



Wellington dos Santos Cerqueira

PROVOCAÇÃO AO DELITO:

Uma contribuição, sob a perspectiva da lealdade processual, para a avaliação dos limites de uma intolerável ação provocatória

Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais.

Julho/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

WELINGTON DOS SANTOS CERQUEIRA

PROVOCAÇÃO AO DELITO.

**Uma contribuição, sob a perspectiva da lealdade processual, para a
avaliação dos limites de uma intolerável ação provocatória**

PROVOCATION TO COMMIT CRIME.

***A contribution, from the perspective of procedural fairness, to the assessment
concerning the limits of an unacceptable act of provocation***

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 em Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa

Coimbra /2016

Agradecimento

Agradeço a Deus por ter me capacitado e sustentado no desenvolvimento deste trabalho, de modo a superar todas as adversidades e limitações.

À minha linda família pelo incentivo, pelo amor e pela compreensão.

Aos professores e funcionários da Universidade de Coimbra que contribuíram para o nosso crescimento intelectual.

E a Doutora Susana Maria Aires de Sousa pela atenção e apoio dispensados nesse período de orientação, constituído de valiosas contribuições.

Resumo

A provocação ao delito por agente de autoridade (*agent provocateur*) coloca em linha de confronto os meios e os fins do Estado, suscitando inúmeros problemas jurídico-penais. Levantou-se, então, a questão de saber se o princípio da lealdade processual é capaz de ultrapassar as peculiaridades e concepções internas das ordens jurídicas de democracias contemporâneas, no trato da provocação, e de se constituir em um paradigma concreto de avaliação quantos aos limites de uma intolerável ação provocatória. Isso porque a lealdade processual constitui imperativo categórico apto a materializar o processo equitativo e a atrair, por seu conteúdo ético, as discussões acerca da provocação. Deduziu-se do processo de pesquisa que o debate quanto ao cumprimento ou não do princípio por conta de uma ação provocatória se confina no âmbito de três planos de avaliação. E, desse modo, não sendo constatada a ofensa ao referido princípio, não se evidencia na situação meio ilícito de obtenção de prova. Ademais, do exame de cada um dos planos, observou-se que a provocação ao delito não viola a liberdade de vontade ou de decisão do sujeito provocado, mas interfere em sua capacidade de avaliação; que não constitui hipótese de crime impossível e que a conexão causal entre a ação provocatória e a ação do provocado há de ser feita por um caráter de essencialidade, não confinada unicamente na ideia de criação da intenção criminosa. Procurou-se analisar, ao final, o tratamento jurídico, sobretudo jurisprudencial, que é conferido à provocação em âmbitos concretos de aplicação, sob a óptica proposta da lealdade processual.

Palavras-chave: Provocação ao delito. *Agent Provocateur*. Prova ilícita. Processo equitativo. Lealdade Processual. Parâmetros de análise.

Abstract

Provocation by a law enforcement officer to commit crime (agent provocateur) places a State's means and ends in conflict, raising numerous legal and criminal issues. This situation raises the question of whether the principle of procedural fairness is able to overcome the peculiarities and internal concepts of the legal systems in contemporary democracies when dealing with provocation. Further, whether the principle is able to constitute itself a concrete assessment paradigm concerning the limits of an unacceptable act of provocation. This is because procedural fairness constitutes a categorical imperative leading to the right to a fair trial. Therefore, the ethical content of the principle brings together questions and discussions about provocation. This research allowed us to conclude that the debate about whether or not the principle has been fulfilled, concerning an act of provocation, is confined to three levels of evaluation. Thus, if the principle has not been violated, the evidence has not been obtained unlawfully in the situation. Moreover, upon examination of each level, it was observed that provocation: does not violate the incited person's freedom of will and decision but interferes with his or her ability to make a judgment; that it does not constitute a hypothesis of impossible crime and that the causal connection between the act of provocation and the incited person's action is to be made according to criteria of essentiality and not based solely on the idea of the creation of criminal intent. Finally, the legal treatment, particularly jurisprudential, which is given to the provocation in specific fields of application is analyzed from the proposed perspective of procedural fairness.

Keywords: *Provocation to commit crime. Agent Provocateur. Illegal evidence. Fair trial. Procedural fairness. Analysis Parameters.*

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. - Acórdão
Art. - Artigo
Cap. - Capítulo
CIDH - Corte Interamericana dos Direitos Humanos
Cfr. - Conferir
CPP - Código de Processo Penal
ed. - Edição
DJ - Diário de Justiça
DJe - Diário de Justiça eletrônico
DJU - Diário de Justiça da União
et al. - *Et alia* ou variações (e outros)
g.A. - grifo do Autor
HC - *Habeas Corpus*
Min. - Ministro
op. cit. - *opus citatum* (obra citada)
Proc. - Processo
p. - página
RE - Recurso Extraordinário
REsp - Recurso Especial
RHC - Recurso em *Habeas Corpus*
RBCC - Revista Brasileira de Ciências Criminais
RPCC - Revista Portuguesa de Ciência Criminal
Rel. - Relator
ss - seguintes
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
T. - Tomo
Trad. - Tradução
v. - versus
Vol. - Volume

Índice

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I - PROLEGÔMENOS DA PROVOCAÇÃO.....	10
1.1. Noções Introdutórias.....	10
1.1.1. O problema da definição do agente provocador	11
1.1.2. Distinções julgadas úteis	21
1.2. Principais questões levantadas.....	24
1.2.1. Questões remissíveis ao enquadramento dogmático	25
1.2.2. A provocação no confronto com princípios jurídicos.....	33
CAPÍTULO II - DO PROCESSO EQUITATIVO À LEALDADE PROCESSUAL....	38
2.1. O tratamento jurídico da equidade	38
2.1.1. A equidade no plano jurídico-normativo no Brasil e em Portugal	39
2.1.2. A materialização do princípio do processo equitativo.....	44
2.1.3. A equidade aplicada ao processo na visão do TEDH e CIDH.....	50
2.2. A lealdade como princípio de justiça no tratamento da provocação	52
2.2.1. A relevância jurídica geral da lealdade.....	54
2.2.2. O princípio da lealdade processual.....	55
CAPÍTULO III - A LEALDADE PROCESSUAL E A PROVOCAÇÃO	58
3.1. Os planos de análise reveladores do descumprimento do princípio	58
3.1.1. O plano objetivo de análise	63
3.1.2. O plano subjetivo de análise.....	67
3.1.3. O plano da conexão causal	74
3.2. A Lealdade Processual em planos concretos de aplicação	80
3.2.1 Exame e crítica no tratamento jurídico-penal no Brasil.....	80
3.2.2 Exame e crítica no tratamento jurídico-penal em Portugal	88
3.2.3 Exame e crítica no âmbito da jurisprudência do TEDH	93
CONCLUSÃO	100
BIBLIOGRAFIA.....	106
JURISPRUDÊNCIA.....	113

INTRODUÇÃO

Vive-se tempos de uma criminalidade cada vez mais organizada, cuja atuação aviltam as técnicas tradicionais de investigação da polícia pela utilização de uma intrincada rede de movimentos, arranjos e estratagemas que potencializam as dificuldades na descoberta de atos preparatórios ou executórios de crimes e de seus responsáveis. Intensifica-se uma aspiração social e institucional de tornar a atividade policial ou de qualquer agente de autoridade mais eficiente, dotada dos meios e técnicas necessários para conter o avanço de atos nocivos aos bens jurídicos que gozam de proteção jurídico-penal.

Despontam, neste contexto, métodos especiais de investigação que buscam viabilizar a realização na plenitude das pretensões e dos fins institucionais dos órgãos responsáveis pela aplicação da lei. Acontece que alguns desses métodos se defrontam com os limites assegurados pelo respeito aos direitos fundamentais, sendo a ação provocatória uma clara evidência disso, já que envolve uma colaboração substancial na prática delitiva. E, assim, a provocação ao delito tem suscitado inúmeras questões jurídicas de foro ético, normativo e dogmático em várias ordens jurídicas no mundo.

A diversidade de tratamento jurídico-penal não decorre unicamente das peculiaridades do ordenamento jurídico interno que se encontra em vigor em diversos países do mundo ocidental. Decorre, também, da multiplicidade de concepções teóricas que se formam em torno da colocação no sistema jurídico das ações do provocador e do provocado ou da compatibilização daquela provocação com as premissas fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

Vê-se, por exemplo, que despontam diferenças significativas quanto à responsabilidade criminal do provocado mesmo quando são consideradas democracias muito próximas culturalmente pelo passado que as une, como ocorre com Brasil e Portugal. Enquanto que, numa, busca-se solucionar a questão no âmbito do direito material, ao firmar a concepção de que ocorre na hipótese crime impossível; noutra, centra-se na direito processual já que se tem por nulas as provas colhidas no âmbito da provocação.

No entanto, essa variedade de tratamento não somente voltada à responsabilidade do provocado, mas também concernente à figura do provocador, suscita uma clara indagação: se as concepções normativas e dogmáticas que se levantam quanto à provocação são todas válidas e corretas pelo simples fato de que se relacionarem à ordens jurídicas distintas; ou se há algumas delas que hão de suplantar as outras em face da justeza dos argumentos que as sustentam. Não obstante, tem-se que muitas, senão todas, as democracias ocidentais contemporâneas comungam de valores éticos-jurídicos muito próximos, como ocorrem com a dignidade humana e o processo equitativo, nos quais toca, em certa medida, a ação provocatória levada a efeito pelo agente público.

E, assim, levanta-se o problema de pesquisa no sentido de verificar se há possibilidade de se constituir um paradigma, no âmbito dos princípios jurídicos, que ultrapasse essas concepções jurídicas internas dos Estados no tratamento da provocação ao delito. No entanto, tal pretensão não restaria possível sem que esse princípio fosse capaz de fornecer parâmetros concretos e imediatos de avaliação dos fatos com ele confrontados, o que haverá de se inserir também naquele objeto de pesquisa.

É claro que os problemas quanto à provocação convergem ou para a definição da responsabilidade do provocador ou para a do provocado, o que não haveria de ser diferente nesta pesquisa. Assim, delimita-se o objeto de pesquisa na responsabilidade criminal do provocado, sem olvidar de fornecer conceitos que remetem à provocação como um todo a fim de dar sustentação no desenvolvimento do raciocínio.

Diante de todo o exposto até aqui, vê-se que sobreleva em importância o estudo do tema e a abordagem do problema. E se inicia buscando uma compreensão razoável do fenômeno e traçando seus contornos jurídicos, o que possibilitará um aprofundamento no estudo e eventual contribuição jurídica a respeito.

Procura-se, então, desenvolver a pesquisa por um raciocínio dedutivo, agregando-lhe um conhecimento básico e preliminar de estudo, eminentemente comparativo. Utiliza-se, neste intento, levantamento bibliográfico específico sobre o tema, sem prejuízo de recurso à bibliografia geral sobre questões adjacentes. No entanto, o referencial básico de pesquisa e de confrontação se insere nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa, sendo, no entanto, possível o recurso a doutrina e jurisprudência estrangeiras a esse referencial, por conta da profundidade das reflexões nelas encontradas.

A pesquisa se desenvolverá ao longo de diversas temáticas remissíveis a três grandes capítulos. No *Capítulo I*, procura-se expor a complexidade das discussões que envolve a provocação ao delito como um todo. Busca-se, aqui, conhecer a amplitude fática do fenômeno a partir do estudo da figura do agente provocador, além de compreender as principais questões existentes no âmbito do enquadramento dogmático e sob a perspectiva de princípios.

No *Capítulo II*, por sua vez, tenciona-se evidenciar qual o princípio jurídico seria capaz de dirigir as discussões no âmbito da responsabilidade do provocador, além de tentar discernir acerca de sua origem, obrigatoriedade no âmbito dos referenciais de pesquisa e relevância jurídico-processual. Desse modo, parte-se da equidade e de sua aplicação ao processo, sem olvidar de expor a concepção de cortes internacionais a respeito do conteúdo do processo equitativo, e segue até ao princípio da lealdade processual, tido, nesta altura, como princípio hábil a delinear o tratamento jurídico-penal no âmbito da provocação.

Por fim, no *Capítulo III*, investiga-se, de modo mais imediato, a relação existente entre a lealdade processual e as ações provocatórias. Põe-se à estudo os planos de análise reveladores do descumprimento do princípio no âmbito de uma provocação ao delito, os quais encerram inúmeras considerações adjacentes, para além dos elementos cuja constatação no caso concreto evidenciam o descumprimento da lealdade e a caracterização de meio ilícito de obtenção de prova. E, por fim, sugere-se uma ponderação entre a lealdade processual, sob a óptica proposta, e o tratamento jurídico-penal, sobretudo jurisprudencial, que é dada à provocação no Brasil, em Portugal e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, este último para contribuir para o debate tendo em vista as inúmeras vezes em que foi posto para julgar casos de provocação ao delito.

CAPÍTULO I - PROLEGÔMENOS DA PROVOCAÇÃO

1.1. Noções Introdutórias

A referência que se faz aos termos provocador e provocado remete, pois, a um fenômeno social, político e, também, jurídico, que os integra como figuras centrais, chamado provocação ao delito, e se insere no âmbito das técnicas especiais de investigação de delitos utilizadas por instâncias formais de controle. Entretanto, só num tempo relativamente recente de uma atividade criminosa cada vez mais organizada e difundida na sociedade, tem sido suscitadas questões e controvérsias jurídicas gradualmente intensas, na medida em que procura examinar profundamente valores de justiça e de ordem vigentes num Estado Democrático de Direito.

A problemática envolvendo a provocação ao delito centra-se nos dias de hoje eminentemente no âmbito da teoria da comparticipação¹ ou da validade processual de provas, embora haja entendimentos que procuram focalizá-la, por exemplo, na tipicidade ou na ilicitude da conduta do provocado.

A provocação ao delito faz com que a verdade, como finalidade do processo penal, e perseguida a todo custo, seja sob uma perspectiva qualquer confrontada com os seus próprios fundamentos, dentre os quais: a proteção do cidadão, a garantia dos direitos do acusado e o respeito à dignidade humana. De fato, não só a provocação ao delito, mas a presença de um modo geral dos homens de confiança, enseja uma série de problemas e de aporias de foro ético e jurídico-normativo².

¹ *Comparticipação*, termo não recorrente na *práxis* jurídica brasileira, remete a uma pluralidade de ações ou fatos individuais (FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal. Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 446) e, conseqüentemente, de agentes (SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português. Teoria do Crime*. 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2015, p. 347). Integra a *autoria* (autor, co-autor, autor mediato) e a *participação* (cumplicidade). No discurso jurídico brasileiro, a instigação aparece contraposta ao induzimento (este quando faz nascer uma vontade), mas ambas são tidas como formas de participação (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 726), o que de início já distingue do discurso e legislação portuguesa que utiliza o termo *instigação* para ambas as situações, sendo que o instigador-autor, no sentido do art. 26º do Código Penal português, seria aquele que produz ou cria a decisão criminosa (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 799), enquanto que instigação-participação remete a casos de auxílio moral, que é cumplicidade, consoante art. 27º do mesmo Código (DIAS, *op. cit.*, p. 801). O tratamento como autor ou partícipe pode ter claras repercussões no âmbito da medida da pena.

² ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 221.

Urge, portanto, delinear critérios que possam estabelecer a divisa entre o que deve e não deve ser aceito no âmbito de atuações policiais que se inserem no universo do que se chama *ações encobertas*. Antes, porém, faz-se necessário apresentar uma compreensão ainda que não exaustiva do fenômeno e de como tem sido feita a sua colocação na dogmática jurídico-penal, além de fornecer algumas noções julgadas úteis; questões estas que se afiguram objeto deste primeiro Capítulo.

1.1.1. O problema da definição do agente provocador

De início, tem-se que uma compreensão acerca do fenômeno *provocação ao delito*, para o fim de conferir os alicerces de estudo para o que segue, toca inevitavelmente o conceito de agente provocador.

A doutrina tem procurado ao longo dos anos fornecer um conceito que pudesse representar com precisão as ações e os fins que orientam o agente provocador. Numa acepção conspícua do termo, ou seja, uma representação imediata que se tem da expressão, provavelmente sugere a ideia de um indivíduo que provoca outrem a que este cometa um delito. Desta noção perfunctória não se afasta *grosso modo* a dogmática jurídica, que, no entanto, a tem como insuficiente ou demasiada restritiva, passando a considerações quanto aos motivos ou finalidades do provocador, ao grau de contribuição ou capacidade de a ação do provocado lesionar o bem jurídico tutelado ou até a violação de princípios de justiça.

Tentando desvelar a complexidade envolta da figura, Dalbora³ indica que a atuação do agente provocador pode suscitar, dentre várias, as seguintes situações: a de um receptor de instigação⁴; a de um cúmplice; a de um co-autor; a de uma vítima e a de um co-participante em realizações concretas de associação criminosa. A reflexão de Dalbora

³ DALBORA, José Luis Guzmán. «O delito experimental». In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, a. 18, n. 1, Coimbra, 2008, p. 18-19.

⁴ Dalbora não fornece exemplos de casos que poderiam se enquadrar nesta categoria, mas afirma que o provocador pode adotar aqui papel de autor ou co-autor, e indica Josef Kohler e Ruiz Antón como autores que sustentam a possibilidade do que chamam «agente provocador ao contrário» (DALBORA, *op. cit.*, p. 18). Neste sentido, também, Meireis que afirma poder o provocador desempenhar o papel de instigador-autor, cúmplice ou co-autor (MEIREIS, Manuel Augusto Alves. *O Regime das Provas obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 53).

fornece, pois, alguma contribuição na compreensão da extensão da provocação ao delito e de algumas possíveis situações que nela se incluem⁵.

Embora não tenha o autor indicado claramente a caracterização de cada situação, julga-se que a figura do *fictus emptor*⁶ parece não estar contemplada de forma evidente na classificação feita. Não obstante, o papel de um comprador fictício poderá se constituir modalidade de «receptor de instigação», já que nesta categoria o autor faz incluir o provocador como possível autor ou co-autor de crime. É claro que no âmbito da aquisição simulada de produto ilegal (*fictus emptor*), embora possa o *emptor* se revelar destinatário da instigação, tem-se como igualmente provável a constituição de uma situação em que é ele o próprio instigador do crime de tráfico. Pode ele simular a aquisição de uma coisa proibida por que foi instigado ou pode, também, simular a aquisição para assim instigar o vendedor da coisa proibida.

Além disso, tem-se a situação que o autor nomeia como *intervenção em realizações concretas de associação criminosa* evidencia a relação estreita entre a infiltração e a provocação⁷, por ele mesmo notada. Em muitas ocasiões o agente do Estado que se encontra inserido no âmbito de uma organização criminosa a fim de levantar informações e dados para integrar investigação em curso pode vir a praticar ou induzir ilícitos típicos, que, independentemente do seu enquadramento jurídico-penal, servem para lhe fornecer uma posição de credibilidade frente aos demais integrantes da organização.

Assim sendo, a figura do agente provocador, pelo fato mesmo de oferecer diversas possibilidades de concretização fática, dá ensejo a inúmeras discussões jurídicas. No tratamento da questão, doutrina procura circunscrever ao Direito Penal material a definição acerca da responsabilidade criminal do provocador e, em certa medida, do provocado. Enquanto que no âmbito do Direito Processual Penal, discute-se quanto à admissibilidade ou não das provas obtidas em face da provocação contra o provocado.⁸

⁵ Diz-se *algumas* porque as hipóteses parecem não integrar a figura, por exemplo, do instigador por excelência, como sendo aquele que instiga decisivamente na prática delituosa, mas não participa dos atos executórios, e dessa forma não integrador de co-autoria, cumplicidade ou das demais situações indicadas.

⁶ O *fictus emptor* é o adquirente aparente de coisas cuja venda é vedada por lei. (MEIREIS, *op. cit.*, p. 38). Trata-se, portanto, do comprador fictício, geralmente de estupefacientes. Uma parte da doutrina entende que não constitui propriamente caso de provocação ao delito (*id.*, p. 38), o que só se justifica em função da concepção de agente provocador que se tenha.

⁷ Cfr., *infra*, Seção 1.1.2.

⁸ DALBORA, *op. cit.*, p. 17

No entanto, pressuposto de toda esta discussão remete a considerações acerca da própria legitimidade ética-jurídica da provocação, que não descarta de sua repercussão efetiva no plano jurídico dogmático⁹, conexão esta que se pretende fazer nos capítulos seguintes.

De tudo, portanto, é possível que a percepção comum quanto a provocação ao delito e a caracterização daquele que a pratica dão ensejo a inúmeras ilações do ponto de vista técnico-jurídico e sobre variados aspectos. Entretanto, não podemos olvidar de uma qualificação do agente provocador, até mesmo para tentar discernir os contornos jurídicos do fenômeno.

Embora se perceba na exposição dos inúmeros conceitos o esforço da doutrina em expressar parâmetros que identifiquem e individualizem a atuação do agente provocador, certo é que a falta de consenso é em grande monta criada pela ausência de parâmetros legais de análise ou identificação e pelo próprio caráter dinâmico das atividades criminosas, às quais procuram ajustar-se os métodos de investigação. Não obstante, possível se torna o reconhecimento de algumas das principais correntes de pensamento, sem, no entanto, evidenciar corrente predominante de solução.¹⁰

Inicialmente apontado como *agent provocateur*, o indivíduo que provoca outrem ao delito surgiu coevo ao aperfeiçoamento e gradativo aumento da demanda da própria atividade de investigação¹¹, tendo sido associado a um viés puramente político. Mantovani mesmo ressalta que a figura do agente provocador se mostrou instrumento amplamente utilizado por regimes monárquicos e totalitários, a fim de descobrir antes de qualquer outro interesse atitudes de dissidência política.^{12 13}

⁹ Enunciando os dois planos de avaliação, o da legitimidade ético-jurídica e o plano jurídico dogmático, ver ANDRADE, *op. cit.* (*Sobre as proibições*), p. 221/222.

¹⁰ ANDRADE, *op. cit.* (*Sobre as proibições*), p. 221.

¹¹ Na França do século XVIII, os «*mouchés*» passaram a designar um grupo de pessoas que executavam serviços, geralmente sem que suas identidades fossem reveladas, para o inspetor de polícia, função a qual restou atribuída a atividade de investigação em 1740 (MEIREIS, *op. cit.*, p. 20). Segundo Maglie tais assistentes constituíram os primeiros agentes provocadores da história européia. (MAGLIE, Cristina. *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*. Milano: Dott. A. Editore, 1991, p. 9).

¹² MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale*. 7 ed. Padova: CEDAM, 2011, p. 534. Neste mesmo sentido, MAGLIE, *op. cit.*, p. 4.

¹³ Situação esta que não mudou mesmo após a Revolução francesa, apesar dos ideais então proclamados, mormente no que diz respeito aos então chamados «*moutons de police*», que trabalhavam no âmbito das prisões para instigar companheiros de cela a conspirarem contra a coisa pública para, nessa situação, denunciá-los (MAGLIE, *op. cit.*, p. 11).

Tem-se que foi a ocupação nazista, em países envolvidos no conflito bélico que criou as condições propícias à disseminação de tal método insidioso.¹⁴ Desta vez não se encontrava mais voltado unicamente para os *crimen laesae*¹⁵, como ocorria outrora, mas foi gradativamente abarcando outros ilícitos. Ainda durante a guerra alcançava crimes de tráfico ilícito de ouro e contra os costumes, sendo que, posteriormente, acabou por se estender a casos de repressão ao tráfico de estupefacientes.¹⁶

Não obstante, foi na Alemanha de meados do século XIX que aparece o primeiro tratamento jurídico-penal do agente provocador¹⁷, fornecendo um campo extenso de tratamento histórico, dogmático e estrutural da figura a partir de então¹⁸. Glaser o conceituou como «*aquela instigador que determinou outrem à perpetração de um crime apenas porque quer que este seja acusado e punido*»¹⁹. Delineia-se com tal definição as ideias principais da provocação ao delito, mas não suficientes para alguns, consoante se verá a seguir.

