciocínio lógico, coerente e baseado nas regras da experiência comum.

Quanto ao vício de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, alegado no recurso do MP, este Tribunal da Relação, afirma que, tal não se postula na decisão recorrida, pois a análise e fundamentação da matéria de facto e a decisão de direito, foram baseadas nas escutas telefónicas e nos meios complementares de prova.

No que respeita, ao vício que o MP alega que a decisão recorrida detém, que se postula na contradição insanável na fundamentação, ou entre esta e a decisão, tal não é sustentado pelo Tribunal da Relação, uma vez que, tal vício verifica-se quando, de acordo com um raciocínio lógico, seja de concluir que a fundamentação justifica uma decisão precisamente oposta à que foi tomada, ou quando, segundo o mesmo tipo de raciocínio, se

possa concluir que a decisão não fica esclarecida de forma suficiente, dada a colisão entre os fundamentos invocados. Logo, na decisão recorrida, a nulidade das provas obtidas é fundamentada pelo recurso ao agente provocador, isto é, está claramente disposto no Acórdão recorrido, que se considerou a actuação do agente infiltrado (Joaquim Prado Leal) como a de um verdadeiro agente provocador, e que, devido a tal, todas as provas alcançadas através da sua actuação são consideradas nulas, por terem sido obtidas através de meio enganoso de prova, legalmente proibido, porquanto, lesa a liberdade de vontade ou de decisão dos arguidos em causa, nos termos dos artigos 125º e 126º alínea a) do CPP.

Posto isto, ou seja, tendo sido todas as questões colocadas no recurso do MP anteriormente mencionadas, consideradas improcedentes pelo Tribunal da Relação de Évora, o seu pedido de renovação de prova não tem fundamento, uma vez que, nos termos do artigo 430º n.º 1 do CPP, este pedido só é admitido, se se verificarem os vícios previstos nas alíneas do n.º 2 do artigo 410º do CPP, e existirem razões para crer que, a renovação da prova permitirá evitar o reenvio do processo; o que não se constata no caso concreto.

Por último, em relação ao vício invocado pelo MP, de erro na declaração de nulidade de todas as provas obtidas nos autos o Tribunal da Relação afirma que, no caso em apreço, tendo em conta a aplicação da lei à matéria de facto provada, o agente infiltrado actuou, sem sombra de dúvidas, como um verdadeiro agente provocador, pois instigou os arguidos à prática do crime pelo qual foram acusados. Isto porque, os arguidos só acederam à prática do ilícito, devido à extrema pressão que o agente infiltrado realizou sobre eles, e porque lhes prometeu uma elevada quantia monetária.

Além de que, os arguidos não detinham o domínio do facto, pois foi a PJ, que controlou toda a operação de transporte do estupefaciente, de modo a, conseguir neutralizar o perigo do cometimento do crime e a punir os intervenientes no mesmo.

Deste modo, o Tribunal da Relação de Évora, considera que, existe inquestionavelmente uma acção provocadora levada a cabo pelo Srº Joaquim Prado Leal (agente infiltrado), no caso concreto, e que por essa razão, todas as provas obtidas através da sua actuação são consideradas nulas, nos termos do artigo 126º nº 1 e nº 2 alínea a) do CPP, visto que são violadoras do disposto no artigo 32º nº 8 da CRP, porquanto afectaram os direitos fundamentais dos arguidos, e aniquilaram os princípios da lealdade e da integridade moral, subjacentes ao processo penal e ao direito constitucional.

Para concluir, o TRE, reafirmou a decisão tomada pelo Tribunal “a quo”, ou seja, confirmou a declaração de nulidade de todas as provas obtidas no processo, e a consequente invalidade de todo o processado, pelo facto de, as provas terem sido alcançadas com recurso ao agente provocador.

3.6. Contraponto da análise do Acórdão do STJ de 20 de Fevereiro de 2003, processo nº 02P4510, e do Acórdão do TRE de 20 de Setembro de 2011, processo nº 370/04.1JELSB.E1

Analisados ambos os Acórdãos é possível constatar, de imediato, várias semelhanças, nomeadamente, ambos se postulam num processo em que se julga a licitude da actuação do agente infiltrado, no âmbito duma acção encoberta, realizada num crime de tráfico de estupefacientes.

Assim sendo, em ambos os Acórdãos, o agente infiltrado é um terceiro comandado pela PJ, que se insinua numa operação de tráfico de droga, com ocultação da sua qualidade, de modo a ganhar a confiança dos envolvidos, para obter informações e provas contra eles,

embora sem os determinar à prática de quaisquer delitos, que já não estivessem dispostos a praticar.

Nos dois Acórdãos em estudo, o Tribunal “a quo” decretou a nulidade de todo o processado, devido ao facto de, considerar que a actuação do agente infiltrado consubstanciou a de um verdadeiro agente provocador, isto é, que os agentes infiltrados actuaram com o intuito de determinar os arguidos a praticar os delitos de que foram acusados, e que se não fosse essa instigação do agente infiltrado sobre os mesmos, e a disponibilidade de meios que a PJ forneceu em ambas as operações, estes poderiam não ter sido bem-sucedidos, não praticando, assim, os arguidos, o crime de tráfico de estupefacientes, de que foram acusados.

Portanto, nas decisões decretadas pelos Tribunais recorridos, todas as provas obtidas pelo agente infiltrado foram consideradas nulas, e por essa razão, todo o processo ficou ferido de invalidade, sendo os arguidos absolvidos da prática do crime de que foram acusados.

Inconformado com esta decisão ficou o MP, recorrendo nos dois casos jurisprudenciais em análise ao Tribunal Superior.

Deste modo, no Acórdão do STJ, depois de analisada a decisão recorrida, os Juízes da Secção Criminal do STJ acordaram em conceder provimento ao recurso do MP, e conseqüentemente revogar o Acórdão recorrido, decretando que, o Tribunal “a quo” deveria conhecer das questões que no mesmo se enunciaram. Isto porque, na análise da decisão recorrida, o STJ verificou que, no caso em apreço o agente infiltrado actuou nos trâmites legais, e não se verificou uma provocação à prática do crime, uma vez que, o agente infiltrado “S” só interveio na operação de tráfico de estupefacientes, porque os

donos do estupefaciente para tal o requisitaram, e só a partir desse momento, é que se desenrolou a acção encoberta.

Sendo que, os arguidos sempre tiveram o domínio do facto, pois apesar de a droga estar guardada e vigiada pela PJ, os arguidos é que delinearam o processo através do qual a mesma seria transportada, utilizando os meios logísticos que bem lhes aprouve.

Portanto, a actuação do agente infiltrado “S” é válida, uma vez que os arguidos já estavam predispostos a cometer o ilícito penal, como fizeram.

Além de que, o facto enunciado no Acórdão recorrido, que considera a actuação do agente infiltrado como provocação, por não conseguir apurar em que termos evoluiria a operação de tráfico, caso não tivesse existido a intervenção e colaboração do individuo "S" e da PJ, não nos parece de todo justa, até porque, mais uma vez se refere que, da ignorância quanto ao futuro, não se pode tirar conclusões plausíveis sobre o passado.

Assim sendo, parece-nos, sem margem para dúvidas, que a decisão decretada pelo STJ foi a mais justa e adequada, tendo em conta o sucedido. Pois, neste Acórdão é completamente nítido que a decisão recorrida foi incorrectamente decretada, porquanto, procedendo à leitura da matéria de facto provada, não existem dúvidas de que, o agente infiltrado “S” foi contactado pelos proprietários da droga, e, só depois desse contacto, se iniciou a acção encoberta, logo não se verificou qualquer instigação por parte de “S” sobre os arguidos para o cometimento do ilícito, não devendo, por conseguinte, o Tribunal “a quo” questionar-se sobre os termos em que correria esta operação de tráfico, se não fosse a intervenção da PJ, uma vez que o que importa apurar é se esta se iniciou devidamente e dentro dos trâmites legais; porque óbvio é que, se os arguidos tivessem conhecimento do envolvimento da PJ, jamais aderiam a este projecto criminoso; por seu turno, nenhuma certeza há, quanto à evolução da referida operação de tráfico se não fosse a intervenção da

PJ. Não obstante, como já se enunciou anteriormente, e para não cairmos em repetições, não é com base nestas incertezas, que se decretam decisões jurisprudenciais, mas sim, aplicando a lei aos concretos pontos processuais provados, que aqui representam o efectivo transporte da droga. Sendo certo que, ao elaborar todo este enquadramento da matéria factual à legislação aplicável no âmbito das acções encobertas, a decisão do STJ mostra-se decretada com discernimento e legalidade, e, portanto, justa.

Por seu turno, no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora estudado, depois de revista a decisão recorrida, os Juízes da 1ª Secção Criminal desse Tribunal, acordaram em declarar improcedente o recurso interposto pelo MP, mantendo, portanto, a decisão recorrida. Sendo que, basearam a sua decisão no facto de acreditarem que, o agente infiltrado (Joaquim Prado Leal) actuou como um verdadeiro agente provocador, pois criou nos arguidos a vontade de cometer o crime que lhes foi imputado, vontade essa, que os mesmos, não detinham, antes do agente infiltrado os contactar, aliciando-os com a oferta de uma elevada quantia monetária.

Mais do que isso, o TRE concorda com o Tribunal “a quo” na medida em que, entende que os arguidos não detinham o domínio do facto, pois, foi a PJ que controlou toda a operação de transporte do estupefaciente.

Todavia, apesar de a droga estar guardada em instalações policiais, e vigiada pela PJ, tal não implica que os arguidos não detinham o domínio do facto, até porque, foram eles que delinearam, de acordo com os trâmites que bem lhes pareceu, toda a operação de transporte da droga.

Posto isto, entre os dois Acórdãos em análise, a discrepância mais acentuada e que no âmbito das decisões tomadas possa criar alguma divergência, consubstancia-se apenas

no facto de, no Acórdão do STJ o agente infiltrado “S” ter sido contactado pelos proprietários da droga e depois de tal contacto ter optado por contactar a PJ informando-a do sucedido, e assim, desenrolar-se a acção encoberta em análise; enquanto que, no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, o agente infiltrado (Joaquim Prado Leal) praticou determinados ilícitos no âmbito dessa operação de tráfico de estupefacientes, antes de iniciada a acção encoberta.

No entanto, perante tal discrepância, não nos parece de todo, adequada a decisão tomada pelo TRE, em que considera a actuação do agente infiltrado ilegal e, conseqüentemente, todo o processado inválido.

Parece-nos sim, muitos mais adequada, proporcional, e justa, a posição tomada pelo MP no recurso interposto, em que requer que, o Tribunal Superior, ao invés de enquadrar os delitos cometidos por Joaquim Prado Leal antes da acção encoberta, na isenção de responsabilidade penal do agente infiltrado prevista no artigo 6º nº 1 da Lei 101/2001 de 25 de Agosto, os assumam como verdadeiros ilícitos penais e assim os julgue, isto é, postule a sua anterior intervenção nos termos da autoria moral no crime de tráfico de estupefacientes, de acordo com o enunciado nos artigo 26º do CP, e no artigo 21º nº 1 do Decreto-Lei 15/93 de 22 de Janeiro. Considerando, no entanto, todas as acções por ele levadas a cabo, depois de iniciada a acção encoberta, como legítimas e necessárias de um agente infiltrado no âmbito de uma acção encoberta. Tornando desse modo, a sua actuação legal, e as provas por si obtidas nos autos válidas, de modo a que, se possa reenviar o processo para o Tribunal “a quo” e os arguidos possam ser devidamente acusados, como autores materiais do crime de tráfico de estupefacientes previsto e punido nos termos do artigo 21º nº 1 do Decreto-Lei 15/93 de 22 de Janeiro e do artigo 26º do CP, e assim, determinar-lhes uma medida concreta de pena.