Muitas são as concepções que, de uma forma ou de outra, de uma maneira mais ou menos focada em certos aspectos, procuravam evidenciar as circunstâncias ou elementos característicos do agente provocador, dando azos da configuração fenomenológica da provocação, por assim dizer. Interessante, neste particular, é notar que a noção de agente provocador tem transitado entre uma figura dogmática jurídico-penal e um fenômeno social.

Particularmente duas concepções que talvez reúnem importantes aspectos a respeito pertencem a Figueiredo Dias e Wasaff. Este último indica o provocador como sendo aquele que induz outro ao crime, mas não quer que o mesmo se consuma, posto que o seu intento é o de revelar o instigado e desta forma poder evitar o resultado.²⁰ Figueiredo Dias o define como aquele que atua para determinar alguém à prática de um delito, mas

¹⁴ *Idem*, p. 14 e 17.

¹⁵ A expressão remete aos *crimes de traição*, representativos de delitos em cuja base se encontra a unicamente o fato da dissidência política. Hoje, a expressão parece ser melhor associada aos *delitos políticos*, tendo em vista a superação de regimes monárquicos absolutórios.

¹⁶ MAGLIE, *op. cit.*, p. 18/19.

¹⁷ MEIREIS, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸ MAGLIE, *op. cit.*, p. 101.

¹⁹ *apud* MEIREIS, *op. cit.*, p. 26.

²⁰ WASAFF, Peña. «Autoría y Participación en el Delito». *In Revista de Ciencias Jurídicas*, n. 3, Chile, 1972, pp. 85-128, p. 112.

com o propósito de alcançar unicamente o estágio da tentativa, para então deter ou denunciar e evitar que sua consumação se realize.²¹

Perceptível, portanto, aspectos que identificam importantes correntes de pensamento que se formaram e condicionaram o tratamento jurídico da figura. Muñoz Sanchez dá nota, por exemplo, de algumas correntes de pensamento sem, no entanto, exaurir todas as que existem. A primeira, segundo o autor, dominante na Itália, procura destacar a finalidade da provocação²². O provocador estaria a agir movido por um propósito específico consubstanciado no intento de buscar o castigo do provocado ou simplesmente de levá-lo a julgamento, evidenciando, portanto, interesse distinto daquele que realiza o delito.²³

Cristina de Maglie, no entanto, ressalta que apesar de a finalidade da provocação ter sido um fator de coesão de concepções passadas na experiência italiana muitas vezes hoje se encontra ausente, por conta da inserção de outros elementos na problemática como a predisposição da força pública.²⁴ A predisposição da força pública seria o suporte do Estado que sucede a provocação a fim de possibilitar a detenção do sujeito provocado, antes mesmo da consumação do delito, o que fez deslocar o exame da questão pela jurisprudência do provocador para o provocado.²⁵

Uma segunda tendência de caracterização da noção do agente provocador, de base germânica, indica que a sua vontade não deve perseguir a consumação do delito, mas apenas a sua tentativa.²⁶ Nota-se que, aqui, a noção de provocador passa a remeter a elementos de enquadramento dogmático, mormente quando se afirma que a finalidade perseguida pelo agente, no sentido de castigar o provocado, não integra o dolo²⁷.

Sob esta perspectiva, portanto, o provocador aspira apenas que se exteriorizem os atos preparatórios do delito, cujo desenrolar é interrompido pela intervenção de

²¹ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* (*Direito Penal*), p. 812.

²² SANCHEZ, Juan Muñoz. *El Agente Provocador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 35.

²³ SANCHEZ, *op. cit.*, p. 35. Neste mesmo sentido, MANTOVANI, *op. cit.*, p. 534, o qual realça que o fim na provocação é apreender os criminosos em flagrante ou, pelo menos, evidenciar seus crimes e, possibilitar, sua punição.

²⁴ MAGLIE, *op. cit.*, p. 241.

²⁵ *Idem*, p. 241 e 246. Neste mesmo sentido, MEIREIS, *op. cit.*, p. 64

²⁶ SANCHEZ, *op. cit.*, p. 37.

²⁷ No sentido de que a finalidade perseguida pelo provocador não integra o dolo de instigador, ver SILVA, *op. cit.* (*Direito Penal*), p. 371. Neste mesmo sentido, FLORIAN *apud* MEIREIS, *op. cit.*, p. 41.

representantes da instância formal de controle. Este pensamento provavelmente tenha sido a base para a doutrina alemã no sentido de que o provocador se afigura um instigador sem dolo²⁸.

No entanto, esclarece-se que tal tendência na experiência germânica teria sido sensivelmente percebida somente numa primeira fase de desenvolvimento dogmático da figura, ao passo que centrava a problemática no âmbito da instigação²⁹. Seguiu-se, no entanto, uma reelaboração conceitual da figura em face da constelação de novas formas e das considerações não só de caráter criminológico, mas também político-criminal, que fez alargar as possibilidades de tratamento dogmático da figura, consoante se verá, ainda, nesta Seção, a respeito dos *V-Mann*.³⁰

Entretanto, na medida em que não deseja a consumação do delito e sendo, pois, dever do agente provocador integrante das instâncias formais de controle a contenção da atuação criminosa³¹, surge uma variante da concepção anterior. Já não bastaria para a caracterização do provocador a simples vontade de que fosse alcançado simplesmente a fase de tentativa, mas lhe incumbiria do mesmo modo a adoção de medidas para impedir qualquer eventual lesão ao bem jurídico³².

Ao que parece, pelo menos as duas primeiras orientações se encontram muito presentes na concepção que se tem acerca do agente provocador no âmbito de países sulamericanos. Maglie enuncia que a maior parte dos países da América do Sul, dentre eles o Brasil, México, Peru e Colômbia, identificam o provocador como um concorrente moral, que provoca outro indivíduo ao delito para obter a sua punição ou julgamento, mas que não almeja a consumação do crime.³³

²⁸ MEIREIS, *op. cit.*, p. 32 e ss. A instigação sem dolo remete, pois, à ausência de dolo de consumação por parte do provocador, na medida em que, apesar de induzir o cometimento efetivo do crime, não o deseja, posto que visa tão somente a tentativa. Stratenwerth indica que o agente provocador, ao instigar outrem e desejar que se alcance somente o estágio de tentativa, possui um déficit de dolo em relação ao caso normal de instigação, devendo tal conduzir a sua não punibilidade, embora reconhecesse que a tentativa contenha um ilícito penalmente relevante (STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson Civitas, 2000, p. 357)

²⁹ MAGLIE, *op. cit.*, p. 115. Neste sentido MEIREIS, *op. cit.*, p. 53.

³⁰ *Idem*, p. 107, 113-114.

³¹ A respeito do dever de controle e contenção do crime, MANTOVANI, *op. cit.*, p. 534.

³² MEIREIS, *op. cit.*, p. 38.

³³ MAGLIE, *op. cit.*, p. 85/86.

Nestes países, portanto, haveria tendência para adotar solução no sentido de que o provocador não possui responsabilidade criminal por ausência de dolo, tendendo, no entanto, à punibilidade do provocado, pois por desconhecer a trama preparada contra si decide praticar fato penalmente reprovável.^{34 35}

Em Portugal, destaca-se pensamento de Figueiredo Dias, em cuja concepção parecem estar reunidas as três correntes de pensamento acerca do agente provocador, na medida em que indica: a pretensão do provocador de levar castigo ao provocado, de que não deve desejar a consumação, além da exigência de se adotar meios para evitá-la.³⁶

Por tais linhas de pensamento acerca do conceito de agente provocador, possível se torna representar em alguma medida a amplitude da noção jurídica do fenômeno provocação ao delito. É claro que tais aspectos não esgotam as inúmeras concepções que há a respeito e que procuram destacar, mais em uma do que em outras, a qualidade do autor da provocação, as razões últimas que conduzem a provocação, se imprescindível para a sua caracterização o fato de chegar ou não à consumação, com a adoção prévia de medidas de proteção, dentre outros.

Cumprir reiterar que as questões até aqui enunciadas remetem apenas ao conceito da figura do agente provocador e, apenas, indiretamente à caracterização do evento no qual encontra-se ele inserido. Porém, não há dúvida de que a revelação heurística do fenômeno vinculada somente à noção de agente provocador pode parecer insuficiente para uma elucidação clara, havendo de se socorrer igualmente de uma dimensão criminológica e político-criminal e das experiências, portanto, que se tem conhecimento nos diversos países, colhidas pela doutrina mormente do âmbito da jurisprudência.

Dessa forma, tem-se que as variadas formas de provocação ao delito podem ser reunidas em dois grandes grupos, todas consubstanciando estímulos a que um outro indivíduo cometa um ilícito típico. A primeira é quando se oferece uma oportunidade, uma ocasião, ao indivíduo sobre o qual impera suspeitas de envolvimento da atividade

³⁴ *Idem*, p. 85/86.

³⁵ Ao passo que fonte de pesquisa da autora remete unicamente à doutrina, cumpre fazer ressalva à jurisprudência brasileira, já que não se afirma a solução do instigador sem dolo, mas sim a do crime impossível. Vigente se encontra enunciado de súmula de jurisprudência predominante, aprovada em 1963, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de inserir a provocação (*flagrante preparado*) no âmbito do crime impossível. Os termos da Súmula 145 do STF, que assim se conduz, serão objetos de análise crítica, *infra*, na Seção 3.2.1.

³⁶ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* (*Direito Penal.*), p. 812.

criminosa sob investigação³⁷. É aquele, portanto, que cria as condições (de tempo, lugar, disposição mental, ou de qualquer outra ordem) necessárias para ser posta em prática a resolução criminosa. A segunda forma, no entanto, remete a casos de instigação, de indução à prática de ilícito³⁸, procurando estimular, por assim dizer, de inúmeras formas a consciência alheia para incitar a resolução criminosa.

Nesta mesma linha de pensamento, sugerindo a constituição de conceito amplo para a atividade provocatória, com clara distinção entre ocasião e instigação para o crime, encontram-se, também, Mantovani que por sua vez reconduz tais situações ao provocador que instiga e o provocador que oferece a oportunidade para a comissão do delito³⁹. Heilborn também cunha expressões como *provocador-instigador* e *provocador-fornecedor-da-ocasião* para o crime, inclusive com repercussões na responsabilidade criminal.⁴⁰

Não obstante, parece mesmo ter sido com Manzini que tal concepção ampla a respeito da provocação ao delito ganhou consideração no âmbito da doutrina, embora estivesse apenas a representar a evolução do fenômeno criminoso, baseado eminentemente na «*Natur der Sache*».⁴¹ Manzini afirmava que na ação provocatória se inclui não somente a atividade instigadora, mas dava espaço, também, à conduta daquele que participou materialmente na realização do delito⁴², sugerindo mesmo um conceito aberto de provocação, muito provavelmente ligado a um sentido geral de *despertar o ânimo para a comissão do delito*.

Nesta linha, provocar alguém equivale a fazer com que este saia de seu estado de inércia e dê ensejo à realização de um delito. Assim, é de se concluir que, independentemente de onde se enquadrará no concurso de pessoas, quando se estabelece as condições necessárias à comissão do delito, segundo tal concepção, toda atividade provocatória parece constituir, em última análise, o desenvolvimento de uma influência psíquica sobre o provocado. Isso ocorre tanto para quem contribui de modo significativo

³⁷ SOUSA, Paulo Pinto de. «Acções encobertas. Meio enganoso de prova? Agente infiltrado e agente provocador. Outras Questões». In *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n. 14, 2010, pp. 231-247, p. 241.

³⁸ *Idem*, p. 241.

³⁹ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 534.

⁴⁰ *apud* MEIREIS, *op. cit.*, p. 44. No mesmo sentido de que o provocador pode ser um autor, instigador ou cúmplice, VABRES *apud* MEIRES (*id.*, p. 33).

⁴¹ MAGLIE, *op. cit.*, p. 208.

⁴² *apud* MAGLIE, *op. cit.*, p. 208.

como para aquele que simplesmente auxilia materialmente a prática do delito, pois em ambas as situações se consolida a psique do sujeito provocado para a realização do tipo.

Argumenta-se, e com razão, que a criação de uma oportunidade favorável não é suficiente para admissão de indução, já que esta exigiria a criação da própria resolução criminosa.⁴³ Entretanto, a doutrina que situa o agente provocador no âmbito da *determinação de outrem para a comissão de delito* (indução ou instigação⁴⁴, a depender do referencial que se adote), de fato não encontrará espaço para nele incluir aquele que cria uma simples oportunidade.⁴⁵ Entretanto, é possível que tal concepção não esteja a exaurir todas as possibilidades de provocação ao delito, como fenômeno próprio e de feição conceitual autônoma.

Assim, entende-se que o incitamento do *omnimodo facturus*, ou seja, daquele que já se encontra resolvido quanto à prática delitiva, mesmo que não seja possível o seu enquadramento sistemático no campo da indução, não se constitui obstáculo à sua qualificação como provocação ao delito, com todas as consequências que daí decorrem, mormente para campo processual no que diz respeito à responsabilidade do provocado.

E, dessa forma, não se alinha ao entendimento de que a provocação do delito sempre está a indicar a criação de uma intenção ou propósito criminoso ainda não existente no provocado.⁴⁶ Há quem enuncia até um caráter formativo da provocação⁴⁷, transmitindo mesmo a ideia de que se cria o intento criminoso. Entretanto, julga-se ser desprovido de

⁴³ Cfr. neste sentido JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 5 ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 739; MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*. T. I. 6 ed. Trad. Conrad A. Finzi. Buenos Aires: Librería El Foro, 1955, p. 314. MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. 2. 7 ed. Trad. Jorge Bofill Genzsch *et al.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 444.

⁴⁴ Cumpre esclarecer que os conceitos de indução e de instigação não são tomados pela doutrina penal de maneira uníssona, sendo que, pelo contrário, refletem a consideração que se faz do plano normativo interno. BUSATO (*op. cit.*, p. 726) indica que a indução (determinação) e a instigação (auxílio) tem sido utilizados por alguns autores de forma indistinta, influenciados, aparentemente, pelo disposto no Código Penal alemão que assim se conduz. DIAS (*op. cit.*, p. 799), no entanto, estabelece distinção entre os conceitos de instigação e indução de modo invertido ao que ocorre na doutrina brasileira. A indução, em sua concepção, portanto, nada mais seria do que instigação auxílio-moral ou cumplicidade (p. 801).

⁴⁵ JESCHECK; WEIGEND, *op. cit.*, p. 739; MEZGER, *op. cit.*, p. 314. Embora os autores fazem menção do *agent provocateur* no âmbito da instigação (determinação), fato é que não excluem categoricamente outras formas de provocação. No entanto, MAURACH-GÖSSEL-ZIPF sugerem a possibilidade de um provocador que cria a oportunidade delitiva, não inserido nos casos de indução [*op. cit. (Derecho Penal.....Vol. 2.....)*, p. 444].

⁴⁶ COSTA, Eduardo Maia. «Agente Provocador - Validade das Provas». *In Revista do Ministério Público*, a. 21, n. 81, 2000, pp. 155-174, p. 172.

⁴⁷ SILVA, *op. cit. (Direito Penal)*, p. 371.

relevância para a provocação saber se o indivíduo já tinha ou não em mente o desejo ou mesmo a resolução de praticar determinado ilícito típico.⁴⁸

Relevante, nesta altura, expor um conceito de origem germânica que procura congrega inúmeras figuras que se inserem um contexto de colaboração não revelada com as instâncias formais de controle. Trata-se do *V-Mann* (termo equivalente a homem-de-confiança), um paradigma autônomo e complexo gravado de aporia essencialmente processual⁴⁹, que evidencia uma percepção clara da realidade político-criminal e também criminológica que envolve o provocador.

A definição de *V-Mann* é ampla e remete ao indivíduo, cuja identidade ou atividade possui caráter sigiloso, que, visando esclarecer o crime ou denunciar seus agentes, colabora com as entidades de instrução criminal.⁵⁰ Pode sua atuação se constituir não somente da recolha de informações, mas também pode desembocar na participação direta no delito ou até mesmo na provocação do próprio crime⁵¹. Seria, pois, o reconhecimento de que o agente provocador não estaria a se comportar unicamente como instigador, mas poderia alcançar o papel de cúmplice ou co-autor e, dessa forma, concebê-lo no âmbito da instigação somente seria demasiado redutor.⁵²

Além disso, no âmbito da figura, possível seria incluir tanto agentes da polícia como particulares, com um fim específico, sem limitação particular de meios de atuação.⁵³ E tal percepção vai ao encontro de como o provocador, categoria de *V-Mann*, tem se mostrado ao longo dos tempos nas experiências de inúmeros países, o que acabou por dar ensejo a diferentes concepções a respeito da responsabilidade criminal.⁵⁴

Desse modo, perceptível se mostra, ante o exposto na presente Seção, a complexidade envolta da figura do agente provocador, o que permite vislumbrar as inúmeras possibilidades fáticas integradoras do fenômeno. Não obstante, se fosse possível

⁴⁸ A questão de se criar a resolução delitiva é tema sobre o qual se volta a analisar na, *infra*, Seção 3.1.3.

⁴⁹ MAGLIE, *op. cit.*, p. 108.

⁵⁰ *Idem*, p. 110.

⁵¹ ANDRADE, *op. cit.* (*Sobre as proibições*), p. 220. Neste mesmo sentido, MAGLIE, *op. cit.*, p. 111/112.

⁵² MEIREIS, *op. cit.*, p. 53.

⁵³ MAGLIE, *op. cit.*, p. 110.

⁵⁴ Para uma exposição simplificada, porém elucidativa, das diferentes concepções, ver MAGLIE, *op. cit.*, p. 399.

realçar um único aspecto em toda essa exposição conceitual, dir-se-ia que se trata do não confinamento da provocação ao delito à figura da instigação.

1.1.2. Distinções julgadas úteis

Cumpre-nos aqui estabelecer breves distinções do agente provocador ou provocação policial em relação a figuras ou fenômenos que lhe possam parecer, num primeiro instante, similares. A iniciar pela diferença que possui com a infiltração policial, pois apesar de se constituírem técnicas policiais voltadas a detenção de criminosos, distinguem-se no modo pelo qual se desenvolve as atividades que lhes são inerentes.

Antes, porém, impende que se faça uma ressalva quanto a terminologia, que se mostrará útil no desenvolvimento da presente pesquisa. Isso porque há quem estabeleça uma sinonímia entre os termos agente infiltrado e o encoberto, deixando à margem desse universo o agente provocador.⁵⁵ Acredita-se, no entanto, que a relação que se estabelece entre os termos é a mesma que liga as categorias de gênero e de espécie.⁵⁶ Julga-se que os agentes infiltrado e provocador constituem espécies do gênero agente encoberto, já que em ambas as situações o indivíduo atua ocultando a real identidade e a qualidade de agentes de autoridade.

Julga-se que este é o sentido que se extrai, inclusive, do disposto na Lei portuguesa n. 101/2001, de 25 de agosto, já que o artigo 1º inclui, de modo amplo, todos os funcionários responsáveis pela investigação criminal que, atuando para prevenção ou repressão de crimes, ocultam a sua qualidade e identidade. Ademais, analisando o disposto no artigo 6º ⁵⁷, parece ficar claro que a expressão integra também os instigadores de crime, que comumente são indicados como agentes provocadores, para os quais houve a necessidade de ressalva quanto à isenção de responsabilidade.

⁵⁵ Neste sentido, SOUSA, *op. cit.*, p. 233. Esta associação aparece também em julgados do Supremo Tribunal de Justiça português, à exemplo do Ac. de 27.06.2012, Proc. 127/10.

⁵⁶ Em sentido diverso, MEIREIS, *op. cit.*, p. 161 e ss. Para o autor haveria três categorias distintas: o infiltrado, o provocador e o encoberto. A diferença repousaria no fato de que este último teria uma atuação absolutamente passiva na organização.

⁵⁷ Estabelece o artigo 6º, n. 1, da mencionada lei: «Art. 6º, 1 - Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.».

Já no que diz respeito aos critérios de distinção entre o infiltrado e o provocador, tem-se que, por vezes, são levantados critérios relacionados ao caráter criativo da conduta criminosa; à natureza preventiva ou repressiva da intervenção; ao tipo de atuação, se ativa ou passiva; ou ao fim da atuação, se era o de levantar provas ou de provocar o delito.

Melo Justo indica que o agente provocador seria aquele que cria a vontade criminosa, ao passo que o infiltrado seria um mero desencadeador de uma intenção criminosa já existente.⁵⁸ Já Maia Costa enuncia que o infiltrado se limita a descobrir crimes já praticados, enquanto que o segundo determina a prática de um crime.⁵⁹ As definições pelos dois autores parecem se distanciar na medida em que na primeira o infiltrado parece possuir uma participação atuante e anterior à consumação do crime.

Vê-se que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem também já se pronunciou a respeito da distinção. Na ocasião, consignou que o infiltrado é aquele que possui uma atuação essencialmente passiva, ao contrário do provocador que seria ativa.⁶⁰ Sousa, por sua vez, procura realçar a finalidade inserta na atuação dos agentes: o infiltrado teria por escopo obter provas e deter o criminoso, enquanto que o provocador tinha por fim provocar a ação criminosa.⁶¹

Com efeito, de um ponto de vista teórico alguns dos critérios apresentados se mostram aparentemente suficientes para estabelecer a linha distintiva entre infiltração e provocação. Ocorre que as complexidades conceituais aparecem quando se volta a questões eminentemente práticas, nas quais as premissas das distinções apresentadas acabam se fundindo.

É de ser que o agente infiltrado, a fim de se inserir complementemente no ambiente criminoso da organização, a ponto de ganhar a confiança de seus integrantes, haverá eventualmente de praticar atos que constituem execução de delitos e, assim, assumindo definitivamente um papel ativo na situação, algo reconhecido pelo próprio legislador. As

⁵⁸ MELO JUSTO, Ana Rita de. *Proibição da Prova em Processo Penal. Agente Provocador*. RPCC, ano 16, n. 3, jul-set 2006, Coimbra, p. 506.

⁵⁹ COSTA, *op. cit.*, p. 165.

⁶⁰ TEDH. Acórdão de 05.02.2008. *Case of Ramanauskas v. Lithuania*. (§ 67º). *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência*.

⁶¹ SOUSA, *op. cit.*, p. 233 e 235.

legislações brasileira e portuguesa admitem atuações que constituem delitos por parte de agentes de autoridade em ações de combate à criminalidade organizada.⁶²

Tem-se igualmente como provável que em alguma medida se vislumbra na atuação do provocador que é agente de autoridade uma atuação preventiva em relação a novas condutas delituosas por parte dos membros da organização. Além do que, a finalidade do provocador não se resume a provocar crimes, mas essencialmente a de obter provas que possam ser utilizadas contra o provocado.