Assim sendo, na nossa opinião, o recurso do MP, para o Tribunal da Relação de Évora, deveria ter sido considerado procedente, uma vez que, a actuação do agente

infiltrado não se consubstanciou numa verdadeira instigação, pois todos os arguidos acederam livre e espontaneamente à operação de tráfico, sabendo que a sua conduta era legalmente punível; até porque, não é base de defesa a “pressão”, isto é, não basta os arguidos alegarem que só praticaram o crime pois lhes foi prometida uma elevada remuneração por tal; porquanto se eles não estivessem predispostos a cometer o crime, simplesmente não o fariam.

Além de que, não nos parece de todo, que o recurso do MP para o Tribunal Superior, deva ser considerado extemporâneo, pois as formalidades previstas no artigo 412º nº 3 e nº 4 do CPP são cumpridas, uma vez que, o MP, nas suas conclusões especifica os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados; assim como, as concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida; considerando que, a actuação do agente infiltrado é legal à luz do elencado na lei 101/2001 de 25 de Agosto, e portanto, todas as provas por ele obtidas devem ser válidas, ou seja, tendo em conta que o Tribunal “a quo” as considerou nulas, todas elas devem ser renovadas.

Posto isto, é perceptível o motivo pelo qual, no estudo destes dois acórdãos, concordamos com a decisão tomada pelo STJ, e por seu turno, discordamos da decisão decretada pelo TRE, uma vez que, o Tribunal da Relação de Évora, a nosso ver, não tem fundamentos legais que consubstanciem, a decisão que tomou no âmbito deste processo. Porquanto ficou assente na matéria de facto provada, que o agente infiltrado praticou actos de execução do crime de tráfico de estupefacientes, antes de se iniciar a acção encoberta; no entanto, nada há que prove que, foram esses actos que desencadearam toda a operação de tráfico de droga, e muito menos que, foram os actos que praticou, posteriormente, como agente infiltrado, que instigaram os arguidos a delinquir. Portanto, nesta parte, como proposto pelo MP e referido anteriormente, o agente infiltrado deveria ter sido acusado pela autoria moral do crime de tráfico de ilícito de estupefacientes, ao invés de ser decretada a invalidade da sua actuação no âmbito da acção encoberta e a correspondente nulidade das provas por si obtidas, optando o TRE por inserir a sua conduta no preceituado no artigo 4º do regime das acções encobertas. Aliás, tal não tem de todo, fundamento legal,

uma vez que, o artigo 4º isenta de responsabilidade o agente infiltrado que pratica actos de execução de uma infracção no âmbito duma acção encoberta, e no caso em apreço, a legalidade dos actos que se pretende aferir e enquadrar legalmente postulam-se nos levados a cabo pelo agente infiltrado antes da acção encoberta. Logo, esta decisão do Tribunal de 1ª Instância e consequente confirmação do Tribunal Superior não tem, sequer, suporte legal. Posteriormente, quanto à conduta do agente infiltrado no âmbito da acção encoberta, prova nenhuma há, que esta se consubstanciou em provocação; sendo certo que, perante o contexto em que esta incidiu, o aliciamento com propostas de obtenção de elevadas quantias monetárias como contrapartida da prática de determinados ilícitos, realizado pelo agente infiltrado aos arguidos, é usual e próprio da sua actuação; e, aliás, até pela jurisprudência do TEDH é actualmente (e já na altura dos factos) considerado razoável e legalmente aceitável, como é possível constatar na decisão proferida por esse Tribunal, no âmbito do caso Calabrò, correspondente a queixa nº 59895/00. Relativamente, ao facto de ser a PJ que guardava e vigiava a droga, em nada implica, a quebra do domínio factual dos arguidos, como referenciado anteriormente; tendo em conta que, a operação de tráfico se desencadeou nos exactos termos que os arguidos pretenderam, praticando estes, por completo, o desvalor da acção; não sendo, também, nesta parte, correctamente realizada a apreciação da prova pelo Tribunal da Relação de Évora. Por todas estas razões, na nossa opinião, a decisão do TRE demonstrou-se desadequada e acima de tudo ilegítima, visto que, não tem suporte legal que a fundamente. Sendo este o motivo pelo qual, no contraponto entre os dois Acórdãos estudados, afirmámos com segurança, que a decisão decretada pelo STJ foi, sem réstio de dúvidas, a mais proporcional e justa.

Em modo de conclusão, o que pretendemos alcançar com a enunciação destes Acórdãos é que, mesmo depois de tanta doutrina e jurisprudência quanto ao recurso as acções encobertas e ao agente infiltrado, a verdade é que ainda hoje, é possível verificar em casos concretos e reais a aplicação da Lei 101/2001 de 25 de Agosto de forma tão discrepante, isto é, o nosso objectivo ao referenciar estes dois Acórdãos, postulou-se exactamente no facto de tratarem o mesmo tema, responderem a questões bastante semelhantes, e no entanto, decretarem decisões completamente distintas, o que não nos parece de todo, correcto.

Como é do conhecimento geral, ao julgador não é permitido formular um juízo de "non liquet" sobre a prova produzida; aliás, a lei apesar de consagrar no artigo 127º do CPP, o princípio da livre apreciação da prova, exige ao julgador objectividade na sua decisão, ou seja, os doutos magistrados, independentemente de concordarem, ou não, com os meios especiais de investigação criminal aplicados no âmbito dum processo, se estes cumprirem os trâmites legais, só têm de os considerar válidos.

Sendo certo que, sempre existirão perspectivas diferentes de avaliar a prova produzida, originando, não raras as vezes, resultados díspares, ou no mínimo, não coincidentes em processos semelhantes. Contudo, desde que tal tenha suporte legal, decerto será, compreensivelmente aceitável.

Não obstante, quando se trata da aplicação da lei, não nos parece que tal deva ser considerado de ânimo leve, pois, como se verificou no caso em apreço, os arguidos no processo revisto no Tribunal da Relação, foram absolvidos; enquanto, os arguidos que são parte do processo colocado no STJ foram condenados, ou seja, estamos perante a mesma realidade e temos duas decisões opostas. Portanto, tal não corresponde, de todo, à tão aclamada Justiça.

Em suma, só queremos deixar claro que é necessário ter em conta a importância do que aqui se verifica, pois temos num polo um direito fundamental que é a liberdade, e no polo oposto a segurança, sendo esta matéria tão sensível, não se deve admitir, com tamanha à vontade, decisões tão diferentes, porque é certo que opiniões podem divergir, mas a aplicação da Lei, nem tanto.

3.7. Entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem quanto à actuação do agente infiltrado

O caso mais emblemático, que envolve a problemática do agente infiltrado, julgado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi, sem sombra de dúvidas, o conflito em que figuraram como partes o Sr. Teixeira de Castro enquanto demandante e, de outro lado, Portugal como demandado.

A importância do referido caso para a análise da jurisprudência do TEDH sobre o assunto, postula-se ao facto de, nesta Corte, pela primeira vez, um País ter sido condenado pela utilização do agente infiltrado como meio de obtenção de prova. Sendo que, a fundamentação utilizada neste julgamento, serve como base para o debate acerca do tema, no plano interno, por parte dos Países que adoptam a CEDH.

Posto isto, o que importa salientar no âmbito deste processo (em modo muito abreviado, uma vez que a narrativa deste caso já foi inúmeras vezes abordada) é a fundamentação que o TEDH utilizou para a sua tomada de decisão neste julgamento, de modo a, declarar a actuação dos dois agentes da PSP de Vila Nova de Famalicão, como de verdadeiros agentes provocadores e, assim, condenar o Estado Português ao pagamento duma indemnização de onze milhões e oitocentos mil escudos.

Assim, o TEDH iniciou este julgamento ressaltando que Teixeira de Castro possuía um registo criminal limpo, e que nunca tinha cometido o ilícito que lhe foi imputado, sendo certo que, se não tivesse existido a intervenção dos agentes provocadores, tal não se teria verificado. Aliás, no entender do TEDH, os agentes da PSP, actuaram livres de qualquer controle judiciário e na ausência de abertura de inquérito preliminar.

A maior parte dos Estados-membros do Conselho da Europa, admitem a utilização de mecanismos especiais de investigação, nomeadamente no âmbito da luta contra o tráfico de drogas. No entanto, afirmam que a sociedade deve encontrar instrumentos para combater este tipo de actividades, que não sejam tão danificadores dos direitos e liberdades dos cidadãos.

A legislação que na altura se aplicava ao caso, o artigo 52º do Decreto-Lei nº 430/83, bem como a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes de 1988 e a Convenção do Conselho da Europa de 1990, admitiam o recurso a agentes infiltrados, desde que, em nada este se relacionasse com a actuação, de um agente provocador.

De acordo com o TEDH, a actuação da polícia esteve, de modo essencial, senão exclusivo, na origem da prática dos factos e da condenação de Teixeira de Castro a uma pena tão pesada. Ao actuarem desta maneira, provocaram um delito criminal que, de outro modo, poderia não se ter verificado. O que afectou, irremediavelmente, o carácter equitativo deste processo.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, na fundamentação da sua decisão, sublinhou que, o Governo Português não alegou que a intervenção dos polícias se situava no âmbito de uma operação de repressão ao tráfico de estupefacientes, autorizada e controlada por um magistrado. Sendo que, também não ficou provado que as autoridades competentes detivessem razões sólidas para supor que Teixeira de Castro era um traficante de drogas. Pelo contrário, o seu registro criminal estava limpo e não estava aberto nenhum inquérito preliminar contra si.

Relativamente à droga apreendida, esta não estava no domicílio de Teixeira de Castro, ele procurou-a junto dum terceiro que, por sua vez, obteve-a através de outro indivíduo.

Para o TEDH, também não se demonstra que no acórdão do STJ, Teixeira de Castro estivesse com mais droga do que o pedido pelos agentes da PSP, e, portanto, tivesse ido além da provocação policial. Além de que, nenhuma prova há que fundamente a tese do Governo Português de que, Teixeira de Castro tinha uma propensão ao cometimento de ilícitos.

Perante tal, o TEDH, assumiu a ideia de que os tribunais portugueses, para fundamentar a condenação de Teixeira de Castro, tiveram, essencialmente, em atenção, as declarações dos dois agentes da PSP.

Analisando tudo isto, o TEDH concluiu que a actividade desses dois polícias ultrapassou a de um agente infiltrado, visto que, provocaram o ilícito, não existindo qualquer facto que corrobore que, sem a actuação dos mesmos, aquele teria sido cometido. Tal intervenção e a sua utilização no processo penal em questão privaram Teixeira de Castro, *ab initio* e definitivamente, de um processo equitativo, violando assim, o disposto no artigo 6º nº 1 da CEDH.