Entretanto, é na distinção apresentada por Lourenço Martins que se julga encontrar um ponto de fundamental importância e que precede em importância, do ponto de vista pragmático, os critérios de distinção entre infiltração e provocação já apresentados: a perseguição pela prática de crimes provocados que sem a intervenção do agente não seriam cometidos. Embora o autor indique que o infiltrado apenas procura descobrir crimes já praticados, o que, ao nosso ver, é demasiado redutor, afirma que a provocação ao delito remete a atuação de um funcionário que determina outrem, pela sua conduta, a praticar crimes, que de outro modo não seriam cometidos pelo agente.⁶³

E assim se entende porque a provocação constitui, em uma acepção ampla, uma influência de possível ocorrência inclusive no âmbito da infiltração, não limitada ao campo único da indução ou instigação como constituinte de uma provocação ilegítima ao delito. Neste sentido, o conceito de infiltração seria obtido de maneira residual, o que não fosse provocação seria infiltração, e, neste sentido, o elemento caracterizador da provocação seria uma intervenção sem a qual o crime incitado não teria se realizado.

É claro que, neste contexto de atuação de agentes de autoridade e técnicas de investigação, outros personagens aparecem evidenciando certa similitude, embora não se confundem com as figuras apresentadas. Sousa apresenta alguns destes personagens: o *informador*, que é aquele que agindo confidencialmente fornece material informativo acerca de delitos; o *arrepentido*, que é o indivíduo que outrora integrava a organização criminosa, mas passou a colaborar com as autoridades judiciárias; e o *denunciante anônimo*, que é aquele cuja identidade se desconhece, mas que colabora com as

⁶² As leis referidas disciplinam a infiltração ou a ação de agentes encobertos, nas quais se encontram a exclusão de responsabilidade penal. Cfr. Lei brasileira 12.850, de 2 de agosto de 2013 (art. 13) e Lei portuguesa n. 101/2001, de 25 de agosto (art. 6º).

⁶³ MARTINS, A. G. Lourenço. *Droga. Prevenção e Tratamento. Combate ao Tráfico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1984, p. 154.

autoridades fornecendo material probatório de delitos.⁶⁴ Nestes casos não há o envolvimento direto do agente de autoridade ou de alguém que esteja atuando ativamente sob seu controle ou supervisão.

1.2. Principais questões levantadas

A utilização de agentes encobertos tem sido visto ultimamente como uma resposta mais eficaz na contenção de uma criminalidade cada vez mais organizada e, por isso mesmo, pode se mostrar como opção dotada de certa razoabilidade. Sob este pretexto, é possível que a atuação chegue ao ponto de praticar atos preparatórios ou executórios de delitos, algo, até certa altura, admitido pelo legislador português e brasileiro.⁶⁵

É claro que pela diversidade de práticas desenvolvidas pelos agentes e das peculiaridades que podem envolver determinado caso concreto, pode acontecer de uma certa conduta se constituir elemento decisivo na prática do delito pelo provocado. E, por conta disso, é que os questionamentos se erguem a cerca do enquadramento dogmático da atuação das figuras centrais desse fenômeno, provocador e provocado, tendo em vista mesmo as peculiaridades que os cercam.

Não obstante, foi justamente este profícuo embate dogmático, a respeito da responsabilidade criminal ou mesmo da viabilidade de processo penal amparado nas provas colhidas no bojo desta atuação, que, *«de forma mais ou menos explícita e assumida, vão considerando a sua legitimidade de princípio como aproblemática»*⁶⁶.

Cristina de Maglie indica mesmo parecer demasiado simplista confinar a problemática do agente provocador, exclusivamente ao campo da sistemática, limitando a análise ao enquadramento jurídico da figura.⁶⁷ Pontua a autora que a colocação sistemática é, de fato, fundamental, mas não se revela um fim em si mesma, sendo que uma visão geral

⁶⁴ SOUSA, *op. cit.*, p. 234/235.

⁶⁵ Refere-se à Lei brasileira 12.850, de 2 de agosto de 2013 (art. 13) e Lei portuguesa n. 101/2001, de 25 de agosto (art. 6º).

⁶⁶ ANDRADE, *op. cit.* (*Sobre as proibições.....*), p. 229/230.

⁶⁷ MAGLIE, *op. cit.*, p. XIX.

do problema jamais poderá se olvidar do debate acerca da qualidade das relações entre Estado e indivíduo que a utilização do provocador sempre comporta.⁶⁸

Assim, cumpre expor este embate no campo da dogmática a respeito da responsabilidade do provocador e do provocado, objeto deste Capítulo, que em grande parte se mostram interdependentes, mas também o são em parte independentes, podendo chegar a ser até mesmo opostas⁶⁹.

1.2.1. Questões remissíveis ao enquadramento dogmático

Tem-se que a provocação põe, de maneira ambivalente, a força vinculante dos fatos, de um lado, no sentido de que métodos ocultos de elucidação de crimes vieram para se estabelecer definitivamente, e, de outro lado, indicações de uma provável, mas drástica e comprometedora danosidade social.⁷⁰ Desse modo, por conta mesmo das peculiaridades que lhe são próprias e em função do aumento gradativo de sua utilização, verificada pela jurisprudência, a provocação deu ensejo a um sem número de aporias de foro ético e jurídico-normativo.⁷¹ Entretanto, foi, sobretudo, no plano jurídico-normativo que os problemas atingiram patamares incomuns de complexidade.⁷²

São, portanto, inúmeras as teses que se desenvolveram ao longo dos tempos, refletindo por vezes a perspectiva normativa interna dos países ou concepções em função de uma cultura jurídica própria. Apesar disso, não impediu de se estabelecer o diálogo e o cotejo entre as várias experiências ocidentais. A doutrina, em particular, revela-se bastante profícua quanto à questão, sem possibilidade de referenciar, contudo, correntes predominantes de solução⁷³.

⁶⁸ *Idem*, p. XIX/XX.

⁶⁹ MAGLIE, *op. cit.*, p. 309. A autora indica que a divergência de perspectiva em relação a mesma fenomenologia criminosa mostra que não se trata de diplopia doutrinária, mas reflexo de dois lados distintos e autônomos de um problema que, apesar de tudo, é e continuará a ser unitário.

⁷⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *"Bruscamente no verão passado", a reforma do código de processo penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 106.

⁷¹ ANDRADE, *op. cit.* (*Sobre as proibições*), p. 221.

⁷² *Idem*, p. 222.

⁷³ *Idem*, p. 221.

Não se ressalta como pretensão do presente trabalho evidenciar uma evolução histórica ou mesmo resolutiva das inúmeras teses existentes, mas se preocupa sobretudo em demonstrar seu caráter difuso a fim de obter uma visão geral de como o fenômeno foi se enquadrando na dogmática e, por vezes, descortinando os contornos de uma atuação injustificada por parte do Estado.

A primeira dessas soluções no âmbito do enquadramento dogmático é aquela que afirma a responsabilidade criminal do provocador, tendo em vista o seu dolo, e o situa no âmbito da teoria da comparticipação. Os entendimentos, que aqui se inserem, possuem por base a vinculação⁷⁴ entre instigação e provocação ao delito. O provocador, então, na medida em que se revela instigador ou indutor do crime que por outro é praticado, ainda que com finalidade específica e distinta da do provocado, possui responsabilidade criminal.

Isso ocorre porque a conduta do provocador contribui efetivamente para a colocação em perigo do bem juridicamente tutelado.⁷⁵ Nesta linha de raciocínio se encontra Bettiol, o qual entende que o provocador deve ser punido por crime tentado ou consumado, suscitando que a finalidade de levar o provocado a julgamento não pode justificar um comportamento que objetiva e subjetivamente contribuiu para colocar em perigo ou lesionar o bem jurídico.⁷⁶

Segundo tal corrente de pensamento, o provocador se caracteriza como instigador, em atuação diversa da cumplicidade. Mantovani mesmo indica que, na Itália, a doutrina dominante é a que repousa no plano do dolo, ressaltando o atentado ao bem jurídico. Enuncia, pois, o autor que o provocador deverá ser punido como concorrente se realmente queria o evento criminoso ou se, de qualquer maneira, aceitou o risco de sua realização⁷⁷.

Nesta hipótese, portanto, a intenção específica perseguida pelo provocador, qual seja o de levar à castigo o provocado, seria de todo irrelevante para o fim de afastar a sua punibilidade. Germano Marques da Silva indica que a finalidade policial nada tem a ver

⁷⁴ Vinculação já referida, *supra*, na Seção 1.1.1.

⁷⁵ E, por vezes, ultrapassando o mero perigo e lesionando de fato o bem jurídico, como geralmente estaria a ocorrer nos crimes de consumação antecipada. A esse respeito, ressalta posicionamento de Keller que suscita a punibilidade do provocador nos crimes de mera atividade e dolo específico, sendo que, introduzindo o requisito da *intenção* de lesar o bem jurídico, conclui pela impunidade nos crimes de perigo abstrato. (*apud* MEIREIS, *op. cit.*, p. 81/82)

⁷⁶ BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. 12 ed. Padova: CEDAM, 1986, p. 653/654.

⁷⁷ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 534/535.

com o dolo, embora pudesse servir apenas para, em sede de culpabilidade, agravar ou atenuar a pena⁷⁸.

Assim, ainda que o dolo fosse o de alcançar somente a tentativa do crime, haveria razão de justiça, para aqueles que afirmam bastar o atentado ao bem jurídico, para determinar a punição do provocador. A realização de atos preparatórios já implicaria risco ao bem jurídico tutelado, sendo, por isso mesmo, exigível a aplicação de sanção penal. Segundo tal concepção, o agente provocador seria sempre um participante punível.⁷⁹

Figueiredo Dias também parece sugerir algo neste sentido, quando, contrariando doutrina alemã⁸⁰, afirma a punibilidade do agente provocador ainda que só quisesse atingir o grau da tentativa, tendo como base de sustentação o fato de a legislação portuguesa não exigir nada além da mera tentativa para já possibilitar a punição, como também por uma questão aparentemente lógica assentada na idéia de que se mostra, em princípio, plenamente possível a determinação de um fato tentado.^{81 82} Dessa forma, o fundamento de punibilidade aqui, também, parece repousar na potencial lesão ao bem jurídico protegido pela norma e, por isso mesmo, evidenciaria ilegítima o recurso à provocação.

De outra sorte, também, é possível encontrar na doutrina argumentos que afirmam a não punibilidade do agente provocador por inúmeras razões. E também neste particular é possível observar duas categorias de orientações que embora partam de uma base comum anunciam, ainda que de modo tênue, distinta natureza para a provocação ao delito.

O primeiro grupo de orientações ou linhas de pensamento é formado por aqueles que sustentam que o provocador não deve ser punido, apesar de reconhecerem que a provocação comporta ínsito um desvalor⁸³, evidenciando, no mínimo, conduta desaconselhada. Enrico Ferri, por exemplo, salienta que quando o agente intervém e faz

⁷⁸ SILVA, *op. cit.* (*Direito Penal.....*), p. 371. Neste mesmo sentido, também, Florian (*apud* MEIREIS, *op. cit.*, p. 41).

⁷⁹ MOROSINI, Piergiorgio. «L'Acquisto Simulato di Sostanze Stupefacenti». *Tratatto di Diritto Penale - Parte Speciale*. Vol. IV. Coord. Manna Adelmo *et al.*. Torino: Utet Giuridica, 2010, pp. 751-778, p. 754. Também neste sentido, MEIREIS, *op. cit.*, p. 56.

⁸⁰ Menção feita pelo próprio autor, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* (*Direito Penal.....*), p. 812.

⁸¹ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* (*Direito Penal.....*), p. 812/813.

⁸² Mesmo indicando que, em sua concepção, a caracterização do agente provocador exige que este impeça a consumação do delito [FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* (*Direito Penal.....*), p. 812], Dias entende por sua punibilidade, como que fosse reserva na teoria geral da participação, já que enuncia que todo participante que adota medidas que evitem a lesão efetiva, ou seja, torne ineficaz o seu contributo não deve ser punido (*id.*, p. 844).

⁸³ KELLER *apud* MEIREIS, *op. cit.*, p. 50.

cessar a execução durante os atos preparatórios do delito, pode-se até desaprovar tal método de atuação policial, mas não constitui, por conta da intenção e fim do agente, uma forma punível de participação⁸⁴.

Neste grupo, portanto, também se considera relevante incluir aqueles que embora reconheçam de modo latente que a conduta do provocador coloca em certa medida em perigo o bem juridicamente tutelado, atestam que por ausência de dolo de consumação, restaria o provocador impunido. Assim, quando o agente deseja tão somente alcançar a tentativa, restaria ausente o elemento subjetivo punível da instigação.⁸⁵

Interessante salientar que tal perspectiva acerca da existência ou não do dolo de consumação no instigador não se confunde com a punibilidade da tentativa na hipótese de o instigador ter dado evidências de que possuía vontade e representação no caso concreto de lesão ao bem jurídico. Mayer dá nota disso ao afirmar que se o autor - no caso, o provocado - fez menos do que aquilo que queria o instigador deve então este responder pela realização parcial de seu dolo.⁸⁶

Vê-se que Mir Puig reconhece que a ausência do tipo subjetivo da indução (instigação) permite negar a punibilidade do provocador que pensa impedir a tempo a lesão do bem jurídico.⁸⁷ Entretanto, deixa claro que em Espanha tem se admitido a punibilidade do provocador que não tenha afastado toda possibilidade de perigo ao bem jurídico, ainda que não tivesse dolo de consumação.⁸⁸ Ocorre que, segundo o autor, tal somente seria possível se considerasse suficiente a vontade do provocador dirigida tão somente à tentativa, o que não é pois o que ocorre. Para fundamentar a pena na participação haveria de o instigador favorecer efetivamente a lesão do bem tutelado.⁸⁹

Essa discussão a respeito da inexistência de dolo quanto à realização típica atrai uma outra gama de questionamentos que remetem aos casos em que os agentes de

⁸⁴ FERRI, Enrico. *Principii di Diritto Criminale: Delinquente e Delitto nella Scienza, Legislazione, Giurisprudenza*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1928, p. 567.

⁸⁵ Neste sentido, STRATENWERTH, *op. cit.*, p. 357; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 370; PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2011, p. 417.

⁸⁶ MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Sergio Politoff Lipschitz. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2007, p. 487. Neste sentido, também, BETTIOL, *op. cit.*, p. 653.

⁸⁷ MIR PUIG, *op. cit.*, p. 417.

⁸⁸ *Idem*, p. 418.

⁸⁹ *Idem*, p. 418.

autoridade adotam medidas cautelares para evitar a lesão ao bem jurídico. Neste caso, argumenta-se a impossibilidade de consumação do bem pela inidoneidade da ação do provocado, já que o resultado jamais seria realizado⁹⁰, o que repercutirá na responsabilidade do provocador.⁹¹

Não obstante, há aqueles, integrantes de um segundo grupo de entendimento, que afirmam igualmente a não punibilidade do agente provocador, entendendo que o recurso a tal espécie de atuação, mormente pela polícia, é puramente legítimo.

Alimena acentua que há na atuação do agente provocador uma *finalidade de utilidade social*, já que assim o faz para a execução de lei ou por ordem da autoridade⁹². Desse modo a ação provocatória não seria punível, tendo em vista a constituição de delito putativo.⁹³ O agente provocador é encarado, sob esta perspectiva, como defensor da legalidade e do Estado, atuando na busca de prova de outros crimes anteriormente cometidos.⁹⁴

Numa clara indicação de que os fins justificam os meios, Impallomeni parece se conduzir por um entendimento que remete àquela noção de defensor da legalidade e do Estado, mas de maneira extremista, ao afirmar que tudo que entre no domínio da investigação da polícia judiciária não é reprovável, mas louvável tendo em vista os fins que persegue⁹⁵.

Entretanto, é com Fiore que se encontra uma fundamentação que se ampara em *ação socialmente adequada*. Conforme tal posicionamento, a ação provocatória se revela adequada às finalidades de defesa da coletividade, para os quais foi posta em prática^{96 97}. Para o autor a atividade do agente provocador seria intrinsecamente conforme aos valores

⁹⁰ Expondo a tese da inidoneidade, AIRES DE SOUSA, Susana. «Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas reflexões». In *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Org. Manuel da Costa Andrade *et al.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1227. Neste sentido, MEIREIS, *op. cit.*, p. 68.

⁹¹ A questão da inidoneidade do meio ou da ação será melhor analisada, *infra*, na Seção 3.1.2.

⁹² *apud* MAGLIE, *op. cit.*, p. 206/207.

⁹³ *Idem*, p. 207.

⁹⁴ *Idem*, p. 207.

⁹⁵ *Idem*, p. 55.

⁹⁶ *apud* MEIREIS, *op. cit.*, p. 78.

⁹⁷ Maglie considera que se a afirmação de a provocação constitui uma ação socialmente adequada (princípio da adequação social) seria de se reconhecer na situação uma excludente supralegal de ilicitude, uma *discriminante ultralegale*. (MAGLIE, *op. cit.*, p. 354).

éticos-sociais, além de realizar uma função de coerência com os meios e fins que orientam a vida em sociedade num dado momento da história e afetam o seu desenvolvimento.⁹⁸

Numa perspectiva mais centrada no tráfico de estupefacientes, Keller expõe posição semelhante ao que tem sido exposto, pois afirma que o agente provocador, ainda que tenha excitado a prática do crime de perigo abstrato, quis proteger o bem coletivo saúde coletiva, na medida em se propõe a retirar a droga de circulação.⁹⁹

Vê-se, portanto, que a problemática do provocador coloca em linha de confronto posicionamentos totalmente díspares. Enquanto que uns suscitam a punibilidade do agente provocador, evidenciando assim a ilegitimidade de recurso a tal modo de atuação dos agentes de autoridade; outros afirmam contrariamente a sua não punibilidade, argumentando a inviabilidade de enquadramento dogmático ou o caráter putativo do delito.

Quando se modifica o foco de análise do provocador para o provocado, as soluções que se apresentam são diferentes. A problemática que se insere aqui neste âmbito remete ao fato de que o sujeito provocado foi produto de artifício criado por agentes de autoridade, que distorcem a realidade dos fatos e circunstâncias para o fim de fazer com que o indivíduo cometa o delito e, assim o fazendo, possam detê-lo.¹⁰⁰

O confronto que se estabelece aqui é, de um lado, a exigência de punição pela comissão direta de um delito e, de outro, a abusividade na atuação do Estado. E, assim, sobre esta ideia base é que se fundam teorias que afirmam a não punibilidade do provocado, buscando saber se há e em que medida há uma responsabilidade criminal do provocado diante de uma conduta estatal que é intrinsecamente ilícita.¹⁰¹

Em França, a *contrainté morale* é prevista como causa de exclusão da imputabilidade e que, de modo controverso, surge como alternativa ao enquadramento sistemático do provocado de modo a afastar sua responsabilidade criminal. Mencionada solução representou uma tentativa de autonomizar a definição responsabilidade criminal do provocado, em relação a do provocador.¹⁰²

⁹⁸ *apud* MAGLIE, *op. cit.*, p. 354/355.

⁹⁹ *apud* MEIREIS, *op. cit.*, p. 83.

¹⁰⁰ MAGLIE afirma que quando a provocação promana do Estado representa conduta contrária ao seu dever institucional e, conseqüentemente, contrária ao dever de ofício de seu funcionário (*op. cit.*, p. 395).

¹⁰¹ *Idem*, p. 396.

¹⁰² *Idem*, p. 402.

De um modo geral, a *contrainté morale* se caracteriza por uma coação moral geradora de um estado de irresistibilidade, proveniente de uma pressão persistente e suficientemente direta para remover do acusado sua liberdade de vontade, o que supostamente estaria a ocorrer com o provocado no âmbito da provocação ao delito.¹⁰³ Assim, entendia-se que o provocado se encontrava num estado de inferioridade psicológica, cultural e econômica em relação ao agente provocador e que a provocação paralisava sua capacidade de querer.¹⁰⁴

No âmbito do direito germânico, Costa Andrade dá clara indicação da evolução de entendimentos pelos quais se propugnava a ausência de punibilidade do indivíduo provocado. O primeiro deles fundado numa ideia de caducidade da pretensão punitiva foi reconhecido inicialmente pela jurisprudência alemã como pressuposto processual negativo¹⁰⁵.

Segundo essa concepção a valência de uma pretensão punitiva estatal estaria vinculada à uma expressão de regularidade do agir das suas próprias autoridades quanto aos métodos utilizados na execução de suas atribuições. Já se propunha neste momento, ainda que em termos não muito claros¹⁰⁶, que o Estado não pode se valer de seu agir contraditório.¹⁰⁷

Num segundo momento, depara-se com uma fundamentação distinta, na qual a ausência de punibilidade do provocado passa a se amparar numa causa pessoal de exclusão de pena e não mais numa questão processual¹⁰⁸. No entanto, é nesta seara que vão se apor grandes e substanciosos argumentos, já num terceiro momento, na medida em que as provas obtidas pelo agente provocador passam a ter a sua natureza questionada, tendo em vista o engano capaz de induzir em erro o provocado¹⁰⁹.

¹⁰³ MERLE, Roger; e VITU, André. *Traité de Droit Criminel*. T. I. 7 ed. Paris: Éditions Cujas, 1978, p. 784/786. Neste mesmo sentido também DESPORTES, Frédéric; e GUNEHEC, Francis Le. *Droit Pénal Général*. 15 ed. Paris: Economica, 2008, p. 637.

¹⁰⁴ MAGLIE, *op. cit.*, p. 36 e MEIREIS, *op. cit.*, p. 91/92. Retorna-se à esta questão de se afetar ou não a liberdade de vontade do provocado, *infra*, na Seção 3.1.2.

¹⁰⁵ ANDRADE, *op. cit.* (*Sobre as proibições.....*), p. 225.

¹⁰⁶ Indica-se que o fato de não se ter logrado definir e propor critérios claros ensejou soluções distintas na jurisprudência (*Idem*, p. 225).

¹⁰⁷ *Idem*, p. 225 e ss. O autor cita a proibição do *venire contra factum proprium*.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 227.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 228.

É bem verdade que a experiência germânica fornece profícuas linhas de pensamento e substanciosos argumentos no âmbito dogmático. Não obstante, um outro ponto de vista é fornecido por Cristina di Maglie que procura enunciar duas perspectivas de análise da responsabilidade do provocado: uma centrada numa dimensão político-criminal (matriz cultural) e outra focada na estrutura que a figura do provocado assume no sistema penal (matriz estrutural).

A matriz cultural, afirma a autora, é vincada não mais numa viabilidade político-criminal da solução penal para a responsabilidade do provocado, voltada para uma pretensa defesa social, mas sim na legitimidade constitucional dessa solução em si mesma.¹¹⁰ Tem-se, portanto, uma transição de foco: de uma visão orientada para a eficiência (buscada a todo custo) da atividade provocatória para uma visão orientada à garantia do indivíduo (titular de liberdade pessoal).¹¹¹

Já na matriz estrutural, explora-se o direito de autodeterminação do sujeito provocado, supostamente posto em causa pela provocação e que pode condicionar sua responsabilidade penal.¹¹² Aqui as concepções se voltam para a compatibilidade da provocação com os critérios normais de imputação da pena (princípio da culpabilidade e direito penal do fato) ou para a utilização do material probatório recolhido através do agente provocador.¹¹³

Sem pretender imiscuir em demasia por tais argumentos, digna-se ressaltar, quanto a este último aspecto, um importante contributo na tentativa de estabelecer os limites de atuação dos homens-de-confiança.

O entendimento, tendo por base a noção ampla do *V-Mann*, amparar-se-ia num critério que remete à finalidade preponderante da atuação, se repressiva ou preventiva.¹¹⁴ Se estivesse a atuação preordenada à repressão de crimes já consumados, inadmissível seria a prova, sendo, pelo contrário, admitida se buscasse finalidades exclusiva ou prevalentemente preventivas.¹¹⁵

¹¹⁰ MAGLIE, *op. cit.*, p. 397.