Posto isto, o TEDH condenou Portugal ao pagamento de dez milhões de escudos, referentes aos danos materiais e morais sofridos por Teixeira de Castro, e um milhão e oitocentos mil escudos, correspondentes às custas e às despesas.

Não obstante, desta decisão discordou o juiz Butkevych ³⁰, argumentando que, nem sempre é possível a separação de certos direitos e de certas liberdades dos cidadãos, uma vez que, não são direitos absolutos; portanto, no caso em apreço, deveria ter sido realizado um juízo de ponderação, entre a defesa dos direitos de Teixeira de Castro e a restrição a fazer-se a esses mesmos direitos, de forma a, proteger os direitos de outrem.

Desse modo, é necessário alcançar-se um certo equilíbrio, por isso, tratando-se de crimes que consubstanciem perigo para a sociedade, como é no caso em concreto, o tráfico de estupefacientes, é admissível a restrição dos direitos e liberdades do arguido.

Isto porque, na opinião do juiz Butkevych, Teixeira de Castro tinha consciência que a sua actuação se consubstanciava num acto criminoso; portanto, o facto de conhecer, ou não, a identidade dos polícias, em nada devia alterar a substância do caso. Assim sendo, estes dois polícias, não actuaram como agentes provocadores, mas sim, como agentes infiltrados, sendo esta modalidade admitida por lei.

E nesta opinião do Juiz Butkevych, nós nos apoiamos. Porquanto, Teixeira de Castro tinha noção da ilicitude da sua actuação e, mesmo assim, optou por levá-la adiante, ou seja, mesmo sabendo que a sua conduta era legalmente proibida, o arguido decidiu livremente executá-la. Sendo certo que, o facto de este desconhecer a verdadeira identidade dos agentes da PSP, é completamente aceitável a nível legal, visto que esse é um dos elementos mais característicos das acções encobertas. No entanto, apesar de concordarmos com a opinião do Juiz Butkevych e acharmos a decisão tomada pelo TEDH, neste processo, demasiado extremista, realçamos que, à data dos factos, ainda não existia um regime que regulasse adequadamente as acções encobertas, existindo muitas lacunas na lei quanto a tão frágil matéria, o que permitia que se verificassem decisões baseadas em critérios mais subjectivos. Além de que, também nos parece importante referir que, a actuação dos agentes da PSP como agentes infiltrados deveria ter sido autorizada e

³⁰ Sendo que, desta decisão, apenas este Juiz votou contra.

controlada por um magistrado, e que o facto de esta formalidade não ter sido cumprida, acarreta, mesmo hoje, a invalidade da mesma, nos termos do artigo 3º da Lei 101/2001 de 25 de Agosto. Não obstante, tendo em conta a falta de legislação aplicável neste contexto à data dos factos, parece-nos que a decisão do TEDH não foi a mais equilibrada e proporcional, apresentando-se sim, como extremamente rigorosa e pouco adequada.

Aliás, o próprio TEDH, em casos posteriores e relativamente análogos, optou por decidir com um pouco menos de “rigor”, quanto à definição de provocação na actuação dos agentes infiltrados, o que é possível constatar-se no Caso Calabrò ³¹.

No caso Calabrò, o TEDH, optou por realizar uma delimitação policial menos extremista, na medida em que entendeu como intervenção própria do agente infiltrado, a conduta do "homem de confiança", que organiza uma operação de importação de grande quantidade de cocaína e procura comprador para a mesma, com a única finalidade de determinar uma situação de flagrante delito.

O que, por oposto, no caso Teixeira de Castro qualificou como provocação policial o procurar-se comprar droga, no meio em que se supõe razoavelmente existir.

Posto isto, é possível verificar que, mesmo o TEDH, nas queixas apresentadas, à *posteriori*, do processo de Teixeira de Castro, mostrou-se mais razoável, quanto à actuação do agente infiltrado, autorizando os Países membros, a recorrerem a meios especiais de investigação criminal, quando está em causa, a prática de ilícitos que comportam uma grave e sofisticada criminalidade.

³¹ Caso Calabrò, queixa nº 59895/00, decisão proferida a 21 de Março de 2002 pelo TEDH.

Nesse sentido posiciona-se também o Tribunal Constitucional no Acórdão de 14 de Outubro de 1998 ³², onde afirma que, não obstante os perigos que a actuação do agente infiltrado acarreta, actualmente, estando em causa certo tipo de criminalidade grave (terrorismo, tráfico de droga, criminalidade violenta ou organizada) “ (...) é impossível renunciar ao serviço do *undercover agent* “.

³² Acórdão do Tribunal Constitucional de 14 de Outubro de 1998, processo nº 578/98, publicado na II Série do Diário da República a 26 de Fevereiro de 1999.

CONCLUSÃO

Terminado o percurso que consubstanciou a realização desta dissertação, nomeadamente, através da procura na doutrina sobre a temática do agente infiltrado e das acções encobertas, é nos possível constatar que, toda a sua essência, a sua aplicabilidade em casos reais cria muito mais controvérsia do que parece à primeira vista.

E por essa mesma razão, é que apesar de se verificar o recurso ao agente infiltrado desde 1983, só a partir de 25 de Agosto de 2001 este meio de investigação criminal especial foi devidamente legislado.

Não obstante, em 1983, é aposta na lei uma introdução a este meio de investigação criminal, nomeadamente, através do disposto no artigo 52º do DL 430/83 que nos dizia que, quem sobre o controlo da PJ actuasse como agente infiltrado no âmbito de uma acção encoberta, não seria punível. Entretanto, esta matéria foi revogada pelo previsto nos artigos 59º e 59º A do Decreto-Lei 15/93 de 22 de Janeiro e, posteriormente, pela Lei nº 45/96 de 03 de Setembro. No entanto, esta legislação demonstrava-se, ainda, bastante escassa, o que perante um tema tão sensível, não era de todo coerente.

Deste modo, até 2001, o regime que regulava as acções encobertas detinha imensas lacunas, o que originava que, perante situações concretas e reais no âmbito de uma acção encoberta, não existisse legislação aplicável, ficando as mesmas, tão-somente, sobre a discricionariedade do julgador.

Mas mais que isso, esta “omissão de lei “ fazia com que as autoridades policiais devidamente autorizadas ao recurso deste meio de investigação criminal especial,

desconhecessem em que situações poderiam agir, isto é, perante que criminalidade, e de que forma o deveriam fazer.

Tudo isto criou bastante divergência na doutrina, e até mesmo na jurisprudência, pois, obviamente, onde falha legislação, vigora apenas o cunho de cada pessoa, o seu entender, a sua perspicácia, os seus princípios; basicamente, os seus critérios de distinção entre certo e errado; proporcional e desproporcional, e necessário ou dispensável. O que não se deve de todo aceitar, uma vez que, a liberdade, ou não, dum cidadão, não deve depender, unicamente, dos critérios pessoais de outro.

A tal, corrobora Figueiredo Dias ³³, que nos diz que, apesar de no nosso sistema processual penal vigorar o princípio da livre apreciação da prova, disposto no artigo 127º do CPP, os juízes têm o dever de procurar a verdade material, sendo certo que, a apreciação que elaborarem da prova, será reconduzível a critérios objectivos.

O mesmo nos diz, Marques Ferreira quando afirma que, o julgador não pode elaborar uma apreciação arbitrária da prova produzida, nem aprecia-la com base na sua percepção dos diversos meios de prova ³⁴.

³³ Figueiredo Dias, in “Direito Processual Penal”, volume I, Coimbra Editora, 1981, pág. 202: " Uma coisa é desde logo certa: o princípio não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável - e portanto arbitrária - da prova produzida. Se a apreciação da prova é, na verdade discricionária, tem evidentemente esta discricionariedade (...) os seus limites que não podem ser licitamente ultrapassados: a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma liberdade de acordo com um dever - o dever de perseguir a chamada " verdade material" - de tal sorte que a apreciação há-de se, em concreto, reconduzível a critérios objectivos e portanto, em geral susceptível de motivação e de controlo (...). "

³⁴ Marques Ferreira, in Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, " Meios de Prova", Almedina, páginas 227 e 228 " (...) Por outro lado, livre convicção ou apreciação não poderá nunca confundir-se com apreciação arbitrária da prova produzida nem com a mera impressão gerada no espírito do julgador pelos diversos meios de prova. A mais importante inovação introduzida pelo Código nesta matéria consiste, precisamente, na consagração de um sistema que obriga a uma correcta fundamentação das decisões que conheçam a final do processo de modo a permitir-se um controlo efectivo da sua motivação (...).

Até porque, é muito fácil enunciar os parâmetros a que deve corresponder a actuação dum agente infiltrado, mais difícil, será decerto, no âmbito duma acção encoberta, este cumpri-los a todos, isto é, é sabido que este deve de agir com diligência na sua conduta, no entanto, depois de tão embrenhado no meio criminoso, torna-se um tanto ao quanto difícil não pensar e agir como um verdadeiro criminoso.

Com isto pretendemos dizer que, um agente infiltrado, no decorrer duma acção encoberta deve, até, agir como um verdadeiro criminoso, aliás, para tanto serve o enunciado do artigo 4º da Lei 101/2001 de 25 de Agosto que regula as acções encobertas, que dispõe que, ao abrigo da acção encoberta, o agente infiltrado estará isento de qualquer responsabilidade penal pelo cometimento dos delitos que se mostrem, efectivamente necessários para obter a confiança dos investigados, mas apenas, por estes. E, desde que para tanto, os agentes infiltrados não criem nos investigados uma vontade de delinquir, que anteriormente não se verificasse.

No entanto, parece-nos que perante situações reais, será um pouco difícil cumprir todas essas linhas delimitadoras. Porquanto, se por hipótese, um agente das forças policiais tem conhecimento seguro de que um determinado indivíduo vende droga, e como tal, dirige-se a ele fazendo-se passar por um consumidor de estupefacientes, de modo a que lhe possa comprar droga e assim detê-lo em flagrante delito, estará a sua actuação ferida de invalidade probatória processual? É que, se essas delimitações forem assim tão rígidas, grande parte da prática policial será considerada um aliciamento e, conseqüentemente, uma instigação, nos termos do artigo 26º do CP.

A nos, parece-nos mais adequado compreender esta actuação, como o cumprimento do dever de diligência das autoridades policiais, que, perante o conhecimento da prática dum crime, tentam, através dos meios mais plausíveis e menos danosos, atingir a finalidade pretendida, que é a obtenção da Justiça e a correspectiva Paz jurídica.

Até porque é óbvio que, o recurso ao agente infiltrado emprega sempre, a violação de determinados direitos fundamentais do investigado, mas todos nós temos noção que, no mundo em que vivemos hoje, perante criminalidade tão organizada e sofisticada, é necessário utilizar meios igualmente sofisticados para a colmatar. Sendo certo que, por vezes, essa utilização conduzirá a danos nos direitos e liberdades do investigado.

No entanto, é necessário ter assente que, este é um meio de investigação criminal de *ultima ratio*, ou seja, o recurso a este, só deve ser realizado quando todos os outros se mostrarem ineficazes, ou se, se constatar de imediato que, só através deste, é que se poderá atingir o objectivo pretendido. Sendo tal corroborado pelo disposto nos artigos 2º e 3º da Lei 101/2001 de 25 de Agosto.