¹¹¹ *Idem*, p. 397.

¹¹² *Idem*, p. 398. O problema envolvendo a liberdade de vontade será novamente objeto de análise, *infra*, na Seção 3.1.2.

¹¹³ *Idem*, p. 398.

¹¹⁴ ANDRADE, *op. cit. (Sobre as proibições)*, p. 232.

¹¹⁵ *Idem*, p. 232/233.

E, neste sentido, deduz-se que o agente provocador estaria voltado eminentemente para um caráter repressivo. Assim sendo, inadmissíveis seriam as provas que fossem colhidas no âmbito de uma provocação, implicando a impossibilidade de processo contra o provocado pelo delito que se instigou.

Sinteticamente, tem-se que as soluções, do ponto de vista do provocador, remetem a considerações acerca do elemento subjetivo do provocador, do risco que se causa ao bem jurídico tutelado, ainda que o escopo da atuação seja tão somente a tentativa, e de uma suposta exigência política-criminal que afirma a legitimidade da atividade. De outra sorte, as soluções que focam o provocado passam por reflexões acerca da medida da pena, da pretensão punitiva do Estado, da proteção constitucional e de validade das provas.

Foi possível, portanto, nesta Seção, conhecer as várias formas de tratamento no âmbito da dogmática jurídico-penal do provocador e do provocado, o que denota a amplitude das reflexões feitas.

1.2.2. A provocação no confronto com princípios jurídicos

Procura-se, de outra sorte, aqui enunciar os princípios que se destacam no discurso jurídico relativo à provocação ao delito, sem, no entanto, pretender levar todos a um estudo profundo. No entanto, permite-se tomar conhecimento de uma compreensão da provocação ao delito cada vez mais frequente e que, em períodos mais recuados, conheceu do aplauso da doutrina e do sancionamento da *praxis* jurisprudencial.¹¹⁶

Põe-se em discussão os limites do que se afigura viável tendo em vista as premissas de um Estado de Direito, que parecem pôr em causa a própria legitimidade constitucional do recurso a tal forma de atuação por agentes de autoridade estatal e, conseqüentemente, da persecução penal contra um indivíduo cujos direitos foram irremediavelmente comprimidos em função da atividade provocatória.

Assim, hoje, doutrina e jurisprudência procuram trazer à discussão argumentos que remetem a uma legitimidade ética-jurídica da provocação ao delito, esforçando-se para densificar suas ponderações e concepções a fim de fornecerem parâmetros sólidos de

¹¹⁶ A compreensão referida diz respeito àquela que aborda os princípios da ética e as premissas de um Estado de Direito. Cfr. ANDRADE, *op. cit.* (*Sobre as proibições*), p. 224.

tratamento jurídico-penal, e, por via indireta, permitir uma conformação de condutas dos agentes da autoridade com os valores democráticos.

Inicia-se, portanto, por uma específica feição da *Entrapment Defense*. Esta, de um modo geral, constitui-se numa medida processual de origem norte-americana e que se revela meio hábil para paralisar a pretensão punitiva contra o provocado e conduzir à sua absolvição¹¹⁷. Há, de fato, dois modelos do instituto, um de caráter subjetivo (*subjective test*) e outro de caráter objetivo (*objective test*), nos quais se procura ponderar critérios acerca do induzimento e da predisposição, tidos como elementos básicos dos testes.

O modelo subjetivo se volta exclusivamente para a proteção do acusado de outra forma inocente reforçando a ideia do «*encouragement*», focalizando-se sobre o autor do crime, ao valorar com maior peso a sua predisposição para o crime¹¹⁸. Tal modelo sofre críticas pela doutrina norte-americana, posto que confunde a predisposição para o crime com a intenção.¹¹⁹

Entretanto, o modelo objetivo do instituto possui por foco não a ação do provocado, mas primordialmente a conduta do provocador, o qual sendo representante do Estado age de maneira abusiva ao provocar o delito. Tal modelo procura proteger o *unwary innocent* da insídia abusiva da polícia, que criou a convicção criminosa no provocado¹²⁰. Não se poderia admitir um processo, no benefício da própria coletividade, baseado numa ação que afrontava a integridade das instituições e o senso de justiça.¹²¹ Dessa forma, tem-se que no modelo objetivo da *entrapment* o induzimento ao crime constitui objeto de análise preponderante.

A *Entrapment Defense*, neste modelo, exigia que a resolução criminosa fosse criada pelo provocador, revelando a ausência de predisposição para a comissão do delito. Entretanto, havia casos em que o provocador passava a manter contato com o provocado, após já ter se verificado essa predisposição, estando, portanto, resolvidos quanto à

¹¹⁷ MEIREIS, *op. cit.*, p. 224.

¹¹⁸ *Idem*, p. 102.

¹¹⁹ ONETO, Isabel. *O agente infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 44.

¹²⁰ MEIREIS, *op. cit.*, p. 104.

¹²¹ Cfr. ESTADOS UNIDOS. *Case Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435, 453, 1932. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência*.

comissão do delito.¹²² Tais casos contribuíram para o amadurecimento da jurisprudência que passou a compatibilizar a atuação do provocador com o princípio da lealdade, inerente à cláusula do *due process*, que proíbe intromissões intoleráveis na esfera privada dos cidadãos, olvidando-se, dessa forma, de demonstrar a predisposição ao delito.¹²³

Neste sentido de intromissões incompatíveis com a proteção da esfera privada do indivíduo, Maglie se conduz por entendimento semelhante quando trata das soluções acerca da provocação ao delito que conduzem ao resgate de um modelo constitucionalmente orientado e agora inserido numa cultura jurídica romano-germânica.¹²⁴ Entretanto, aparece não mais como medida a paralisar o processo, com na *Entrapment Defense*, mas a ação passa a se afigurar determinante para analisar a natureza das provas colhidas. Assenta, a autora, que o comportamento dos agentes de autoridade é inequivocamente desleal, lesivo de um sistema correto de relacionamento entre cidadão e a autoridade num Estado de Direito, sendo este um direito inviolável do indivíduo.¹²⁵

Outro fundamento axiológico constitucional que se levanta contra a provocação ao delito é precisamente o princípio democrático. Indica-se que, numa concepção democrática de sociedade, não é possível supor por antecipação as mais certas inclinações humanas, de modo a deduzir quem é bom ou mal.¹²⁶ Tal capacidade estaria em cada um de nós como possibilidade que as circunstâncias estão todo tempo a influenciar.¹²⁷ Assim, a provocação, tida como geradora de seu próprio objeto, afrontaria o princípio democrático que, nem sempre de conteúdo claramente definido, materializa-se em ideais como suprema dignidade humana e a igualdade de todos.¹²⁸

Um outro princípio que se levanta é o da lealdade inerente ao processo penal. Este traduz uma maneira de ser da investigação e obtenção das provas em conformidade com

¹²² Cfr. *United States v. Twigg*, 588 F.2d 373 (3d Cir. 1978), referido por MEIREIS (*op. cit.*, p. 106). No caso, o provocador (um particular sob controle de agente de instância formal de controle de drogas) após tomar conhecimento da resolução criminosa de dois indivíduos em criar um laboratório de fabricação de metanfetaminas, aproxima-se e auxilia entregando fenilacetone (P2P), produto indispensável e de difícil obtenção para o fabrico do entorpecente, o qual lhe fora entregue pelos agentes do Estado.

¹²³ COWEN, Richard A. *The entrapment Doctrine in the Federal Courts, and Some State Court Comparisons*. In *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*. Vol. 49, 1958-1959, p. 449.

¹²⁴ MAGLIE, *op. cit.*, p. 419.

¹²⁵ *Idem*, p. 419/420.

¹²⁶ SILVA, Germano Marques da. *Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos. Os princípios democrático e da lealdade em processo penal*. In *Direito e Justiça*, Lisboa. Vol. 8, t. 2, 1994, p. 27-34, p. 28.

¹²⁷ *Idem*, p. 28.

¹²⁸ *Idem*, p. 28/29.

valores consagrados, os quais são desconsiderados quando da provocação ao delito.¹²⁹ Na opinião de Germano Marques da Silva resta a crítica no sentido de que carece de deferência por parte do legislador, revelando-se mais como princípio deontológico, moral.¹³⁰

Por fim, há um princípio que tem se mostrado bastante presente no âmbito da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, qual seja, o da equidade aplicada ao processo. Tem-se reiteradamente colocado o confronto que se estabelece entre provocação ao delito e o direito a um justo processo. E, neste sentido, inúmeras decisões do Tribunal dão conta de que a provocação ao delito resulta violação do processo equitativo consignado na Carta Européia dos Direitos do Homem.¹³¹

Esses são, portanto, alguns princípios que hodiernamente são levantados no tratamento da relação que se instala no âmbito da provocação ao delito, entre provocador e provocado. Ressalte-se, porém, que as soluções apresentadas sob a perspectiva dos princípios não excluem de modo algum àquelas questões relativas ao enquadramento dogmático, embora sejam questões que, em certa medida, precedem estas últimas em sua colocação no âmbito do sistema jurídico¹³², ao passo que remetidas à legitimidade ética de recurso a tal espécie de atuação pelo Estado.

As concepções que hodiernamente se levantam na doutrina ou jurisprudência acerca do enquadramento dogmático da provocação ao delito, somadas àqueles argumentos amparados nos princípios que fundam um Estado Democrático de Direito, permitem uma compreensão razoável, ainda que não exaustiva, do tema, o suficiente para fornecer as bases de entendimento necessárias para o que segue nos próximos dois capítulos, que tornarão a visitar algumas colocações feitas neste primeiro Capítulo.

¹²⁹ *Idem*, p. 30.

¹³⁰ SILVA, *op. cit.* (*Bufos, ...*), p. 34.

¹³¹ TEDH. Acórdão de 09.06.1998. *Case of Teixeira de Castro v. Portugal*. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência*.

¹³² Os princípios jurídicos constituem elementos que possuem em sua essência um conjunto de ideias ou crenças, de variada ordem (filosóficas, políticas, morais, etc.), que, pela força de suas qualidades intrínsecas, anima inúmeros aspectos da vida em sociedade. Vê-se que Jaime Navas afirma que, embora não exista definição legal, os princípios jurídicos operam em função da ideia de «*los criterios ideológicos que inspiram la elaboración legislativa del poder público*». E acrescenta, ainda, que, numa concepção filosófica, remetem a critérios axiológicos que justificam e embasam a elaboração da norma. (NAVAS, Jaime Lluís Y. «Los Principios Del Derecho en Los Sistemas Romano-Germánicos». *In Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 4, Madrid, 2014, p. 640, 649/650).

O problema envolve, de fato, um diálogo mais próximo entre os planos da legitimidade ética amparada nos princípios vigentes num Estado de Direito e a dogmática jurídico-penal, na tentativa de discernir em que se constitui um inadmissível provocação, constituindo verdadeiro método enganoso de obtenção de prova. E, assim sendo, necessário se faz num primeiro instante identificar o fundamento de ilegitimidade e analisar seu conteúdo, para então passar a considerações de ordem mais pragmática.

CAPÍTULO II - DO PROCESSO EQUITATIVO À LEALDADE PROCESSUAL

2.1. O tratamento jurídico da equidade

A equidade é um termo que tem ganhado cada vez mais espaço no discurso jurídico-penal contemporâneo, mormente no que concerne à atuação do agente provocador, em função de inúmeras decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, sendo certo que emerge da uma certa *revolução copernicana no pensamento jurídico*, ao passo que o paradigma demasiado conceitual com a qual o jurista se depara passa a se ajustar à sua pretensão primeira de estar ao *serviço da vida*.¹³³

A equidade se exprime como a justiça do caso concreto, emergindo, pois, como critério do justo fundamentado na pretensão de se buscar a solução de questões jurídicas nos fins que deram causa à norma¹³⁴ e, assim sendo, não subordinada aos critérios normativos fixados na lei.¹³⁵ Revela-se dimensão concreta de justiça desapegada de formalismo jurídico.

E, assim, possível se torna identificar uma transição do foco do pensamento jurídico da norma para o caso concreto¹³⁶. Depreende-se que aquela dimensão de justiça desapegada de formalismos decorreu, principalmente, da compreensão que se teve em torno do papel do direito na sociedade face às atrocidades experimentadas por ocasião da Segunda Grande Guerra. Consoante indica Perelman, tratou-se, pois, de uma reação ao positivismo, que negava qualquer filosofia de valores, alheio a qualquer referência à ideia de justiça.¹³⁷

Ocorre que aquele afastamento do formalismo jurídico não possui relação com a previsão ou não no ordenamento jurídico, já que a consagração do princípio não equivale

¹³³ PEREIRA, Alexandre Dias, *Da Equidade (fragmentos)*, Separata de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 80, 2004, p. 18 e 20.

¹³⁴ *Idem*, p. 19.

¹³⁵ *Idem*, p. 5.

¹³⁶ *Idem*, p. 18.

¹³⁷ PERELMAN, Chaïm, *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. Trad. de Vergínia K. Pupí, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 91.

ao modo como deve ele ser aplicado. É claro que a consignação expressa no direito positivo de determinado princípio possui uma utilidade inquestionável, como a eliminação de qualquer dúvida acerca de seu acolhimento, além de poder fornecer as balizas tendentes à sua própria aplicação.

Não obstante, ordenamentos jurídicos internos de Estados, à exemplo do Brasil, não conferem à equidade a autonomia ou amplitude ao nível da relevância de suas premissas, as quais desvelam um caráter próprio de *conteúdo jurídico indeterminado*¹³⁸, muito sujeito a valorações pessoais do julgador¹³⁹. Apesar disso, alguma consideração é feita em tais ordenamentos, o que se afigura objeto da próxima Seção, ao menos no âmbito do referencial de pesquisa adotado.

2.1.1. A equidade no plano jurídico-normativo no Brasil e em Portugal

Na presente Seção, cumpre conhecer a consideração que, de um modo geral, se faz no plano jurídico-normativo interno à equidade, analisando a extensão de suas disposições internas. É claro que, para tanto, não se olvida de que a associação do princípio do processo equitativo à provocação ao delito se tornou mais evidente nos últimos anos a partir dos julgados da Corte Européia dos Direitos do Homem.¹⁴⁰

Embora não estivesse a equidade erradicada da prática jurídica, o que se percebia era que, ao menos, no discurso jurídico estava relegada a campos específicos de aplicação¹⁴¹. No entanto, o que se nota atualmente é que tem havido um interesse, gradativamente maior com o passar dos anos, por parte dos legisladores e aplicadores do direito pela equidade.

E, neste sentido, tendo por referência a ordem jurídica brasileira e a portuguesa, cumpre discernir a equidade enquanto regra ou enquanto princípio jurídico. Certo é de que

¹³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 980.

¹³⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 222 e 248.

¹⁴⁰ Uma ponderação específica de alguns julgados do TEDH no que diz respeito à provocação ao delito é realizada, *infra*, na Seção 3.2.3.

¹⁴¹ PEREIRA, *op. cit.*, p. 18.

nestes Estados ela é tida como fonte de direito, na medida em que viabiliza a solução demandas concretas, independentemente se, para lançar mão desse procedimento, exige o amparo em discussões jusfilosóficas, em princípios já consagrados ou em dispositivos legais expressos e *definitivos*.

Alexy¹⁴², portanto, filia-se à tese de que a diferença entre ambos - regras e princípios - é apenas qualitativa e indica como critério distintivo o fato de serem os princípios verdadeiros mandatos de otimização, na medida em que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, o que não ocorreria com as regras, que expressariam com ressalvas *mandados definitivos*.¹⁴³ A distinção apresentada parece útil sob uma específica perspectiva, qual seja, a de discernir a diferença das alternativas de tratamento que viabilizam na *praxis* jurídica.¹⁴⁴

Embora não nos caiba aqui tratar mais a fundo a respeito da mencionada distinção, tem-se que, ao que parece, não se está a indicar *essencialmente* um critério distintivo entre regra e princípio, senão um critério de percepção de tais no âmbito do ordenamento jurídico. Não obstante, acredita-se ser relevante acrescer a essa percepção de que os princípios se revelam mandados de otimização, também, a ideia de que consistem em *enunciados jurídicos de valores*¹⁴⁵ ou núcleos de condensação de bens e valores constitucionais¹⁴⁶ e, portanto, tendendo a inspirar toda a ordem jurídica.

Essa perspectiva se torna útil, na medida em que as possibilidades de tratamento da provocação ao delito segundo diretrizes de um tal *princípio* da equidade, ainda que em sua específica feição processual, ampliam-se significativamente. Reitera-se que a ordem

¹⁴² ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86/87. O autor critica a noção de mandato definitivo (*all-or-nothing*) apresentada por Ronald Dworkin, já que não contempla ou resta prejudicada em face da existência das regras de exclusão e, portanto, seria demasiada simples para integrar uma Teoria dos princípios (*Id.*, p. 99)

¹⁴³ Não obstante, José Afonso da Silva critica a distinção citadas entre regras e princípios, como espécies de normas jurídicas, ao afirmar que a conceituação apresentada não é precisa, revelando mesmo ser uma doutrina obscura (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 92).

¹⁴⁴ Cfr. Moraes, para quem o «*nível de indeterminação do enunciado do princípio ou do standard confere-lhe maior plasticidade*», isso para que possa exatamente ajustar-se à realidade que reclama a sua aplicação. (MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*. T. 2, v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 664).

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 74.

¹⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 49.

jurídica brasileira não consagra a inadmissibilidade dos meios enganosos de obtenção de prova, tampouco possui concepção semelhante à que vige em Portugal quanto ao alcance da proteção constitucional da integridade moral da pessoa. Neste sentido, a consagração de um princípio da equidade em seu ordenamento se mostra algo de grande valor.

Importa esclarecer que a equidade, denotando mesmo um caráter multifacetado do termo, tende a se referir a inúmeras circunstâncias, por vezes, expressando alguma concepção de justiça diversa da igualdade em sentido estrito. Há situações, portanto, em que a equidade se apresenta como princípio geral (valor não positivado); como *norma-princípio*¹⁴⁷ ou como regra, a partir de um mandato definitivo. É de se afirmar apenas que essa qualquer vinculação com a noção de regra de modo algum implica afirmar que alcança uma determinabilidade de conteúdo, posto que ainda assim exigirá que se valha de outros parâmetros adequados para atingir o seu fim.

Julga-se que a equidade, quando faz referência a um valor não positivado, possui um sentido muito próximo do de Justiça, inerente, pois, ao conceito de Direito.¹⁴⁸ Desempenha, nesta situação, um papel de referência substancial, enformando toda a elaboração normativa. E, desse modo, assume uma natureza pré-jurídica, constituindo-se, com relação à ciência jurídica, um conceito *a priori*.¹⁴⁹

Por isso mesmo, é que se afirma que a equidade volta-se igualmente à conformação legislativa¹⁵⁰, à observância do que se encontra expressamente estabelecido como preceito jurídico, ao passo que é pressuposto um direito positivo orientado por princípios de justiça. Vê-se que a garantia de defesa, presunção de inocência, direito à escolha de defensor, princípio do contraditório são tidos como preceitos densificadores do processo equitativo no âmbito do processo penal¹⁵¹, o que não exaure todo o seu conteúdo jurídico para solucionar questões jurídicas.

No entanto, a equidade, também, pode vir a se constituir um princípio positivado no ordenamento jurídico. E, neste particular, entende-se que a Constituição portuguesa

¹⁴⁷ No sentido de ser um princípio positivado ver CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.* (*Fundamentos.....*), p. 49.

¹⁴⁸ RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*. Trad. de L. Cabral de Moncada 6. ed., Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997, p. 88.

¹⁴⁹ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 93/94.

¹⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 415.

¹⁵¹ CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.* (*Constituição.....Vol I.....*), p. 415.

estabelece sensíveis diferenças em relação à ordem constitucional brasileira, as quais prenunciam a extensão e o significado que conferem à equidade. Desvela-se que a Constituição portuguesa alça, de início, a equidade à categoria de princípio aplicável ao processo¹⁵², diferentemente do que ocorre na brasileira, que se limita a identificá-la com um critério específico, uma regra estabelecida para certas e definidas áreas de aplicação, mormente voltadas para a promoção de políticas públicas.¹⁵³

Fato é que, embora se trate de uma prescrição relativamente recente no cenário constitucional português, tendo sido fruto, portanto, da Revisão Constitucional n. 4/97¹⁵⁴, a dimensão processual da equidade está de fato a representar uma verdadeira opção político-constitucional do Estado¹⁵⁵, que, ao lado de outros princípios, está a informar todo o ordenamento jurídico.

Não obstante, o que se percebe, em nível infraconstitucional, é que a referência à equidade não mereceu maior destaque seja pelo legislador penal brasileiro seja pelo português. Não há praticamente qualquer menção à expressão nos Códigos penais e processuais penais de ambos os ordenamentos¹⁵⁶. Tal situação faz supor, no caso brasileiro, que careceu de efetiva atenção por parte do legislador ou simplesmente porque entendeu-se estar inerente a alguma garantias já previstas. Já, no caso português, supõe-se que prescindível era uma previsão ao nível legal, já que a Constituição a estabelece como princípio aplicável ao processo.

Apesar disso, impende ressaltar que, no Brasil, muito provavelmente o preceito, de aplicabilidade ampla, inclusive na esfera penal, que mais se aproxima do conteúdo da equidade é o que se encontra previsto no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942). Nele se estabelece que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Embora

¹⁵² Canotilho faz ressaltar que, apesar de o direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva - os quais integram o direito a um processo equitativo - estarem inseridos na Constituição portuguesa na seção destinada aos direitos fundamentais, revela-se ademais disso uma verdadeira *norma-princípio* [CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.* (*Constituição.....Vol I.....*), p. 409 e 415].

¹⁵³ Refere-se, portanto, aos artigos 194, parágrafo único, inciso V, e 212, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e aos artigos 20º/4 e 33º/3 da Constituição da República Portuguesa.

¹⁵⁴ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa : anotada com as redações anteriores*. Coord. José Manuel Vilalonga e Veloso da Cunha, Lisboa: Universidade Autónoma Editora, 2007, p. 55 e 73.

¹⁵⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 189.

¹⁵⁶ Apenas o artigo 81º do Código Penal português possibilita o recurso à equidade e somente para estabelecer desconto de pena anterior à substituição de natureza distinta.

não esteja a se referir, de modo expresse, à equidade, é inegável a relação entre ambos na medida em que se considera o justo como propósito último da aplicação da lei, a de orientar as especificidades do caso concreto.

A par desses instrumentos internos dos Estados, a observância do princípio do processo equitativo também pode decorrer do que se encontra previsto em documentos internacionais de clara relevância na proteção dos direitos humanos. Neste diapasão, desbravava já em 1948, ocasião em que fora adotada pela Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵⁷ ao prescrever que a causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial (artigo 10º). Em termos idênticos restou igualmente previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14º)¹⁵⁸.

Semelhante dispositivo aparece na Convenção Européia dos Direitos do Homem (Roma, 1950), promovida pelos membros do Conselho da Europa.¹⁵⁹ Em seu artigo 6º, restou consignado a necessidade de a causa ser examinada, de maneira equitativa e pública, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial. Assim, também, ocorre com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)¹⁶⁰, cujo artigo 8º, apesar de não fazer expressa remissão ao termo equidade, é comumente referido como a consubstanciação do princípio do processo equitativo.

Observa-se, dessa forma, que a equidade alça a qualidade de princípio aplicável ao processo, vinculando não somente Portugal que o prevê expressamente em sua Constituição, para além do disposto em Convenções Internacionais das quais se afigura signatária, mas também a ordem jurídica brasileira, como decorrência direta do que se encontra previsto na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Não obstante, o fato de se encontrar previsto não implica necessariamente resolver a questão de saber o seu conteúdo, mesmo porque o grau de abstração próprio de um

¹⁵⁷ Adotada e proclamada por Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948.

¹⁵⁸ Adotado por Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966 (Aprovado em Portugal por meio da Lei n.º 29/78, de 12 de Junho e, promulgado, no Brasil pelo Decreto n.º 592, de 06.07.1992).

¹⁵⁹ Adotada pelo Conselho da Europa em 04.11.1950 (Aprovada em Portugal por meio da Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro).

¹⁶⁰ Celebrada por Estados americanos signatários em 22.11.1969 (Promulgada, no Brasil, por meio do Decreto n.º 678, de 06.11.1992).

princípio pode não permitir o seu estabelecimento definitivo por ato legislativo. Dessa forma, impende verificar de que forma o princípio do processo equitativo se materializa em situações concretas de aplicação, visando talvez revelar o seu ponto de contato com a provocação ao delito. Sabe-se que se trata de expressão de justiça aplicada a uma situação concreta, ainda que de caráter exclusivamente processual, mas não se tem claramente identificado o ponto em que se vincula com a provocação ao delito, o que ocorrerá quando da definição dos critérios por meio dos quais ganhará consistência.

2.1.2. A materialização do princípio do processo equitativo

Embora se presuma necessário o pensamento sistemático no direito, fundado nos preceitos gerais e expressamente consignados na norma, o que se percebe com a equidade é um espécie de declaração de que o sistema jurídico não há de ser fechado, revelando, pois, a complexidade que se manifesta de suas pretensões e soluções. Reconhece-se aqui, portanto, uma qualquer expressão do *modo de pensar aporético*, idealizado por Nicolai Hartmann e referido por Canaris em seu trabalho sobre sistema jurídico.¹⁶¹ O sistema não mais aparece como algo definitivo, mas dinâmico, modificável a todo tempo, de acordo com as circunstâncias e concepções consideradas.¹⁶²

Neste instante em que se busca formas de concretização concreta do princípio do processo equitativo, tem-se que, na visão aristotélica, a equidade (*epiēikeia*) e a justiça constituiriam virtudes indistintas posto que buscam o que é justo no caso.¹⁶³ Entretanto, assim o fazem a partir de pressupostos distintos, posto que a justiça lançará mão da lei e de seus preceitos universais, enquanto que a equidade, na medida em que se volta para solucionar casos em que a generalidade da lei não se mostra suficiente, socorre-se das razões que deram causa à própria norma, segundo sua concepção de justiça. E assim admite a equidade como constituição de uma certa forma de justiça.¹⁶⁴

¹⁶¹ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. de A. Menezes Cordeiro. 4a. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 246.

¹⁶² *Idem*, p. 247.

¹⁶³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Trad. de Dimas de Almeida. Porto: Edições Universitárias Lusófonas, 2012, p. 251/253. (Livro V, v. 10).

¹⁶⁴ *Idem*, p. 251/253.

É neste enfoque que se insere a equidade, como uma concepção particular de Justiça. Perelman a toma como a *bengala da justiça*, para indicar que serve de complemento necessário da justiça, quando os preceitos jurídicos expressamente consignados se relevam insuficientes para assegurar a Justiça propriamente dita.¹⁶⁵

Daquela concepção aristotélica de que a equidade é senão uma dimensão de justiça, embora alcançada por distintos meios, também, parece não se distanciar Radbruch. O autor enuncia que a equidade e justiça se distinguem na metodologia que lhes é própria, posto que, embora se afigurem ambos caminhos para se chegar ao mesmo valor jurídico¹⁶⁶, dizia que a justiça toma o caso individual no ponto de vista da norma geral, enquanto que a equidade procura achar a própria lei do caso individual, para somente depois convertê-la em norma geral.¹⁶⁷ Vê-se que se trata, em verdade, de buscar o direito justo por via dedutiva, a partir de princípios gerais, ou por via indutiva, porque extraído da própria natureza das coisas.¹⁶⁸

Deste entendimento também parece comungar Ricoeur para quem a equidade explícita, em verdade, um procedimento de deliberação que deverá conduzir à escolha dos princípios de justiça, enquanto que a justiça estaria a designar o próprio conteúdo dos princípios escolhidos.¹⁶⁹

Nota-se, portanto, que a equidade, por sua própria natureza e pretensão de satisfazer uma exigência de justiça, aspira a generalização, ou seja, tende à constituição de uma prescrição geral a partir das premissas que indicam o critério de justiça utilizado. Em princípio, não se transfigura tal tendência num objetivo explícito ou primeiro da equidade, já que esta se propõe a tão somente estabelecer a justiça no caso concreto. O que ocorre é que o valor das premissas ou argumentos alcançadas sobre as questões fáticas analisadas conferem força moral independente¹⁷⁰, idônea a se tornar norma geral.

¹⁶⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 42.

¹⁶⁶ ARISTÓRELES, *op. cit.*, p. 251/253.

¹⁶⁷ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 91.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 91.

¹⁶⁹ RICOEUR, Paul. *O Justo ou a Essência da Justiça*. Trad. de Vasco Casimiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2015, p. 67.

¹⁷⁰ Digna ressaltar, no entanto, que a referência à *independência*, ora enunciada, é assegurada apenas pela robustez ou substância dos argumentos insertos numa decisão amparada na equidade, cuja autonomia é no sentido de prescindir de considerações outras a fim de que se tornem válidos ao se tomar em conta seu grau de eticidade, escorado em princípio de justiça. Não equivale, portanto, a afirmar que a equidade constitui uma possibilidade real irrestrita e alheia a qualquer circunscrição concernente ao Direito positivo.

Na busca de um princípio que possa materializar o processo equitativo, poder-se-ia concluir pela coincidência entre processo equitativo e o *due process of law*¹⁷¹, aclamado por inúmeras ordens jurídicas, inclusive de bases romano-germânicos, a exemplo do Brasil¹⁷². E, de fato, não se pode estabelecer uma completa desvinculação entre ambos os conceitos, mas é de se concluir que não coincidem de todo.

Julga-se que o processo equitativo, como expressão de um justo processo, constitui garantia muito mais ampla do que o princípio do devido processo legal, já que este está a indicar, em certa medida, uma congruência com o respeito ao direito positivo ou com a sua razão fundamental, de proteção das liberdades individuais.¹⁷³

O *substantive due process* visa proteger a liberdade individual, tida como noção ampla integradora de ações que afetam a vida, a liberdade propriamente dita ou a propriedade, contra limitações promovidas pelo legislador, na medida em que ganha espaço considerações acerca dos limites constitucionais à ação de legislar do Estado.¹⁷⁴ Enquanto que o *procedural due process* garante que os indivíduos desfrutem de certos procedimentos previstos quando se pretende afetar de algum modo os direitos de vida, liberdade e propriedade.¹⁷⁵

Ao se remeter às origens do princípio na *common law*, é possível observar que o *due process of law* representa, em verdade, uma expressão ou dimensão de justiça aplicável ao processo, posto que, consoante afirma Orth, o *due process* proíbe e continuará proibindo *unfair procedures*¹⁷⁶. Entretanto, não estaria o princípio a exaurir toda a justiça do processo, já que esta pode reclamar questões não voltadas, de modo imediato, à proteção da liberdade, vida ou propriedade. De modo mais abrangente, a noção de equidade passa a integrar um «*processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça*»¹⁷⁷.

¹⁷¹ Cfr. neste sentido PERELMAN, *op. cit.* (*Ética*), p. 532; ou CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.* (*Constituição.....Vol I.....*), p. 415.

¹⁷² Cfr. artigo art. 5º, inciso LIV, da Constituição brasileira de 1988. O *due process of law* na Constituição portuguesa decorre do previsto no artigo 20, especificamente do número 4 [CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.* (*Constituição.....Vol I.....*), p. 415], embora se julga ser decorrência também do número 5, que enuncia procedimentos judiciais legalmente previstos.

¹⁷³ Argumentando inexistir violação da liberdade de vontade no âmbito da provocação ao delito, remete-se, *infra*, à Seção 3.1.2.

¹⁷⁴ BERNSTEIN, Sarah M. «Police Failure to Preserve Evidence and Erosion of the Due Process Right to a Fair Trial». *In The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 80, n. 4, Chicago, 1989, p. 1262.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 1263.

¹⁷⁶ ORTH, John V. *Due Process of Law: a brief history*. United States: University Press of Kansas, 2003, p. 86.

¹⁷⁷ CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.* (*Constituição.....Vol I.....*), p. 415.

Vê-se que o *substantive due process of law* não vai de encontro a esta concepção, embora represente um toque muito próximo à ideia de processo materialmente justo. Por meio dele se perscruta o conteúdo de lei, tendo em vista que não basta que o procedimento esteja formalmente previsto, sendo igualmente necessário que se revele garantidor de liberdades civis.¹⁷⁸

Assim, o devido processo legal *substantive* ou *procedural* constituem vertentes de análise do procedimento (daquilo que se encontra previsto ou do que deveria estar previsto) e volta-se eminentemente para a salvaguarda da liberdade individual, ao passo que são impostos obstáculos materiais à específica atuação legífera do Estado.

Desse modo, confere-se ao princípio do devido processo legal, processual ou material, um caráter de proteção da liberdade, num contexto de limitação da ação do legislador¹⁷⁹. Enquanto que o princípio da equidade, ou, especificamente, o do processo equitativo possui por escopo caucionar qualquer princípio de justiça, ainda que não imediatamente voltado à proteção da liberdade civil.¹⁸⁰ Conclui-se, assim, que o processo equitativo implica um âmbito de proteção individual maior que o *due process of law*, podendo afirmar que este se encontra circunscrito naquele.

O processo equitativo, como representação de uma ideia de justiça, pressupõe uma aproximação, talvez de forma até mais sensível do que com o próprio Direito positivo, com o substrato da sociologia jurídica, com considerações ético-jurídicas e de fins dos preceitos jurídicos. Experimenta-se, assim, certo distanciamento daquele método normológico kelseniano, que exclui qualquer conceito indeterminado ou juízos de valor do âmbito do direito.¹⁸¹

E, assim sendo, torna-se assimilável uma relação, outrora elucidada por Habermas, entre o direito e a moral. Indica o autor que a fundamentação de ordens políticas, juridicamente construídas, a partir de um panorama histórico-evolutivo, sugere

¹⁷⁸ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal (Due Process of Law)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 67.

¹⁷⁹ ORTH, *op. cit.*, p. 101.

¹⁸⁰ Para alguns exemplos práticos de situações não remissíveis ao estrito conteúdo do *due process of law*, ver, *infra*, Seção 2.1.3, ocasião em que se tratará do conteúdo do princípio no âmbito do TEDH.

¹⁸¹ MACHADO, J. Baptista. *Do formalismo kelseniano e da «cientificidade» do conhecimento jurídico*. Coimbra : Tip. da Coimbra Editora, 1963, p. 14/15.

que o direito se subjeta a princípios morais.¹⁸² Alimena, de maneira menos intransigente, indica que o direito pode representar, sob determinada perspectiva, um mínimo ético necessário e que, portanto, estaria a apresentar uma das forças específicas que integra o organismo social.¹⁸³

Desse modo, o conteúdo do processo equitativo deve ser capaz de revelar intrinsecamente um valor moral¹⁸⁴, ou seja, uma premissa que valha por si mesmo independentemente de considerações que remetam unicamente às circunstâncias do caso em concreto ou à pessoa sob julgamento. Supõe-se que só uma premissa que contenha valor moral estará apta a se tornar norma geral, denotando verdadeiro princípio de justiça. Tal proposição encontra amparo na exigência de se permitir que todos os que se encontrem na mesma situação obtenham o mesmo provimento judicial.¹⁸⁵

Numa avaliação prévia da provocação ao delito, conveniente se mostra, portanto, o afastamento, por exemplo, de todas as ponderações acerca da periculosidade do sujeito incitado, de considerações quanto à eventual inclinação para o delito ou da reprovabilidade do ilícito-penal praticado. Tais circunstâncias se afiguram contingentes e, por isso mesmo, incapazes de generalização.¹⁸⁶ Kant já afirmava que os princípios da moralidade são totalmente *a priori*, livres de todo o empírico, fundados em puros conceitos racionais.¹⁸⁷

E, neste sentido, julga-se que para a materialização do princípio do processo equitativo há de perpassar pela noção kantiana de *imperativo categórico*, posto que só assim será possível afirmar o seu valor moral, revelando ser verdadeira aceção de justiça.

¹⁸² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Trad. de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, p. 94. Em sentido contrário, cita Campos, os filósofos Hayek e Hart, os quais negavam que o direito consagrasse necessariamente concepções morais (CAMPOS, Manuel Fontaine. *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2000, p. 118).

¹⁸³ ALIMENA, Bernardino. *Principios de Derecho Penal*. Trad. de Eugenio Cuello Calón. T. I. Vol. I. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915, p. 283.

¹⁸⁴ O «valor moral da acção não reside, portanto, no efeito que dela se espera; também não reside em qualquer princípio da acção que preside de pedir o seu móbil a este efeito esperado [...]» (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2014, p. 32/33).

¹⁸⁵ A respeito da exigência do conteúdo da equidade ser capaz de se tornar norma geral, ver RADBRUCH, *op. cit.*, p. 91.

¹⁸⁶ Percebe-se, de modo antecipado ao que se expõe, *infra*, na Seção 3.1.3, que a análise da eventual predisposição do indivíduo para o delito se revela estranha à análise da observância de um processo equitativo, amparado na lealdade processual.

¹⁸⁷ KANT, *op. cit.*, p. 46/47. Considerações como as citadas, remissíveis às circunstâncias ou à pessoa, parece se enquadrar no que Kant chama de *imperativo hipotético*, na medida em que não valem por si, mas somente por conta de outra coisa que se deseja, uma intenção qualquer, como o afastamento do sujeito incitado do convívio social, por exemplo (*idem*, p. 52/53).

No imperativo categórico o valor ou importância da premissa, no caso, não reside nos resultados que dela possa advir, mas vale por si mesma, independente de qualquer finalidade ou intenção.¹⁸⁸

As duas primeiras exigências de um imperativo categórico já foram aqui enunciadas: uma premissa que, numa primeira análise, valha por si mesma e a capacidade de generalização¹⁸⁹. Entretanto, na esteira do ensinamento de Kant, uma terceira exigência há de se fazer presente, qual seja, o integral e incondicional respeito à dignidade humana, ou seja, uma premissa que considere o homem, não como um objeto ou «*meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade*», mas um fim em si mesmo.¹⁹⁰

Ante o exposto, possível vislumbrar inúmeras premissas que podem se revelar hábeis a materializar, sem que se excluam mutuamente, o princípio do processo equitativo, sendo inviável afirmar uma única forma pelo qual se deve alcançar tal intento. Cita-se, à título de exemplo, a exigência de possuírem as partes de um processo as mesmas possibilidades de defender suas pretensões em juízo ou a exigência de motivação das decisões judiciais.¹⁹¹ Tais exigências, que são integradoras de direitos, constituem imperativos categóricos e, assim, são dotados de valor moral.

No âmbito da provocação ao delito, tendo em vista que remete à natureza da relação que se instala entre o Estado, por meio do seu representante, e o sujeito incitado, tem-se que a premissa capaz de materializar o respeito ao princípio do processo equitativo repousará na *lealdade processual*, como se procurará demonstrar na Seção 2.2. Antes, porém, tendo em conta a relevância e a utilidade de uma compatibilização com o que nesta Seção foi exposto, passa-se a expor como a jurisprudência do TEDH e da CIDH analisam o princípio do processo equitativo.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 51/52. Dessa noção de que deve ser algo que valha por si mesmo, parece compartilhar Hegel à propósito do conteúdo das ações (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*. 4 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 1990, p. 142).

¹⁸⁹ Para os fins que aqui se pretende, equivalem os conceitos de generalização e universalização, embora este seja o termo usado por KANT (*op. cit.*, p. 44 e 62). A generalização há de ser aquela que se aplica a todo *ser racional* indistinta e independentemente de qualquer circunstância, e, assim, livre de considerações contingentes acerca, *verbi gratia*, de quem seja o acusado ou das condições concretas em que o ato delituoso fora praticado. Além do que, a possibilidade de generalização da vontade estaria a indicar o que se conhece no pensamento filosófico de *princípio de dever*. Tal princípio representaria um fundamento da vontade que não se ampara em quaisquer inclinações, interesses ou preferências, revelando-se, pois, incondicional (*id.*, p. 32).

¹⁹⁰ KANT, *op. cit.*, p. 71/73.

¹⁹¹ No sentido de que tais citações integram o processo equitativo ver GROTRIAN, Andrew. *Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1994, p. 41.

2.1.3. A equidade aplicada ao processo na visão do TEDH e CIDH

Julga-se que o tratamento do princípio da equidade no âmbito do Direito Internacional tem se mostrado bastante profícuo para o fim de fornecer as balizas de tratamento em determinadas questões. Assim tem sucedido com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no que concerne, especificamente, à aplicação do princípio no âmbito do processo.

Por meio de sua jurisprudência, possível se torna verificar que o princípio da equidade, ou do processo equitativo, não se mostra como princípio com contornos próprios e completamente delineados, o que é próprio de uma noção primeira de equidade, consoante visto na seção anterior. Ademais, não se vincula unicamente à ideia de um julgamento imparcial. A sua materialização será alcançada quando o julgamento se ampara em algum parâmetro de justiça apto de generalização, caracterizador de um *imperativo categórico*.¹⁹²

Vê-se que o próprio TEDH já decidiu que a expressão «*direito a um processo equitativo*» sintetiza os diferentes elementos contidos expressa ou implicitamente no artigo 6 da .¹⁹³ No caso *Golder v. Reino Unido*¹⁹⁴, restou assentado que não se trata de estabelecer uma interpretação extensiva ao que disposto na Convenção, de modo a criar novas obrigações aos Estados contratantes. Trata-se, em verdade, de direitos que decorrem logicamente do disposto no número 1 do artigo 6º da Convenção, à exemplo do direito de interpor recurso, das garantias quanto à organização e composição de um tribunal ou com relação à condução do processo, os quais embora não previstos hão de ser plenamente satisfeitos.

Semelhante conclusão poderá ser obtida do disposto no artigo 8 da Convenção Americana dos Direitos Humanos ou do artigo 14º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, cujas interpretações não deverão ser confinadas na literalidade de seus

¹⁹² Cfr., *supra*, Seção 2.1.2.

¹⁹³ BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 132.

¹⁹⁴ Cfr. TEDH. Acórdão de 21.02.1975. *Case Golder v. The United Kingdom* (§ 36º). *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência*.

dispositivos, mas realizadas de modo a garantir os fins da Convenção no sentido de proteger os direitos fundamentais da pessoa. É de se notar, inclusive, que os dispositivos deixam expressamente consignado o caráter exemplificativo (*mínimo*) dos direitos neles consignados.

Neste sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem realçado sua competência *ratione materiae* para assegurar o maior grau de proteção aos indivíduos sob sua tutela, utilizando-se para tal de dispositivos como o artigo 29c que veda interpretação da correspondente Convenção que exclua direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem do princípio democrático.¹⁹⁵ No julgamento do Caso *Dacosta Cadogan v. Barbados*, a Corte Interamericana afirmou que cabe a todo juiz a obrigação de assegurar o respeito de todas as garantias inerentes a um processo equitativo.¹⁹⁶

Dessa forma, o processo equitativo é capaz de reunir inúmeras garantias, cuja eleição pelo julgador determina a sua materialização num caso concreto. Trata-se de uma premissa ou princípio que integra a equidade no âmbito do processo. E, neste sentido, tanto o TEDH como a CIDH tem se utilizado de inúmeros parâmetros a fim de materializar a aplicação do princípio da equidade no campo processual, posto que é dos elementos trazidos pelo caso concreto que se deduzirá um princípio de justiça¹⁹⁷, apto a se tornar lei geral.

Barreto, amparado na jurisprudência da Corte Europeia, indica inúmeros elementos que restaram incluídos, ao longo dos anos, no âmbito do princípio da equidade em sua feição processual.¹⁹⁸ É o caso do princípio do contraditório, da inocência, da exigência de igualdade das armas ou de motivação das decisões judiciais e do direito a permanecer em silêncio, dentre outros.

No que diz respeito especificamente à atuação dos *homens-de-confiança*, o Tribunal Europeu tem ressaltado que se insere no âmbito do processo equitativo o caráter

¹⁹⁵ Cfr. CIDH. Acórdão de 29.01.1998. Caso *Blake v. Guatemala* (§ 96º). *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência*.

¹⁹⁶ Cfr. CIDH. Acórdão de 24.09.2009. Caso *Dacosta Cadogan v. Barbados* (§ 84º). *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência*.

¹⁹⁷ O processo equitativo não pode ser definitivo em abstrato, antes deve ser verificada segundo as circunstâncias particulares do caso (BARRETO, *op. cit.*, p. 132).

¹⁹⁸ *Idem*, p. 132 e ss.

justo dos métodos utilizados para a obtenção das provas, o que remete a alguma consideração acerca da lealdade processual. Reitere-se que a questão levantada é relativa à justiça e não à legalidade, pura e simples, dos métodos de obtenção de prova, já que adstrito à regulamentação que lhe dá o direito interno.¹⁹⁹

No caso *Allan v. Reino Unido*²⁰⁰, em que se discutiu a validade das provas obtidas por meio de gravações feitas às escondidas por um colaborador da polícia quando fora colocado na mesma cela em que se encontrava detido o requerente perante a Corte, restou levantado como parâmetro de julgamento, no que se refere ao processo equitativo, o direito de o arguido se manter em silêncio. Tal direito teria sido violado pelas autoridades, posto que mesmo após fazer uso de tal direito, utilizaram-se de manobras enganosas para obter as informações que consideravam relevantes.

Já no caso *Edwards and Lewis v. Reino Unido*²⁰¹, em que se discutia precisamente a figura do agente provocador, tem-se que o Tribunal elegeu como princípios de julgamento o contraditório e a igualdade das armas, haja vista que não havia sido colacionado aos autos as evidências a respeito de armadilha eventualmente praticada, a fim de se avaliar o grau de contribuição que teve na decisão do arguido, negando-lhe, portanto, o acesso a elementos que serviram de base ao convencimento do magistrado.

Ante o exposto, tem-se que o princípio da equidade pode vir a se materializar de inúmeras formas, desde que reveladoras de um imperativo categórico, dotado de valor moral e que respeite a dignidade humana. Neste sentido, a provocação ao delito levada a efeito por agentes do Estado ou por colaboradores sob seu controle, parece atrair uma discussão mais voltada para a natureza dessa relação pautada no princípio da lealdade em sua acepção processual.

2.2. A lealdade como princípio de justiça no tratamento da provocação

¹⁹⁹ *Idem*, p. 135.

²⁰⁰ TEDH. Acórdão de 05.11.2002. Case of *Allan v. The United Kingdom* (§ 52º). *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência.*

²⁰¹ TEDH. Acórdão de 27.10.2004. Case of *Edwards and Lewis v. The United Kingdom*. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência.*

É provável que a lealdade seja uma daquelas virtudes que tem acompanhado a história da própria humanidade. Parece mesmo ser contemporânea do despertar da racionalidade, que passa a reconhecer conscientemente a alteridade que lhe cerca, em que as diferenças físicas, emocionais ou de crenças patenteiam a diversidade dos indivíduos. Neste contexto, a lealdade pode ter se apresentado como fundamental no estabelecimento de vínculos ou de grupos sociais para além de um relacionamento baseado unicamente na linha de parentesco, já que o homem é naturalmente levado a se aproximar daqueles em quem confia.