Posto isto, o que pretendemos vincar, é que apesar de respeitarmos opiniões contrárias, como a de Maria de Fátima Mata-Mouros, Desembargadora do Tribunal da Relação de Lisboa, que considera que o recurso a este meio de investigação criminal, deveria ser aferido com muito mais cautela, afirmando que o JIC, deveria elaborar um contrabalanço mais adequado da informação transmitida pela PJ, antes de autorizar a realização das acções encobertas afirmando mesmo que ³⁵ " (...) existe um défice procedimental de tutela dos direitos fundamentais restringidos por medidas de investigação e recolha de prova realizadas no inquérito criminal, ainda que sob reserva de competência judicial.”; nós continuamos a acreditar, que quando se mostrar como única solução viável para repreender e investigar determinados crimes, o recurso ao agente infiltrado além de lícito pela lei em vigor, deverá ser também compreensível e aceitável, até porque, o que todos nós pretendemos é, nada mais, nada menos, que a verificação da Justiça.

A nossa opinião tem um fundamento simples, as demasiadas vicissitudes que se apresentam na vida real, isto é, na actualidade, o mundo apresenta uma enchente de criminalidade e de desapego pelo cumprimento da Lei, fazendo com que, não raras as

³⁵ Maria de Fátima Mata-Mouros, Desembargadora do Tribunal da Relação de Lisboa, in Dissertação de Doutoramento, na súmula descritiva apresentada a 27 de Novembro de 2009 a FDUCP.

vezes, seja necessário recorrer a métodos e a meios, nem sempre queridos, mas indispensáveis. Na aplicação desses mesmos métodos, nem sempre é possível respeitar os princípios democráticos e as correspectivas liberdades e garantias dos cidadãos; no entanto, se respeitados os preceitos legais, tal não deveria consubstanciar, as decisões muitas vezes proferidas de invalidade das provas produzidas.

E é nessas situações de indispensabilidade que se situa o recurso às acções encobertas, até porque, não nos parece que, de todo por todo, a PJ queira gastar tempo e recursos com indivíduos e situações, em que não tenham a certeza que existe uma prática criminosa, além de que, se soubessem que essa mesma prática seria colmatada com o recurso a outro meio de investigação criminal, não iriam, decerto, arriscar a utilização duma acção encoberta, conhecendo, de perto, os riscos que a apreciação da prova alcançada através desta acarreta.

Neste contexto, pensamos também importante referir que, mesmo os agentes policiais, não têm qualquer vantagem ou interesse, em actuarem como agentes infiltrados além da captura dos criminosos e da consequente aplicação da Lei aos seus actos, visto que, no decorrer da acção encoberta, os agentes infiltrados terão que “reinventar a sua pessoa”, terão de mudar a sua forma de ser, de estar, de falar, de pensar, de se comportar, para que assim se enquadrem no meio criminoso, além do risco que correm de, a qualquer momento, o seu disfarce ser descoberto, colocando assim em perigo, a sua integridade física e a da sua família.

Todavia, nos casos em que os agentes infiltrados são terceiros que actuam apenas sob o controle da PJ, já existe alguma contrapartida, seja monetária, seja na medida da pena, ou até mesmo por vingança, isto é, eles actuam movidos pela possibilidade de alcance de alguma vantagem, independentemente do seu carácter, raros são os “bons samaritanos”; o que não invalida, contudo, a sua actuação, pois apesar de estes obterem algum benefício com a sua conduta, desde que, cumpram os requisitos legais à sua

actuação, a prova por estes alcançada deve ser considerada legal e, correspectivamente, válida em termos probatórios.

O que pretendíamos com esta abordagem, era suscitar o interesse neste meio de obtenção de prova, e, acima de tudo, conduzir a algumas reflexões quanto à sua importância e conseqüente validação. O objectivo da criação de meios especiais de investigação como este são a efectivação do direito e a defesa da sociedade.

Deste modo, queremos deixar claro, que nos preocupamos com os direitos dos arguidos, pelo seu respeito e cumprimento, no entanto entendemos que, em determinadas situações e perante certa criminalidade (grave obviamente), estes podem ser colocados num plano secundário, em ordem ao objectivo principal do nosso processo penal, que é a descoberta da verdade material.

Assim, e em modo de conclusão, o que pretendemos realçar é que, se realmente este meio de investigação criminal não detivesse uma importância crescente, não teria sido criado um regime próprio para o regular. Pois, por muito infeliz que seja dizê-lo, o mundo evolui, e a criminalidade e os criminosos acompanham essa evolução, criando meios cada vez mais sofisticados de delinquir e correspectivamente soluções mais elaboradas para tentarem sair impunes, não permitindo outra actuação dos nossos OPC, que não seja a criação de meios de investigação criminal igualmente complexos.

Aliás, a tal corroba Faria Costa ³⁶, que nos diz que “ (...) O fundamental é acreditar que politicamente, se devem fazer mudanças estruturais no nosso sistema punitivo, que se têm de operar mutações, racionalmente sustentadas, na própria estrutura e função jurídica

³⁶ José Faria Costa, in RLJ, n° 3934 setembro-outubro, “ a criminalidade em um mundo globalizado, ou plaidoyer por um direito penal não-securitário”, Coimbra Editora 2005, pagina 33.

do Estado, que se têm de modificar tantas e tantas coisas das relações sociais. O essencial é assumir uma atitude de maleabilidade-aquilo a que poderíamos chamar uma política criminal de geometria variável – dentro do ordenamento penal nacional, internacional e comunitário.”