O próprio estabelecimento do trato mercantil, e seu posterior desenvolvimento, pode ter sido resultado de relações nas quais a lealdade se apresentava como elemento imprescindível, já que a única garantia de satisfação do compromisso assumido era a palavra dada.²⁰² Tratava-se, e ainda hoje se trata, de um vetor moral que determina uma disposição de espírito capaz de se converter em concretas ações no âmbito das relações humanas.

Cumprir salientar em que consiste a lealdade e em que medida, se é que efetivamente há alguma, mostra-se distinta de uma noção que lhe circunvizinha, a de fidelidade. O significado fornecido por dicionarista²⁰³ indica os termos como sinônimos, quando representativos de uma qualquer concessão de respeito ou de constância em relação a um compromisso, além de honra e probidade, muito influenciado, talvez, pelos étimos dos termos²⁰⁴, os quais apresentam proximidade semântica.

Também não é difícil encontrar quem estabeleça a distinção dos termos, em face do desenvolvimento próprio no âmbito de um determinado ramo do direito, remetendo, em alguns casos, a uma relação de caráter vertical (lealdade) ou horizontal (fidelidade).²⁰⁵

Entretanto, embora seja tênue a linha que distingue o significado dos termos, é possível, talvez, uma compreensão quando se recorre aos sentidos que ordinariamente lhes

²⁰² Acerca do desenvolvimento da *Fides* romana, ver CORDEIRO, Antonio Meneses. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 54 ss. Julga-se que assim ocorria até no âmbito da vingança privada, como perspectiva histórico-evolutiva da pena, haja vista que, não era suposto, por ilação natural, que um indivíduo estabelecesse uma relação comercial com interesse no seu descumprimento e não no objeto que lhe desse causa.

²⁰³ Cfr. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, 2003.

²⁰⁴ É dos termos latinos *fidelis* e *legalis* que provém, respectivamente, os vocábulos fidelidade e lealdade (NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico resumido*. Rio de Janeiro : Instituto Nacional do Livro, 1966, p. 441).

²⁰⁵ CABANES, Pierre. *Fidélités*. In *Droit Social*. N. 5, mai 1990, pp. 373-375, p. 373.

são opostos: inconstância (no caso de fidelidade) e dobrez (no caso de lealdade). A infidelidade ou inconstância estaria a indicar simplesmente a falta de um comportamento uniforme, sem que para isso seja necessário o recurso a qualquer ardil.

Já a deslealdade ou dobrez se exterioriza por meio de uma distorção da realidade, de uma dissimulação, fingimento ou falsidade, pressupondo, por conseguinte, uma realidade que se expecta. É neste sentido que, por exemplo, integra a lealdade a «*prossecação da satisfação das expectativas comunitárias na validade e vigência efetivas da norma penal*» pela instituição Ministério Público.²⁰⁶

Assim, a lealdade constitui um conceito mais qualificado em relação à fidelidade, posto que caracterizada pela depreciação de premissas morais ao se utilizar do erro criado ou manobra insidiosa na satisfação de interesse próprio. Assim, a lealdade estaria a indicar a impossibilidade de recurso a qualquer instrumento de engano, seja por adotar abertamente a inverdade como por ocultar, através de artifícios, a própria verdade que a outro interessa.

Entretanto, a lealdade, enquanto padrão de conduta, só ganha relevo no âmbito jurídico-normativo, como decorrência direta do princípio do processo equitativo, no caso da provocação ao delito, quando a sua ausência for capaz de afetar a previsibilidade de ação que lhe é inerente, consoante exposto na Seção a seguir.

2.2.1. A relevância jurídica geral da lealdade

A lealdade possui a capacidade de elevar as relações pessoais a um nível em que reinam a transparência, a confiança e a estabilidade, não como condição exclusiva, mas indispensável para a constituição de sociedade verdadeiramente mais fraterna. E, neste sentido, brota-se como paradigma axiológico consentâneo com as aspirações sociais de boas relações e de convivência duradoura, ao lado da *boa-fé* e da *proteção da confiança*²⁰⁷,

²⁰⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. «Do princípio da 'objectividade' ao princípio da 'lealdade' do comportamento do ministério público no processo penal». *In Revista de Legislação e Jurisprudência*, a. 128, n. 3860, Coimbra, 1996, p. 349.

²⁰⁷ Cfr. CABANES, *op. cit.*, p. 373.

valores os quais já se encontram albergados, em alguma medida, pela ordem jurídica de inúmeros estados, a exemplo do Brasil e de Portugal.

A lealdade tende a tornar as intenções, ações e fins mais transparentes, aumentando o nível de confiança mútua e fazendo sobressair a estabilidade, a constância e a harmonia duradoura no âmbito das relações sociais. Daí decorre sua impressiva vocação para estabelecer a previsibilidade de comportamento, ao passo que faz transparecer a realidade que se espera, a verdade inerente aos fatos. Sem tal elemento ela mesma, a lealdade, perderia sua razão de ser.

É precisamente nesta senda de previsibilidade de comportamento e de legítimas expectativas que sobreleva o valor jurídico de certas premissas morais, à exemplo da lealdade. Alçada à condição de valor ético-jurídico, mostra-se capaz de revelar um imperativo de moralidade e atender adequadamente ao Princípio da Equidade, mormente quando aplicado ao processo.

A lealdade representa um valor fundamental comum ao direito e a moral. Embora se constitua, originalmente, um preceito moral, encontra-se apta a se apresentar como vetor prático, inserto na cultura da humanidade, capaz de moldar a própria evolução do direito. Ross dá notas dessa relação intrincada entre o direito e os preceitos morais, posto que possuem base comum e estabelecem continuamente uma cooperação recíproca²⁰⁸.

E, assim, a previsibilidade do comportamento se insere numa aspiração nitidamente democrática que é a de segurança jurídica. É de se lembrar que ínsita à ideia de direito, como condição que se lhe afigura indissociável, está a segurança²⁰⁹, tida como valor fundamental²¹⁰ de qualquer ordem jurídica de um Estado democrático de direito. Sem um mínimo de previsibilidade das ações humanas seria impossível falar sequer de uma ordem que fosse jurídica.²¹¹

2.2.2. O princípio da lealdade processual

²⁰⁸ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2000, p. 89.

²⁰⁹ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 159 a 162.

²¹⁰ PERELMAN, *op. cit. (Lógica)*, p. 117.

²¹¹ ROSS, *op. cit.*, p. 327.

A lealdade, numa acepção ampla, acaba se inserindo no universo jurídico, não ficando, porém, limitada unicamente aos procedimentos ou aos domínios do direito penal.²¹² Não constitui uma noção jurídica autônoma, sendo sobretudo de natureza essencialmente moral²¹³. No entanto, o fato de possuir tal natureza não a abstrai, por si só, de consideração no âmbito jurídico-normativo, sendo isto o que, de fato, tem ocorrido nos domínios do processo penal.

O princípio da lealdade processual nada mais é do que a aplicação concreta da lealdade, como valor ético-jurídico, ao processo. Procura-se, em certa medida, qualificar e estabelecer parâmetros de atuação estatal na prossecução de seus fins, mormente quanto à natureza da relação que se estabelece com o particular sujeito à jurisdição penal.

Julga-se que, no processo penal brasileiro, a lealdade processual se evidencia como decorrência direta do art. 565 do CPP, com uma noção vinculada à ideia de comportamento contraditório.²¹⁴ O dispositivo trata especificamente da vedação de arguição de nulidades no processo por quem a ela deu causa ou que para ela tenha concorrido, o que limita a sua consideração para outros âmbitos de aplicação.

Em Portugal, por sua vez, entende-se decorrer da proibição legal de meios enganosos de obtenção de prova, que se ampara na vedação constitucional de utilização de provas obtidas com ofensa à integridade moral da pessoa²¹⁵, ambos os dispositivos sem paralelo direto no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar disso, fato é que a lealdade processual pode decorrer legitimamente do princípio do processo equitativo, ao qual se encontram vinculadas as ordens jurídicas brasileiras e portuguesa, por convenções internacionais.²¹⁶ Assim, na mesma medida em que podem se utilizar do dispositivo para concretizar o princípio na ordem jurídica interna, por conta dele podem igualmente ser demandadas perante Cortes internacionais caso venham a descumpri-lo.

²¹² Reconhece-se aqui uma vocação expansiva própria da lealdade para ser objeto de consideração por inúmeros outros ramos do direito, situação sobre a qual já se tem alguma nota no âmbito do Direito do Trabalho, Administrativo e Societário.

²¹³ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. 6 ed. Lisboa: Verbo, 2010, p. 80.

²¹⁴ Neste sentido, ver acórdão do STJ (BRASIL. STJ. HC 334.626 SP, 5a. Turma, julgado em 05.05.2016, publicado no Dje 16.05.2016). *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência*.

²¹⁵ Cfr. artigo 32º/8 da Constituição portuguesa e o artigo 126º/2, a, do Código de Processo Penal

²¹⁶ Cfr., *supra*, Seção 2.1.1.

Figueiredo Dias afirma que o princípio da lealdade no âmbito do processo penal tem sido reputado como essencial à atuação do Ministério Público, mormente em sistemas em que a sua atuação não é orientada pela parcialidade, mas orientada por um dever de objetividade processual.²¹⁷

E, assim, apesar de decorrer de pressupostos morais insertos no âmbito do processo equitativo, o princípio da lealdade não resulta apenas numa *atitude moral geral evanescente*, mas se exprime por meio de concretas formas de atuação²¹⁸. Germano Marques da Silva indica que a lealdade processual traduz uma maneira de ser da investigação e da obtenção das provas com o respeito dos direitos da pessoa e da dignidade humana.²¹⁹

Ante o exposto e tendo por perspectiva a provocação ao delito, tem-se que a lealdade processual, por sua própria natureza, é o princípio de justiça que melhor se apresenta para fornecer os contornos jurídicos concretos de tratamento da responsabilidade do provocado. E tal visão se torna potencialmente relevante quando se percebe, no Brasil, a ausência de ponderação neste sentido ou a inexistência de dispositivos legais que estabelecem a não punibilidade do provocado ou a inadmissibilidade de provas obtidas no âmbito da provocação; e, em Portugal, quando se verifica a inviabilidade de fazer com que a proibição constante no CPP português acerca dos métodos enganosos alcance a generalidade dos mesmos²²⁰, para o que se exige a definição de critérios.

A previsibilidade ínsita à lealdade processual e que estaria em causa no âmbito da provocação diz respeito também às finalidades perseguidas pelos agentes de autoridade. A finalidade de persecução penal no âmbito da provocação é mediata, ulterior e vinculada ao sucesso da própria provocação. Persegue-se de modo imediato uma finalidade que não se compatibiliza com as finalidades próprias de um processo penal e, por isso mesmo, estaria num primeiro instante a violar a lealdade processual. Ocorre que não basta apenas a verificação na hipótese de uma manobra potencialmente violadora do princípio, impende que outros planos de análise sejam realizados, consoante o que segue.

²¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* (*Do princípio da.....*), p. 344.

²¹⁸ *Idem*, p. 349.

²¹⁹ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. 6 ed. Lisboa: Verbo, 2010, p. 80.

²²⁰ ANDRADE, *op. cit.* (*Sobre as proibições.....*), p. 235.

CAPÍTULO III - A LEALDADE PROCESSUAL E A PROVOCAÇÃO

3.1. Os planos de análise reveladores do descumprimento do princípio

Ante tudo o que foi o exposto até aqui, julga-se plenamente possível que haja uma abordagem mais concreta ou imediata da lealdade processual com relação à provocação ao delito, focando para tanto a constituição do conjunto probatório que existe contra o arguido. Nesta Seção, então, preocupa-se em delinear o modo concreto com que tal princípio parametriza o tratamento das ações encobertas, fazendo revelar dentre elas a provocação ao delito como conduta desleal e inadmissível num Estado Democrático de Direito, do que decorrerá a inevitável invalidação das provas por meio dela obtidas.

É claro que pretensão neste sentido sugere mesmo a possibilidade de haver algumas formas de atuação dos agentes de polícia que, embora estivessem a indicar condutas que em certa medida se afiguram moralmente reprimíveis, não conduzirão necessariamente à invalidação das provas obtidas no âmbito da provocação. A violação do princípio da lealdade processual exige uma série de afirmações de ordem prática que se ausentes ou forem negadas no caso concreto garantem a integridade daquele premissa moral.

Disso se conclui que as provas obtidas em decorrência de algum método enganoso poderiam ser admitidas, sendo, portanto, consideradas válidas para formar convicção contra o sujeito «incitado», caso não restasse violado o princípio da lealdade processual. Dito de outra forma, nem todo incitamento, em sentido amplo, constitui verdadeiramente uma provocação ao delito inadmissível segundo a presente concepção de lealdade processual. A inadmissibilidade das provas estaria inserida num contexto de efetiva contribuição da ação provocatória na conduta do autor do ilícito.

A lealdade, por ilação natural, não possui sentido algum se não estiver inserida no âmbito de específicas relações sociais, nas quais há a expectativa de um certo, e não um qualquer, comportamento. Apesar de ela estar sujeita a certo grau de abstração, por se revelar princípio ético e de se apresentar como exigência contínua, alcança significado no âmbito de relações concretas entre dois ou mais sujeitos, sempre tendo por referencial

ações específicas que vão determinar em que medida está sendo cumprido o referencial ético.

E a ação provocatória é voltada, em termos semelhantes, para um específico comportamento criminoso. Estes aspectos - ação provocatória e o comportamento criminoso visado - não de constituir, portanto, os parâmetros centrais de análise quanto ao atendimento do princípio da lealdade processual, sem descurar da vinculação necessária entre ambos. Assim, descabe a análise da situação por um critério objetivo, em que se foca a atuação do agente, buscando saber se efetivamente cumpriu com regras mínimas de conduta ética,²²¹ importando discernir o grau de envolvimento na situação de eventual conduta antiética praticada.

O foco na atuação do agente é o que acontece, à título ilustrativo, com a *Entrapment Defense*, em sua vertente objetiva, onde as táticas policiais assumem papel destacado na análise. Nesta, a recusa em se condenar não é baseado no fato de o arguido não ter cometido a ofensa, mas simplesmente porque os métodos empregados para conduzir a uma tal convicção não podem ser tolerados, na medida em que violam padrões vindicados de justiça^{222, 223}.

Não se afirma aqui que a conduta do agente de autoridade que provoca o crime não seja censurável, tampouco se nega a necessidade de reprimi-la de todas as maneiras possíveis, independentemente de sua repercussão que venha a ter na validade das provas. Apenas se diz que a conduta do agente não pode ser o único elemento a se considerar na avaliação da lealdade processual.

É claro que na *Entrapment Defense* objetiva havia a necessidade de analisar um qualquer sinal de predisposição do indivíduo.²²⁴ Entretanto, até mesmo esta predisposição

²²¹ MELO JUSTO, Ana Rita de. *Proibição da Prova em Processo Penal. Agente Provocador*. RPCC, ano 16, n. 3, jul-set 2006, Coimbra, p. 506.

²²² COWEN, *op. cit.*, p. 448.

²²³ A análise a respeito da conduta do agente seria feita a partir da provável resposta de uma pessoa hipotética comum, o homem-médio. O *subjective test* varia, no entanto, conforme o estado de espírito de cada arguido e não estabelece padrões gerais do que se afigura admissível no âmbito da atividade policial. (KLEVEN, Paul. *People v. Barraza: California's Latest Attempt to Accommodate an Objective Theory of Entrapment*. In *California Law Review*. V. 68, i. 4, n. 7, 1980, p. 746. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2274&context=californialawreview>).

²²⁴ Para uma abordagem sobre a *Entrapment Defense*, ver, *supra*, Seção 1.2.2. Convém aqui apenas ressaltar que até mesmo quando o aspecto subjetivo - a predisposição - é valorado em detrimento do aspecto objetivo - a atuação do agente - como ocorre numa vertente subjetiva da *Entrapment Defense*, permanecem válidas as colocações feitas.

se afigura prescindível de análise no âmbito da lealdade processual, ao passo que depreciaria o seu valor moral, tendo em vista sua contingência e incapacidade de generalização.²²⁵ Além do que, há alguns critérios inerentes àquela medida processual que, por vezes, revelam ser em certas ocasiões de legitimidade duvidosa, como ocorre com a *propensão criminosa*.²²⁶

Numa primeira percepção, pode-se imaginar que a provocação ao delito força a que o provocado aja contra a sua vontade ou que revela uma vontade que se formou viciadamente.²²⁷ Entretanto, cabe sobre este aspecto uma colocação. Não se acredita possível afirmar que a provocação ao delito simplesmente não permitiu uma formação autônoma da vontade no provocado. Se o sentido que se deseja conferir ao termo autonomia equivale ao de liberdade, relacionado ao fato de que o provocado teve sua liberdade de decisão restringida em função da manobra utilizada pelo provocador, entende-se que tal não se verifica suficiente.

Isso porque a provocação *grosso modo* não passa de uma influência externa que guia o comportamento de outrem, não sendo, no entanto, uma realidade estranha a qualquer tipo de delito, no qual os interesses, sugestões e desejos comprimem, como algo natural, uma certa ideia de livre decisão ou vontade do indivíduo.²²⁸ O delito, na esteira do que afirma Welzel, não pressupõe uma decisão que decorra de uma vontade totalmente livre, mas que é influenciada também pela disposição do mundo circundante.²²⁹

É de se ver que não são causas cegas - no sentido de basta a provocação ao delito - para determinar os passos de um pensamento, posto que este determina a si mesmo de acordo com o conteúdo lógico-objetivo dos fatos que integram o ilícito típico e que se encontram à vista.²³⁰ Neste sentido, a liberdade de vontade está associada à capacidade de

²²⁵ Acerca do valor moral da premissa que materializa o princípio do processo equitativo, ver, *supra*, Seção 2.1.2.

²²⁶ Há na jurisprudência norte-americana diferentes critérios para se indicar a predisposição ou não ao crime no âmbito da *Entrapment Defense*. Citam-se, como exemplos, a reação do arguido ao induzimento (*United States v. Alston*, 895 F.2d 1362, 11th Cir., 1990); a habilidade para realizar atos criminosos (*United States v. Gunter* 741.F2d.151, 7th Cir. 1984); ou a propensão criminosa (*United States v. Burkley*, 591 F.2d 903, D.C. Cir. 1978). *Endereços eletrônicos dos julgados em lista de Jurisprudência*.

²²⁷ COSTA, *op. cit.*, p. 169.

²²⁸ A liberdade não existe se a vontade é guiada por intenções, interesses ou desejos (Cfr. KANT, *op. cit.*, p. 16).

²²⁹ WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 144/145.

²³⁰ *Idem*, p. 142.

poder reger-se conforme o sentido, conforme o conhecimento que se tem das coisas²³¹, da compreensão que se tem dos fatos que constituem o tipo, o que ocorre plenamente, em nosso entender, com o sujeito que é incitado a cometer um delito.

A ideia de controle sobre o fato criminoso ou a de favorecimento dos participantes não comprimem a liberdade de vontade a ponto de retirar deles seu poder de autodeterminação e disso não se difere a provocação ao delito.

Diante disso, ousa-se discordar de entendimentos orientados a afastar a responsabilidade criminal do provocado assentados numa ideia de coação moral. A *contrainté morale*, que se originou no âmbito da jurisprudência francesa como enquadramento sistemático conducente à não punibilidade do provocado²³², se verifica diante de uma pressão persistente e suficientemente direta para remover do acusado sua liberdade de espírito ou de vontade, constituindo uma força irresistível, o que poderia estar a ocorrer com o provocado no âmbito da provocação²³³.

Assim, tem-se que no âmbito da provocação ao delito o provocado ainda persiste com liberdade de escolha acerca da realização típica²³⁴. Ainda que se afirmasse um estado qualquer de inferioridade psicológica do provocado, em função de seu déficit de instrução, da falta de desenvolvimento social adequado ou de algum outro motivo, difícil era para a jurisprudência afastar a responsabilidade de quem agiu com liberdade de vontade e reflexão suficiente.²³⁵

Não obstante, na provocação, nos termos até aqui colocados, não há verdadeiramente uma força que seja invencível ou irresistível a fim de afastar a responsabilidade do provocado fundado numa tal razão.

No que toca, ainda, ao entendimento de que a provocação prejudica a liberdade de vontade, cumpre realizar breve análise do que fora previsto legalmente pelo legislador português acerca dos métodos enganosos de prova. Poder-se-ia imaginar que o legislador

²³¹ *Idem*, p. 143.

²³² MEIREIS, *op. cit.*, p. 90.

²³³ MERLE; VITU, *op. cit.*, p. 784/786. Em igual sentido, DESPORTES; GUNEHEC, *op. cit.*, p. 637. Cfr. abordagem realizada, *supra*, na Seção 1.2.1.

²³⁴ Neste sentido, MERLE; VITU, *op. cit.*, p. 784.

²³⁵ MAGLIE, *op. cit.*, p. 34.

ordinário português ao inserir, no artigo 126º do CPP, o método enganoso como meio de se perturbar a liberdade de vontade ou de decisão, teria solucionado totalmente a questão.

É verdade que o legislador ordinário procurou densificar o conteúdo da integridade moral enunciando meios inadmissíveis de obtenção de prova. Entretanto, ao que parece, não se confinou todo engano à categoria dos meios que perturbam a liberdade de vontade. Vê-se que as alíneas *b* (perturbação da capacidade de memória ou de avaliação) e *e* (promessa de vantagem legalmente inadmissível) comportam, igualmente, o engano.

Além disso, os demais meios de obtenção, fornecidos pelo legislador ordinário, na alínea *a* (*maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis*) indicam uma intromissão mais invasiva na liberdade individual, capaz de forçar o cedimento do indivíduo, situação esta que pode servir de elemento interpretativo para o método enganoso ao qual se refere mencionada alínea.

Julga-se, então, que a questão da invalidade das provas obtidas no âmbito da provocação ao delito remete de modo mais apropriado ao engano inerente à alínea *b* do artigo 126º, posto que a atuação do provocador perturba de fato a capacidade de avaliação do provocado quanto às condições de desenvolvimento do delito provocado, embora esteja este com sua liberdade de vontade ou de decisão íntegra. Não obstante, tem-se como extremamente útil a iniciativa do legislador ordinário português em densificar a ofensa à integridade moral, o que não encontra paralelo no direito brasileiro.

Assim, na provocação ao delito não se afigura primordial inquirir acerca da formação da vontade do autor do delito provocado, mas sim estabelecer a partir de que ponto a atuação do agente provocador transpõe a divisa do tolerável, do que se afigura admissível pela ordem jurídica, tendo por base a lealdade processual. É de se definir, portanto, quando a intervenção abusiva do Estado se afigura substancial na escolha pelo provocado dos rumos do seu próprio destino, maculando de modo irremediável a lealdade pressuposta na relação Estado e cidadão.