Portanto, é necessário que, com todo o respeito, os doutos magistrados do nosso País, ponderem um pouco mais na análise que elaboram da prova quando deparados com um processo em que se verificou uma acção encoberta, de modo a que, os direitos, liberdades e garantias dos investigados sejam assegurados, mas, correspectivamente, o Estado exerça o seu poder de *ius puniendi*. Tudo isto para que se possa assegurar a vivência num Estado de Direito Democrático. Sendo certo que, em determinadas situações é indispensável o recurso a meios que empregam alguma deslealdade, pois são os únicos que se mostram adequados e capazes de acompanhar a complexidade dos ilícitos penais e, assim, alcançar a repreensão dos criminosos.

Por fim, e sem cair em abordagens sociológicas, o que pretendemos realçar é a importância do Direito, da Lei, da Segurança, da Justiça.

Todos pretendemos o mesmo, o bem comum, a Paz Jurídica.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Manuel da Costa – “*Sobre as proibições de prova em Processo Penal*”, Coimbra Editora, 1992.

Beleza, Teresa Pizarro / PINTO, Frederico da Costa - “ *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*”, Coimbra, Almedina, 2010.

COSTA, José de Faria – “ *A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário*”, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 135º, Setembro-Outubro, Coimbra Editora, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo – “*Direito Processual Penal*”, volume I, Coimbra Editora, 1981.

DIAS, Jorge de Figueiredo – “ *Princípios estruturantes do processo penal, Código de Processo Penal*” volume II, tomo II, Lisboa, Edição da Assembleia da República, 1999.

FERREIRA, Marques Ferreira – “*Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal: Meios de Prova*”, Livraria Almedina.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima – “ *O Agente Infiltrado*” Revista do Ministério Público, Ano 22, Janeiro-Março, Editorial Minerva, Lisboa, 2001.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima – “ *A Reserva de Juiz nas Medidas de Investigação Restritivas de Direitos Fundamentais no Inquérito Criminal - Dissertação de doutoramento*” sùmula descritiva, 2009.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves – “ *O Regime das provas obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*”, Almedina, 1999.

MONTE, Mário Ferreira Monte – “*Relevância da Actuação dos Agentes Infiltrados ou Provocadores no Processo Penal*” artigo publicado na revista Scientia Iuridica 265/267.

ONETO, Maria Isabel Solnado – “ *O Agente Infiltrado, contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*”, Coimbra Editora, 2005.

PEREIRA, Carolina Guimarães Pecegueiro – “ *O Entendimento jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem acerca da atuação do agente infiltrado*” artigo publicado na RIDB, Ano 1, 2012, nº 11.

SILVA, Germano Marques – “*Curso de Processo Penal*”, volume II, 5.^a edição revista e actualizada, Lisboa, Editorial Verbo, Babel, 2011.

SOUSA, Susana Maria Aires de – “ *Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões* “, Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Organização Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes, Coimbra Editora, 2003.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – “ *Regime Jurídico da Investigação Criminal*”,
Comentado e Anotado, 3ª edição revista e aumentada, Almedina, 2006.

JURISPRUDÊNCIA

Site: www.dgsi.pt

- Acórdão do TEDH de 8 de Junho de 1998;
- AC do TEDH de 21 de Março de 2002, queixa nº 59895/00;
- Acórdão do Tribunal Constitucional de 14 de Outubro de 1998, processo nº 578/98;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1996, processo nº 27/96;
- AC do STJ de 16 de Maio de 1996, processo nº 146/96;
- AC do STJ de 13 de Janeiro de 1999, processo nº 98P999;
- AC do STJ de 30 de Outubro de 2002, processo nº 02P2118;
- AC do STJ de 20 de Fevereiro de 2003, processo nº 02P4510;
- AC do STJ de 30 de Outubro de 2003, processo nº 03P2032;
- AC do STJ de 06 de Maio de 2004, processo n.º 1138/04-5;
- AC do STJ de 09 de Junho de 2005, processo n.º 1015/05-3;
- AC do STJ de 30 de Novembro de 2005, processo nº 05P3349;
- AC do STJ de 28 de Outubro de 2009, processo nº 40/03.8TELSB.C.S1;
- AC do STJ de 09 de Janeiro de 2013, processo nº 709/00.9JASTB-J.S1;
- AC do STJ de 11 de Julho de 2013, processo nº 1690/10.1JAPRT.L1.S1;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17 de Junho de 2008, processo nº 1123/08-1;
- AC do TRE de 09 de Junho de 2009, processo nº 2721/07-1;

- AC do TRE de 14 de Julho de 2009, processo nº 97/07.2JAGR.D.E1;
- AC do TRE de 04 de Fevereiro de 2010, processo nº 196/08.3JAFAR.E1;
- AC do TRE de 20 de Setembro de 2011, processo nº 370/04.1JELSB.E1;
- AC do TRE de 13 de Novembro de 2012, processo nº 15/10.0JAGR.D.E1;
- AC do TRE de 15 de Outubro de 2013, processo nº 15/10.0JAGR.D.E2;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de Novembro de 2006, processo nº 9060/2006-3;
- AC do TRL de 25 Maio de 2010, processo nº 281/08.1JELSB.L1-5;
- AC do TRL de 22 de Março de 2011, processo nº 182/09.6JELSB.L1-5;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 04 de Julho de 2012, processo nº 251/06.4JAPRT.P1;
- AC do TRP de 05 de Junho de 2013, processo nº 629/12.4GCSTS.P1;
- AC do TRP de 07 de Maio de 2014, processo nº 8292/12.6TDPRT.P1.

Site: www.cej.mj.pt

Coleção acções de formação – “*Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: casos nacionais*”, publicado em 2013 pelo Centro de Estudos Judiciários.