Vê-se que o agente provocador tem sido colocado por autores²³⁶ no âmbito da instigação, já que a subsunção ocorre quase que de maneira natural quando se trata de

²³⁶ Cfr. neste sentido JESCHECK; WEIGEND, *op. cit.*, p. 740; MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *op. cit.* (*Derecho Penal.....Vol. 2.....*), p. 446; FIGUEIREDO DIAS, *op.cit.* (*Direito Penal.....*), p. 812.

determinar outra pessoa à comissão de um delito. É claro que a instigação, como categoria distinta de outras formas de participação, não está a exaurir todas as situações de provocação ao delito.²³⁷ Entretanto, quando se restringe à instigação (ou indução) as atividades de provocação vincula-se quase que imediatamente com uma outra ideia, qual seja, a de criar a resolução criminosa no instigado.

E não sendo o alcance dos termos instigação e provocação totalmente coincidentes, não há como haver uma compatibilidade inicial deste conceito de determinação com um conceito amplo de provocação, enunciada por Manzini²³⁸, que alberga situações remissíveis a âmbitos de autoria, de instigação ou, até mesmo, de auxílio.²³⁹ A definição do critério capaz de indicar o que seja determinação deve ser compatível com o princípio da lealdade processual.

Pelo caráter multiforme da lealdade, que impede a indicação exaustiva de condutas positivas que nela se integram, em especial no âmbito das relações inerentes à provocação, opta-se por elucidar três planos de análise do princípio da lealdade processual. Cada dos planos é remissível a um específico elemento ou exigência para que se tenha por violado o referido princípio. Trata-se de um *plano de análise*, posto que inúmeras outras considerações deverão de ser feitas a par da verificação do elemento de que trata a hipótese.

Servindo-nos de perspectivas muito comuns no Direito Penal, tem-se que os planos ou, mais propriamente, os elementos se distinguem por sua natureza, sendo um de caráter objetivo; outro, subjetivo e o, terceiro, causal. O elemento de caráter objetivo remete à identificação nos fatos de uma conduta desleal que constitui um engano e de uma ação provocatória. O elemento subjetivo concerne ao tipo de representação que o agente provocador faz daquilo que provoca. E o elemento causal diz respeito à determinação na comissão do delito.

3.1.1. O plano objetivo de análise

²³⁷ Cfr. colocação neste sentido feita, *supra*, Seção 1.1.1.

²³⁸ Cfr., *supra*, Seção 1.1.1.

²³⁹ Apesar da referência à provocação como auxílio, feita apenas contextualizar o que foi dito, tem-se que dificilmente atenderá tais formas de incitamento violação da lealdade processual, tendo em vista os três planos de análise que serão expostos a seguir.

A atuação do agente provocador pode ser cindida em dois níveis de atividade. O primeiro relacionado com as estratégias utilizadas para viabilizar sua inserção no ambiente criminoso; e o segundo atinente à contribuição que fará para a comissão pelo provocado do crime que se está a perseguir. Do primeiro, ou seja, de uma conduta aparentemente desleal no âmbito das relações Estado - cidadão é que decorre o erro ou engano, mas é analisando o segundo nível que se faz o recorte das condutas enganosas que invalidam as provas. Fica evidente, portanto, a possibilidade de autonomização entre ação provocatória e o erro ou engano na provocação ao delito.

Ambas as atividades devem ser objeto de verificação neste plano de análise, embora possa acontecer de elas se confundirem em específicas situações, como a daquele que simula a aquisição de estupefaciente, as considerações feitas com relação à cada uma não são prejudicadas. Desse modo, deve ser objeto de constatação na situação não somente o erro ou engano que serviu para estabelecer a aproximação ou confiança, mas também a atividade provocatória, o incitamento, a influência exercida para a execução criminosa.

Quanto à atividade provocatória em si mesma, em que consiste ou quais aos modos de concretização no plano fático, reporta-se às Seções 1.1.1 e 1.2.1. Lembre-se apenas que, na ocasião, registrou-se a possibilidade de encerrar no âmbito da instigação ou do oferecimento de uma oportunidade todas as ações provocatórias. Entretanto, julga-se não ser correto a plena coincidência destas duas situações unicamente com as figuras da indução, na acepção jurídica do termo²⁴⁰, ou participação (auxílio): primeiro, porque não se equivalem totalmente os âmbitos da indução e da provocação ao delito; e segundo porque a criação de uma oportunidade para o delito também pode constituir, a depender das circunstância, modalidade de autoria delitiva.

Cumprido, no entanto, tecer algumas considerações adicionais acerca do engano ou erro no âmbito da provocação ao delito. A constatação deste erro ou engano produzido pela atuação do agente encoberto é de fundamental importância na análise posto que é ele que estabelece o ponto de contato com a lealdade processual.²⁴¹ E assim, embora já se tenha

²⁴⁰ Refere-se ao conteúdo próprio da indução, no âmbito da qual, consoante afirma a doutrina, deve-se criar no instigado ou induzido a resolução criminosa.

²⁴¹ Lembre-se que a deslealdade se manifesta pela distorção da realidade, de uma dissimulação, fingimento ou falsidade, integradores de um comportamento dobre. Exposição relacionada, *supra*, na Seção 2.2.

restringido o objeto de pesquisa somente na provocação por agente de autoridade, encontram-se, num primeiro instante, fora de considerações acerca da lealdade processual as condutas do informador, do denunciante anônimo ou do arrependido²⁴², já que nestes não se verifica o comportamento dobre que avilta a lealdade.

O engano constitui uma conduta geradora de uma inverdade, de um cenário que não corresponde a uma dada realidade e que pode estar amparada em fatos da vida ou somente no direito.²⁴³ No âmbito desta realidade é que se encontra a atuação do agente que se supõe de seus fins institucionais e que seja compatível com o Estado de Direito, a qual servirá de parâmetro para apurar se houve ou não desvios a padrões de constância, transparência e confiança. Tem-se, neste particular, que a falsidade ou a dissimulação levada a efeito pelo agente na investigação do delito, ferindo aqueles padrões, parece ser perfeitamente apreciável de um ponto de vista objetivo.

A atuação do provocador nada mais é do que um instrumento gerador do erro ou engano no provocado, capaz de estabelecer a aproximação e confiança. Não há, em verdade, uma distinção intrínseca entre erro ou engano, embora seja de reconhecer a utilidade dos esforços empreendidos por alguns, no sentido de estabelecer o engano como uma forma de erro qualificado, buscando trazer luz à distinção evocada, por exemplo, pelo legislador ordinário.²⁴⁴

É claro que o erro pode se referir a um procedimento errôneo ou incorreto, mas não é esta a aceção a que se refere no âmbito da provocação. Erro aqui é tomado como representação intrinsecamente indistinta daquela existente no crime de estelionato ou burla. Trata-se, então, de uma representação mental que não corresponde à realidade²⁴⁵, uma suposição falsa obtida a partir da simulação ou dissimulação de fatos²⁴⁶.

Sob esta perspectiva, o erro sempre será um processo mental, de caráter endógeno. Haverá, no entanto, diferença na origem desse processo mental, cujo desenvolvimento

²⁴² As situações foram objeto de consideração, *supra*, na Seção 1.1.1.

²⁴³ À propósito engano estar amparado em fatos ou no direito, AIRES DE SOUSA, *op. cit.* (*Agent Provocateur.....*), p. 1219.

²⁴⁴ Cfr. AIRES DE SOUSA, *op. cit.* (*Agent Provocateur.....*), p. 1219. O Código de Processo Penal português alude apenas ao engano como método proibido de prova, mas se refere a erro e engano como meios de fraude (artigo 217º do Código Penal), exigindo, por vezes, a dita distinção.

²⁴⁵ RUS, J. J. González. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. Vol 2 (Delitos contra la propiedad). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992, p. 372.

²⁴⁶ CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho penal: parte especial*. 20 ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 2015, p. 372.

pode ocorrer a partir de uma camuflagem da realidade externa ou pela simples mentira, trabalhando apenas na psique do indivíduo,²⁴⁷ ambas integradoras de uma ação provocatória.

De modo a reforçar o que foi exposto, na seção anterior, à propósito de ausência de perturbação à livre vontade, não há também por conta do erro gerado pelo provocador propriamente uma má formação da vontade do indivíduo incitado ao delito. Julga-se que que a exigência de manifestação de uma vontade esclarecida, como expressão de autodeterminação do indivíduo, não se encontra aqui em causa.

O erro ou engano gerado pela provocação não a prejudica, posto que a simulação ou dissimulação criada é totalmente alheia ao alcance típico do crime; diz respeito à condição de um indivíduo e não propriamente à execução criminosa ou aos elementos próprios do tipo, no que repousa o caráter decisório do indivíduo. O erro não está em *ser instigado* para um certo delito, mas em achar que a pessoa que instiga é de confiança ou que ela comunga dos mesmos interesses.

Dessa forma, não se está rigorosamente diante de um vício *de* vontade, como ocorre no erro de direito, no qual as próprias circunstâncias inerentes àquilo que o indivíduo fará ou deixará de fazer constituem objeto de deturpação. Julga-se que o erro neste caso integra o próprio *facere*, enquanto que na provocação ao delito a suposição errônea dele se desvincula, porquanto anterior ou alheia. Presente está, sim, na provocação uma representação falsa da realidade que repercute *sobre* a vontade.

Assim, longe está de solucionar a questão da provocação ao delito o disposto no art. 20, § 2º, do Código Penal brasileiro, cujo alcance é muito mais restrito do que o previsto no art. 26º do Código Penal português, que trata de instigação como categoria de autoria, não se referindo apenas a casos de uma específica modalidade de erro.

A norma brasileira estabelece que «*responde pelo crime o terceiro que determina o erro*», o que sugere a possibilidade inicial de sua aplicação à provocação ao delito. Entretanto, a localização do dispositivo - parágrafo do artigo 20 - vincula seu conteúdo ao do *caput* do artigo. E, assim sendo, o dispositivo não poderia reunir os casos de

²⁴⁷ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 199.

provocação, tendo em vista a natureza intrinsecamente distinta entre o erro a que se refere o dispositivo, que incide sobre os elementos típicos²⁴⁸, e o erro no âmbito da provocação.

Tal entendimento ganha reforço quando se percebe que os casos subsumíveis ao dispositivo constante do ordenamento brasileiro se constituem basicamente de fatos nos quais o sujeito que praticou o delito não representava efetivamente o ilícito que estava a executar ou, quando representava, o fazia em relação a um delito menos grave, situações estas que não se coadunam com a provocação ao delito.²⁴⁹

Dessa forma, o presente plano de avaliação converge para a demonstração de uma ação enganosa que ensejou a aproximação ou confiança, e que avilta a lealdade processual, mas também de uma ação provocatória que no âmbito daquele erro foi realizada que ensejou a prática delituosa por outra pessoa. Assim, julga-se impróprio perquirir sobre a causalidade do engano na comissão do delito²⁵⁰, posto que a relevância causal se encontra não no engano, mas na contribuição do provocador no desenvolvimento do delito.

O *método enganoso de obtenção de prova* se refere, portanto, ao elemento probatório colhido enquanto incidia o erro ou engano sobre o indivíduo que se provocou ou que se deseja provocar. Entretanto, não se trata de alcançar todo elemento de prova, mas somente aquele que procura demonstrar especificamente o delito para o qual o sujeito foi provocado, o que remete a considerações integrantes de um segundo plano de análise, o subjetivo. Mas também não é todo método enganoso de obtenção de prova que é recusado num contexto de lealdade processual²⁵¹, o que leva à análise de um plano causal.

3.1.2. O plano subjetivo de análise

²⁴⁸ À propósito do erro de tipo incidir sobre elementos típicos do crime, ver CONDE, Francisco Muñoz; e ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho Penal: Parte General*. 6 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 275.

²⁴⁹ É o caso do médico que troca remédio por veneno e solicita a enfermeira para que administre o suposto remédio no paciente (desafeto do médico); ou quando A entrega uma arma a B, dizendo estar descarregada, e o convence a assustar C, disparando a arma supostamente vazia contra C, mas ao fazê-lo expede projétil que o mata (BUSATO, *op. cit.*, p. 653).

²⁵⁰ Tratando a respeito de uma causalidade do engano, MEIREIS, *op. cit.*, p. 213/214.

²⁵¹ Entendendo que os métodos proibidos de obtenção de prova não está a alcançar a generalidade dos meios enganosos, ver COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 229.

Toma-se aqui como objeto de análise a representação feita pelo provocador quanto ao fim imediato da ação provocatória, consubstanciada na ação criminosa do provocado. Isso porque não se provoca para qualquer crime, mas para um específico ilícito típico. A questão aqui não diz respeito ao tipo de representação, se culposa ou dolosa, posto que o provocador age conhecendo todos os elementos do ilícito típico, posto que se afigura o pressuposto de sua atuação. Representa e atua com uma vontade dirigida ao desenvolvimento, ainda que em parte, de uma determinada atividade criminosa da parte do provocado, pelo que somente pode ser dolosa.

Em verdade, o dolo do provocador enuncia um juízo de desvalor²⁵² a respeito não só de sua própria conduta em instigar ou colaborar alguém à prática de um delito, mas também em relação ao bem jurídico tutelado que a conduta do sujeito provocado pode violar.²⁵³

Vê-se, então, que o fim relacionado com a imposição de castigo (no que se insere o de deter ou de apenas levar a julgamento), entendido como fim mediato na provocação, não integra o dolo do agente, posto que se afigura finalidade totalmente estranha à configuração do delito. Germano Marques da Silva afirma que tais fins perseguidos pelo agente policial nada tem a ver com o dolo.²⁵⁴

Em verdade, tal situação somente expõe uma questão que noutro tempo foi muito debatida, qual seja, o limite de separação dos elementos subjetivos do tipo para os elementos de culpabilidade. O juízo socialmente desvalioso de uma conduta não estabelece distinção entre injusto e culpabilidade, sendo que a delimitação se encontra no fato de que os elementos do tipo ou que dizem respeito ao injusto possuem como referência o tipo penal ou ao bem jurídico que visa proteger.²⁵⁵ Assim ocorre com o agente provocador, que expressa um juízo de desvalor relacionado primordialmente ao tipo objetivo.

Dessa forma, tudo o que for estranho ao tipo objetivo há de ser considerado como elemento de culpabilidade, à exemplo dos motivos, sentimentos, atitudes internas e das

²⁵² BUSATO, *op. cit.*, p. 396

²⁵³ Cfr. JESCHECK;WEIGEND, *op. cit.*, p. 740.

²⁵⁴ SILVA, *op. cit. (Direito Penal.....)*, p. 371. Neste mesmo sentido, também, FLORIAN *apud* MEIREIS, *op. cit.*, p. 41.

²⁵⁵ ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte general*. Tomo I. 2 ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña *et. al.*. Madrid: Civitas, 1997, p. 311/312.

agravantes de um modo geral.²⁵⁶ A finalidade ou a razão primeira da atuação do provocador, voltada à detenção ou julgamento do provocado, não integra de modo algum a representação que faz para a constituição do dolo do tipo. Figueiredo Dias mesmo ressalta que as motivações serão relevantes para outros efeitos, como a de culpa ou de medida de pena, mas não para a qualificação do dolo do tipo.²⁵⁷

Não há como negar aquele referido desvalor social da conduta provocatória ainda que suscitando um caráter qualquer de nobreza da pretensão de se retirar das ruas os criminosos «habituais», assegurando conseqüentemente um grau mais elevado de segurança à população. O valor ou o desvalor, no caso, da conduta é dada por si mesma, por sua natureza, e não por qualquer fim outro, senão seria justificar os meios pelos fins.

Assim, a atuação do agente provocador somente poderá ser dolosa para ser considerado como tal²⁵⁸, sendo mesmo incompatível o atuar negligente com o conteúdo e fins da provocação ao delito.

A exigência do dolo na provocação não se restringe unicamente aos casos de instigação, mas é extensiva a qualquer colaboração que se insira no conceito de provocador. Isso porque a razão e o fim ínsitos à qualquer espécie de provocação, em sentido amplo, exigem do provocador a representação e a vontade do ilícito típico: as suspeitas da prática criminosa deve ter se constituído na razão de atuação do agente e, por isso, provoca o delito visando confirmá-las (representação); e o fim de perseguir o provocado pelo delito provocado exige uma vontade dirigida a, no mínimo, obter início de execução.²⁵⁹

Entretanto, há casos em que o provocador, apesar de representar o ilícito e apresentar uma vontade nesta direção procura adotar medidas para assegurar que, apesar da ação provocatória, o bem jurídico não seja lesionado. Em casos tais, julga-se inexistir

²⁵⁶ ROXIN, *op. cit.* (*Derecho penal.....*), p. 312.

²⁵⁷ DIAS, *op. cit.* (*Direito Penal.....*), p. 367.

²⁵⁸ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* (*Direito Penal.....*), p. 810. E especificamente quanto aos *agentes de manipulação*, de um modo geral, COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 233. Neste sentido, também, AIRES DE SOUSA, *op. cit.* (*Agent Provocateur.....*), p. 1226.

²⁵⁹ Já FIGUEIREDO DIAS entende que a exigência de dolo, no caso de instigação, decorre dos restritos limites que são conferidos ao termo, no sentido de produzir ou criar a decisão criminosa [*op. cit.* (*Direito Penal.....*), p. 810], o que talvez decorra, da outrora tratada, vinculação entre instigação e provocação.

espaço sequer para a sustentação do dolo eventual, já que não é representada nem a mera possibilidade de dano no bem jurídico tutelado.²⁶⁰

Nestas situações, o provocador representa e possui uma vontade dirigida à realização do tipo, mas sem aspirar a violação do bem jurídico. Nesta situação, então, apresenta-se o provocador seguro de que só chegará ao estágio da tentativa, o que poderia resultar, em tese, na possibilidade de punição por culpa²⁶¹, o que se julga ser incompatível com a provocação ao delito.

A adoção de medidas cautelares atrai outra grande discussão a respeito da inidoneidade da ação do provocado, num contexto de impossibilidade fática de consumação do delito. Isso porque não há que se analisar o dolo do instigador se o delito que se instiga é impossível ou, dito de outro modo, se o delito é impossível não há razão para se discutir eventual descumprimento do princípio da lealdade processual.

Assim, entende doutrina que em casos tais de adoção de medidas cautelares a ação do provocado seria enquadrada no chamado crime impossível ou tentativa inidônea²⁶², o que repercutiria na responsabilidade do provocador em função da neutralização do risco²⁶³. E, nesta senda, cumpre fazer algumas considerações, revolvendo-se de início uma já conhecida discussão a respeito da qualificação dos atos preparatórios e dos atos de execução de um crime.

A idoneidade do meio consiste precisamente na capacidade do instrumento ou ação empregados lesionar o bem jurídico²⁶⁴. Entretanto, a relevância da análise da idoneidade se vincula à concepção que se tem a respeito dos limites da tentativa (atos de

²⁶⁰ A punibilidade do dolo eventual se justifica pela consequência possível da conduta, o perigo ao bem jurídico tutelado [FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* (*Direito penal.....*), p. 368]; e MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. 1. 7 ed. Trad. Jorge Bofill Genzsch *et al.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 386. Entendendo ser possível a punição do provocador por dolo eventual de um modo geral, o que parece não excluir a hipótese em comento, SOUSA, *op. cit.*, p. 1227.

²⁶¹ A respeito da linha tênue que separa, de um modo geral, o dolo eventual da culpa (consciente), Cfr. PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 245.

²⁶² Enunciando outros que o acompanham, MEIREIS, *op. cit.*, p. 57.

²⁶³ *Idem*, p. 57.

²⁶⁴ BUSATO, *op. cit.*, p. 682.

execução). Isso porque a depender da teoria que seja tomada em consideração²⁶⁵, pode-se afirmar a punibilidade de uma pessoa apesar da sua ação estar irremediavelmente fadada a não se consumir sendo o que ocorre com as teorias subjetivas por conta do desvalor da ação,²⁶⁶ que encerram um alargamento dos atos de execução e descuram, pois, da inidoneidade do meio.

Assim, a análise de (in)idoneidade do meio dependeria da forma como os diversos ordenamentos jurídicos tratam a tentativa²⁶⁷, no que diz respeito tanto ao seu sentido como à sua punibilidade. No Brasil, tem-se por adotada a teoria objetiva, em que sobreleva o perigo ao bem jurídico, enquanto que a teoria da impressão parece ser a que mais se ajusta ao ordenamento jurídico português, que volta-se à confiança comunitária na norma.²⁶⁸ Naquele não se pune a tentativa inidônea ou impossível tendo por parâmetro na natureza do meio ou objeto²⁶⁹, sendo que, em Portugal, determina-se a punibilidade quando não é *manifesta* a inaptidão do meio.²⁷⁰

Cumprido ressaltar que as teorias alusivas ao início dos atos de execução só tem a capacidade de indicar a partir de quando se tornará punível a tentativa, o que poderá culminar na punibilidade de uma tentativa inidônea, como sucede em Espanha²⁷¹ e em Portugal. No entanto, é claro que a inidoneidade do meio ganhará realces próprios a depender dessa tomada de posição. No âmbito da teoria da impressão, pode adquirir relevância na definição do grau de culpabilidade ou medida da pena, enquanto que no âmbito da teoria objetiva, torna-se hábil de influir na própria tipicidade da conduta.

Embora a idoneidade do meio tenha repercussões próprias a depender da teoria relativa à tentativa que se adote, fato é que tal teoria não é capaz de definir ou indicar os

²⁶⁵ Segundo a *teoria formal objetiva*, a tentativa se inicia com a prática de atos que caem na alçada do tipo de ilícito; já a *teoria material objetiva* propugna o início da execução quando se acarreta um perigo imediato ao bem jurídico e, por fim, tem-se que as *teorias subjetivas* sobrelevam o desvalor da ação, remetendo a uma consideração subjetiva a respeito da qualidade ou intensidade da vontade [FIGUEIREDO DIAS, *op. cit. (Direito Penal.....)*, p. 696/700].

²⁶⁶ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit. (Direito Penal.....)*, p. 714.

²⁶⁷ AIRES DE SOUSA, *op. cit. (Agent Provocateur.....)*, p. 1227.

²⁶⁸ Pelo Brasil, NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte Geral e Parte Especial*. 52 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 312; e BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 72 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127. Por Portugal, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit. (Direito Penal.....)*, p. 715.

²⁶⁹ Entendendo que a inidoneidade é inerente ao meio ou objeto, HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal: Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940*. Vol. I. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 94/95.

²⁷⁰ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit. (Direito Penal.....)*, p. 716/718.

²⁷¹ Acerca do posicionamento doutrinário e jurisprudencial na Espanha, MEIREIS, *op. cit.*, p. 57.

critérios pelos quais será avaliado o caráter idôneo de um meio. É aqui, no entanto, que se acredita encontrar a grande desvinculação entre a provocação ao delito e o crime impossível, posto que a inidoneidade absoluta do meio ou da ação empregada é tão somente aquela que é inerente à própria ação, e não a que tenha sido determinada por causa estranha.

As medidas cautelares adotadas pelo provocador para que não se realize a consumação do delito nada mais são do que causas estranhas à ação propriamente dita do provocado. Hungria mesmo cita que a ineficácia absoluta do meio ocorre quando este, por sua própria essência ou natureza, é incapaz, por mais que se reitere o seu emprego, de produzir o evento lesivo ao bem jurídico²⁷², sendo admissível, no máximo, considerações acerca das condições pessoais da vítima para se aferir aquela idoneidade²⁷³.

Isso fica mais claro quando se analisa a idoneidade do meio quando inserida num contexto de tentativa. Nesta, há interrupção dos atos executórios por circunstâncias alheias à vontade do autor, mas sem que haja qualquer vínculo ou repercussão na caracterização da idoneidade do meio, que dependerá de avaliação própria.

O crime impossível está subordinado às regras de adequação típica²⁷⁴, no sentido de que há de atender às previsões estabelecidas em lei para a sua caracterização. Não se trata, portanto, de ineficácia absoluta do meio a adoção de cautelas pelo provocador, tampouco pode constituir forma não prevista de crime impossível. Ademais, essa é a conclusão a que se chega a partir do critério amplamente aceito de *prognose póstuma* para aferir a idoneidade lesiva ou perigosidade da ação, o que se faz a partir de um juízo realizado por um observador no momento da execução e de posse dos conhecimentos das circunstâncias que eventualmente dispunha o autor²⁷⁵.

É claro que tais teorias só adquirem relevância enquanto ainda não consumado o delito. Assim sendo, perdem utilidade nos casos em que a provocação ao delito efetivamente resulta lesão a bem jurídico penalmente tutelado, como ocorre nos crimes de consumação antecipada.

²⁷² HUNGRIA, *op. cit.*, p. 99. Neste mesmo sentido, de que a eficácia a ser aferida é inerente ao próprio meio, encontra-se também, TAVARES Osvaldo Hamilton. «Do Crime Impossível». In *Revista Justitia*. Ano XXXIV, vol. 78, São Paulo, 1972, p. 150.

²⁷³ Sobre a necessidade de analisar as condições pessoais da vítima, ver TAVARES, *op. cit.*, p. 158.

²⁷⁴ TAVARES, *op. cit.*, p. 150.

²⁷⁵ BUSATO, *op. cit.*, p. 683 e FIGUEIREDO DIAS, *op. cit. (Direito Penal.....)*, p. 716.

Cumpra, ademais, tecer uma última consideração acerca da ação dolosa do provocador. Tem-se que sua representação e vontade devem se verificar na realização do fato típico, do que, em princípio, não se tem dúvidas. A questão é que a conformação, no entanto, desta representação pode não se apresentar de modo perfeito com aquilo que o sujeito incitado vier efetivamente a praticar. E, dessa forma, surge o problema de saber a partir de que ponto poderia se ter como violado o princípio da lealdade processual.

Julga-se que se o incitado vier a praticar ilícito, ainda que em *razão* da ação provocatória, mas que vai além da representação feita pelo provocador, em qualidade ou quantidade (se possível a quantificação do objeto do crime), não se deve ter por violado o princípio da lealdade. Embora seja possível a constatação na situação de uma conduta inapropriada da parte do agente do Estado, o «excesso» praticado pelo incitado sobreleva o seu próprio dolo e totalmente desvinculado de uma ação externa da parte do Estado. Não há violação da lealdade processual e, neste sentido, não devem ser invalidadas as provas colhidas pelo agente da polícia contra o sujeito «incitado».

No entanto, a solução parece ser outra se a conduta que vier a ser praticada pelo incitado simplesmente corresponder de modo integral à representação e vontade do provocador, ou seja, se aquilo que este desejou efetivamente aconteceu; ou até se sucedeu delito menos grave, tanto qualitativa quanto quantitativamente. Nestas situações, não há como negar a patente violação do princípio da lealdade, no caso de estarem presentes os elementos objetivo e causal dos quais se discute nesta Seção.²⁷⁶

Sob a perspectiva até agora demonstrada, uma última consideração há de ser feita quanto ao crime específico de tráfico de estupefacientes, o qual se afigura como delito de ação múltipla. Não se deve entender que o dolo do provocador somente se circunscreve a uma das ações descritas no tipo e não ao delito como um todo. Isso porque, embora esteja a indicar a possibilidade de incidência por variadas ações, trata-se de um delito único. As ações nucleares do tipo constituem, em verdade, partes de um processo estabelecido para viabilizar uma única atividade ao final, qual seja, a circulação da droga, cujo impedimento se insere no fim último da proibição.

²⁷⁶ Observa-se algo neste sentido em Acórdão do TEDH, no caso Teixeira de Castro v. Portugal (mais detidamente tratado na Seção 3.2.3), quando realça o fato de que o Sr. Teixeira de Castro no momento de sua detenção não se encontrava «na posse de mais droga do que aquela encomendada pelos agentes policiais» (§ 36°).

Não se julga correto, neste sentido, entender que pelo fato de a provocação ter sido dirigida para evidenciar tão somente o comércio do estupefaciente, torna-se possível a punibilidade do agente por sua disponibilidade anterior (posse)²⁷⁷, sendo ambas as condutas constituintes do tipo penal. Primordial em situações tais é analisar as circunstâncias do caso concreto, para atestar ou não a presença de elemento, no plano causal, que viole a lealdade processual.

3.1.3. O plano da conexão causal

No âmbito deste plano de análise, remete-se à exigência de saber se a ação provocatória foi efetivamente capaz de produzir a realização típica pelo provocado. A partir da verificação deste elemento, estabelece-se um recorte nas colaborações que ordinariamente incluem-se no universo da provocação ao delito, em sentido lato²⁷⁸, haja vista que não basta a constatação de uma ação provocatória realizada no âmbito de um erro provocado, tampouco se verifica suficiente a identificação do dolo do provocador e a conseqüente conformação com a realização típica. Faz-se necessário, sobretudo, o estabelecimento do vínculo necessário ambos.

Distancia-se aqui daqueles que argumentam a relevância de uma causalidade do engano ou erro produzido²⁷⁹, já que o engano ou erro, além de ser alheio à ação provocatória e ao alcance do tipo, só permite considerar o ponto de contato com a lealdade processual.

É comum, consoante tratado anteriormente²⁸⁰, a vinculação das noções de provocação com as de instigação (indução).²⁸¹ Nesta situação, torna-se evidente as remissões no sentido de que o provocador deve *determinar* a prática do ilícito em outrem. Cumpre assinalar, no entanto, que o conceito que doutrina confere ao termo *determinar* no

²⁷⁷ Este é o entendimento da jurisprudência brasileira, amparada na Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal. Análise detida da súmula é realizada, *infra*, na Seção 3.2.1.

²⁷⁸ Cfr. a respeito de uma noção ampla de agente provocador, ver, *supra*, Seção 1.1.1.

²⁷⁹ Neste sentido, MEIREIS, *op. cit.*, p. 213.

²⁸⁰ Cfr., *supra*, na Seção 1.1.1.

²⁸¹ A título de exemplos, citam-se FIGUEIREDO DIAS, *op. cit. (Direito Penal.....)*, p. 812; JESCHECK e WEIGEND, *op. cit.*, p. 739; MIR PUIG, *op. cit.*, 417; MAURACH, *op. cit.*, p. 444

campo da indução ou da instigação, conforme o referencial tomado²⁸², não soluciona a questão de saber aonde se encontra a divisa entre aquilo que é admitido ou não no âmbito da provocação ao delito.

Isso ocorre porque doutrina majoritária se inclina a entender que *determinar* nada mais representa do que um significativo linguístico para *criar a resolução delitiva* numa outra pessoa. Figueiredo Dias deixa isso claro ao afirmar que na figura do instigador²⁸³ se inclui unicamente quem produz ou cria de forma cabal no executor a decisão de atentar contra um certo bem jurídico-penal e, dessa forma, acaba por possuir tanto mais que autor mediato e co-autor o domínio da decisão.²⁸⁴ Assim, também, indicam Jescheck e Weigend, para quem o indutor é aquele que provoca a resolução delitiva, embora não toma parte no domínio do mesmo.²⁸⁵

Seguindo essa linha de raciocínio, entende tal doutrina que aquele que já se encontra resolvido em praticar um determinado delito (*omnimodo facturus*) não pode mais ser a ele determinado, posto que não é criada pelo instigador a resolução criminosa.²⁸⁶ De fato, se o agente de polícia cria a resolução delitiva no provocado está inequivocamente *determinando* a prática de um ilícito por outro. Entretanto, julga-se é possível determinar ainda que não crie a resolução criminosa.

O modelo subjetivo da *Entrapment Defense*²⁸⁷, dominante na jurisprudência americana, no que se inclui o *Federal Court*²⁸⁸, é sugestivo de tal entendimento. Vê-se que tal modelo se volta exclusivamente para a proteção do acusado de outra forma inocente reforçando a ideia do «*encouragement*»²⁸⁹, não se vinculando somente à noção de criação da resolução delitiva, como viria a ocorrer no modelo objetivo²⁹⁰.

²⁸² Cfr., *supra*, Nota 44.

²⁸³ A instigação aqui equivale à indução no Brasil e Alemanha. Cfr. elucidação a respeito à Nota 44.

²⁸⁴ FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* (*Direito Penal.....*), p. 799.

²⁸⁵ JESCHECK; WEIGEND, *op. cit.*, p. 739. Também neste sentido, MEZGER, *op. cit.*, p. 314; e MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *op. cit.* (*Derecho Penal.....Vol. 2.....*), p. 444.

²⁸⁶ Referindo-se à unanimidade da doutrina neste ponto em particular, basta ver FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* (*Direito Penal.....*), p. 800.

²⁸⁷ Para detalhes adicionais a respeito da *Entrapment Defense*, ver Seção 1.2.2.

²⁸⁸ *Idem*, p. 101.

²⁸⁹ *Idem*, p. 102.

²⁹⁰ MEIREIS, *op. cit.*, p. 104.

O caso *United States v. Twigg* é representativo de uma compreensão semelhante²⁹¹, tanto do ponto de vista fático (relativo à não criação da resolução criminosa) quanto teórico (relativo à ideia de reforço substancial). Os fatos²⁹² remetem a um colaborador das instâncias formais que contribui para a montagem de um laboratório de fabricação de metanfetaminas por alguns indivíduos que já estavam resolvidos quanto à prática do crime e já adotavam providências concretas naquele sentido.

O colaborador forneceu, na ocasião, por orientação de agentes da autoridade que controlavam a sua atuação, fenilacetone (P2P). O produto era indispensável e de difícil obtenção para o fabrico do entorpecente, tendo sido considerada como inaceitável provocação ao delito.

A partir do ilustrativo caso, vê-se que a instigação, com contornos próprios no Direito Penal, não está a exaurir as possibilidades da provocação ao delito: primeiro, porque pode haver casos de provocação não remissíveis à instigação/indução, mas a outras formas de participação criminosa, em especial em casos nos quais não se revela como autor intelectual do fato; e, segundo, porque a própria construção teórica da instigação pode não permite o encaixe perfeito da figura do provocador, já que a vontade na indução há de se voltar para a consumação da lesão típica do bem jurídico²⁹³, o que pode não ocorrer com o provocador, já que há situações em que sua vontade só alcança a fase de tentativa.²⁹⁴

Não obstante, o termo *determinação* parece se adequar a todos os casos de provocação, embora exija contornos jurídicos integradores da lealdade processual.

De um modo geral, *determinar* consiste no exercício de uma influência sobre a direção de algum comportamento de outra pessoa²⁹⁵. Não se afigura inerente ao seu significado a ideia de se criar uma vontade, podendo, no entanto, indicar exatamente o contrário, quando se reporta à noção de ocasionar, causar ou propor, igualmente inseridos no conteúdo semântico daquele termo. É claro que uma noção tão ampla de modo algum

²⁹¹ A ideia de semelhante aqui exposta, denotando ausência de plena coincidência, é porque se dispensou no caso a comprovação de uma predisposição do indivíduo, presente nos modelos subjetivo e objetivo, para se amparar unicamente na ação do agente estatal e na violação da lealdade substancial do processo. (MEIREIS, *op. cit.*, p. 106).

²⁹² Os fatos foram objeto de exposição por MEIREIS, *op. cit.*, p. 106.

²⁹³ MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *op. cit. (Derecho Penal..... Vol. 2.....)*, p. 443.

²⁹⁴ Ressaltando mesmo essa possibilidade, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit. (Direito Penal.....)*, p. 813.

²⁹⁵ MAURACH; GÖSSEL; ZIPF, *op. cit. (Derecho Penal..... Vol. 2.....)*, p. 437.

poderia vigorar para o fim de ensejar responsabilidade criminal, posto que uma tal imprecisão conceitual poderia dar ensejo a resultados completamente díspares de tratamento jurídico-penal.

Nesta linha, compreensível a adoção de um critério, como o que hoje vigora na doutrina, de modo a restringir o alcance da *determinação* quando se trata de instigação, confinando-o na criação de um propósito criminoso, sendo encontrado em alguns certa vinculação, inclusive, com o domínio ou controle do fato pelo instigador/indutor²⁹⁶. Quanto a este particular, há, no entanto, quem afirma que a caracterização do indutor prescinde de um domínio sobre o ilícito típico.²⁹⁷

Entretanto, a definição de *determinação* que se considera adequado no âmbito da provocação ao delito há de possuir certa vinculação à ideia de causalidade. Ainda que se faça necessário socorrer de algumas contribuições realizadas, neste campo, na dogmática jurídico-penal, cumpre-nos apenas esclarecer que a relação causal, que aqui se trata, desprende-se em certa medida daquela que se verifica necessária à imputação do resultado do delito ao seu autor.

Isso ocorre, porque se trata aqui de uma verificação causal a fim de identificar eventual violação do princípio da lealdade processual, com a consequente invalidação das provas existentes no processo contra o provocado, o que em tese parece não prejudicar as concepções que, de um modo geral, se tenha a respeito da causalidade no âmbito da imputação do resultado.

Analisa-se a efetiva capacidade de a ação provocatória do agente se revelar condição, por si só, do desenvolvimento de atos criminosos da parte do provocado, para o fim de analisar a admissibilidade do conjunto probatório que contra este existe. Somente nesta hipótese é que se acredita que estaria em causa a violação do princípio da lealdade processual, exigindo-se a invalidação das provas obtidas, já que seria posto em linha de confronto uma conduta estatal que teve repercussão direta e substancial na prática de um delito.

Julga-se, portanto, que será *determinante* a contribuição do agente de polícia na execução de um crime se a eliminação da ação provocatória implicar, do mesmo passo, que

²⁹⁶ *Idem*, p. 437; e FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 799/800.

²⁹⁷ JESCHECK e WEIGEND, *op. cit.*, p. 739.

se elimine a prática do ilícito provocado.²⁹⁸ Salienta-se que no âmbito da relação entre a provocação ao delito e a lealdade processual, não se busca conhecer todas as causas adequadas do resultado da lesão típica do bem jurídico a fim de determinar o alcance da responsabilidade penal.

Trata-se mesmo de um teste para verificar se uma específica ação se mostra imprescindível, essencial, do desenvolvimento dos autos criminosos pelo provocado. Apesar de se apresentar aqui um critério de supressão mental à semelhança do que existe na conhecida fórmula da *conditio sine qua non*, acredita-se não serem aplicáveis as mesmas problemáticas nela encontradas.²⁹⁹

Segundo a linha de raciocínio desenvolvida, seriam inviáveis de constituir violação ao princípio da lealdade processual os atos provocatórios, numa acepção ampla³⁰⁰, que fossem remissíveis a modalidades de participação delitiva. Seria o caso, portanto, da «provocação» inserta no mero açodamento ou no reforço moral do propósito criminoso de outro.³⁰¹

Neste universo de casos que não implicam violação do dito princípio, pode-se incluir também o instigador que é mero fornecedor da ocasião do delito, quando remissíveis a condições de tempo, lugar, disposição mental, por exemplo. No entanto, assim o deve ser não pelo fato de o sujeito instigado já se encontrar resolvido a cometer o delito, mas porque não se mostra uma contribuição efetiva sem a qual estaria garantida a não ocorrência do ilícito diante das circunstâncias do caso concreto. Se o indivíduo já estivesse resolvido a praticar o delito, talvez até com a adoção de inúmeras medidas preparatórias, a indicação pelo agente da «melhor» ocasião para o delito, passa a ser demasiada contingente e não verdadeiramente necessária para a sua realização.

Outra situação em que não se vislumbra a presença do elemento causal aqui referido envolve uma particularidade fática constituída pela simulação de aquisição de

²⁹⁸ Parafrazeiam-se palavras de percuciente elucidação, acerca do caráter negativo da teoria da equivalência das condições, apresentada por Susana AIRES DE SOUSA (*A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal. Contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 340).

²⁹⁹ Problemáticas estas que envolvem o regresso ao infinito das condições e a dificuldade de sua aplicação aos casos de causalidade virtual, dupla causalidade ou causalidade alternativa. Tais problemáticas são expostas por FIGUEIREDO DIAS em sua obra [*op. cit. (Direito Penal.....)*], p. 324/325].

³⁰⁰ Noção ampla de agente provocador foi enunciada por Manzini, exposta na Seção 1.1.1.

³⁰¹ Situações que integrariam, na visão de Figueiredo Dias, âmbito da instigação-auxílio, que seria modalidade de cumplicidade [FIGUEIREDO DIAS, *op. cit. (Direito Penal.....)*], p. 799].

estupefacientes (o *fictus emptor*) visando prender o traficante. Sabe-se que a simulação perpetrada pelo agente de polícia aqui se afigura a razão direta da venda da substância estupefaciente ou psicotrópica ilegal, o que implicará, neste específico modo de atuar do traficante (o comércio), uma provocação inaceitável segundo os termos até aqui aduzidos relativos ao princípio da lealdade processual.

A questão que remanesce é saber se o crime pela posse da droga, que precede ao comércio, poderá ser reprimido legitimamente ou se restará também alcançado pelos efeitos de uma eventual violação da lealdade processual. Com efeito, o delito de posse, anterior ao de comércio, não se encontra conexão causal que evidencie violação à lealdade. Entretanto, cumprirá analisar as circunstâncias do caso concreto a fim de verificar se a também a posse não decorreu do incitamento feito pela agente da polícia.³⁰² Situação hipotética e representativa do que se expõe ocorre quando no ato da simulação de compra, o traficante já se encontra com o produto disponível ao fornecimento, caso em que não há violação da lealdade, devendo o sujeito responder pelo delito de posse.

De tudo exposto, tem-se que a análise deste plano de causalidade, nas condições referidas, dispensa o recurso a qualquer aspecto indicativo da eventual predisposição ou inclinação do indivíduo ao delito. Desse modo, o fato de pretender justificar eventual provocação em face das suspeitas que imperavam contra o provocado, a evidência de certa habilidade do provocado quanto à obtenção do objeto do crime ou a sua proximidade criminosos conhecidos carecem de relevância para auferir se houve ou não violação à lealdade processual, segundo este plano de avaliação.

A lealdade processual se liga a uma exigência ética-jurídica na atuação de representantes do Estado e não a uma qualquer característica pessoal do indivíduo provocado. Neste específico aspecto, aproxima-se de uma particular feição da *Entrapment Defense*, que procura não se sujeitar à exigência de predisposição do indivíduo. No direito norte-americano, tal meio processual (atualmente conhecido por *due process defense*) implicava a desculpa do acusado em condutas particularmente indignas ou excessivas, posto que violava a lealdade substancial no processo e estabelecia uma intromissão intolerável na esfera privada dos cidadãos.³⁰³

³⁰² Uma reflexão a esse respeito é feita, *infra*, na Seção 3.2.3, ao analisar as premissas apresentadas pelo TEDH no caso *Teixeira de Castro v. Portugal*.

³⁰³ MEIREIS, *op. cit.*, p. 106.

3.2. A Lealdade Processual em planos concretos de aplicação

Nas seções que seguem, pretende-se examinar como três planos concretos de tratamento jurídico-penal analisam a provocação ao delito, eventualmente estabelecendo um posicionamento crítico próprio, além de procurar em certa medida compatibilizar tais concepções com os parâmetros expostos nas seções anteriores a respeito da caracterização de uma violação da lealdade processual no que concerne à atuação do provocado.

Algumas considerações que seguem já foram objeto de colocação ao longo da pesquisa, mas sem a amplitude que aqui se pretende alcançar.

3.2.1 Exame e crítica no tratamento jurídico-penal no Brasil

A Lei brasileira n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, incrementou o regime jurídico-processual penal aplicável no âmbito de organizações criminosas, revogando o regime instituído pela Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Pelo novo regime, as organizações criminosas restaram caracterizadas, principalmente, pelo número mínimo de pessoas envolvidas, pela estrutura ordenada e divisão de tarefas com o objetivo de praticar crimes.³⁰⁴

É no âmbito da referida lei que se encontram os instrumentos especiais de investigação, que representam um significativo avanço na luta contra a criminalidade. Talvez uma das medidas mais discutidas previstas na lei é a chamada infiltração de agentes, estratégia esta que passa a contar com um disciplinamento mais detido e consentâneo com a realidade dos agentes infiltrados no ambiente criminoso, já que passa a

³⁰⁴ Dispõe a Lei n. 12.850/2013: «Art. 1º - § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.»

ser prevista causa de exclusão de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa³⁰⁵, o que, por si só, já evidencia a possibilidade de uma atuação ativa do infiltrado.

Embora não se possa concluir que a provocação ao delito se constitui fenômeno de ocorrência confinada às organizações criminosas, é igualmente verdadeiro concluir que é nelas que encontra maior grau de «justificação», tendo em vista a necessidade de contenção de crimes especialmente graves que frequentemente são cometidos por organizações criminosas. Ainda assim nenhuma remissão foi feita à provocação ao delito, mesmo que fosse para reafirmar sua inadmissibilidade em qualquer hipótese ou sobre qual deveria ser o tratamento jurídico da prova em sede de processo penal, fazendo remanescer as discussões no âmbito substantivo e processual.

Mencionada lei, no entanto, não tratou de especificar quais as atividades que se inserem no âmbito da infiltração, contribuindo para a permanência da discussão a respeito da linha distintiva entre a atuação do provocador e a do infiltrado, já anteriormente tratada³⁰⁶, mormente quando se percebe pela literalidade da lei uma atuação ativa por parte do provocado. Exige-se apenas que seja considerada a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação (art. 13).

Não se conclui, por isso, que a provocação seja admitida na ordem jurídica brasileira. Consoante exposto³⁰⁷, o princípio do processo equitativo é assegurado aos acusados em geral, do que decorre o necessário respeito à lealdade processual, que se afigura obstáculo suficiente e eficaz à provocação que afronta as bases de um Estado Democrático de Direito. É claro que a compatibilização de ações provocatórias no âmbito da lealdade processual remete ao direito processual o tratamento jurídico-penal do provocado.

E, neste sentido, deduz-se que não há, de fato, dispositivo que determine expressamente a invalidação das provas obtidas por método enganoso, à exemplo da ordem jurídica portuguesa e no qual se insere a provocação ao delito. Não obstante, é plenamente possível estabelecer tal consequência, tendo em vista que o artigo 157 do Código de

³⁰⁵ Dispõe a Lei n. 12.850/2013: «Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.»

³⁰⁶ Cfr., *supra*, Seção 1.1.2

³⁰⁷ Cfr., *supra*, Seções 2.2.2 e 3.1

Processo Penal brasileiro, determina a inadmissibilidade de provas que violem normas constitucionais ou legais, sendo a lealdade processual, com as premissas já indicadas, decorrência direta da garantia de um processo equitativo, assegurado por convenções internacionais com aplicabilidade interna.

Não obstante, fato é que a provocação ao delito não tem merecido atenção detida por parte da doutrina, que praticamente se silenciou a respeito, principalmente após a consolidação de jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), conforme tratado mais abaixo. Não obstante, é na jurisprudência que se encontram algumas premissas básicas de tratamento da provocação ao delito, o que ocorria e ocorre primordialmente sob a denominação de *flagrante preparado*, termo que engloba primordialmente casos de simulação de aquisição de drogas por agentes policiais ou particulares sob seu controle ou supervisão (*fictus emptor*).³⁰⁸

Neste sentido, impende que se faça algumas considerações a respeito dessa «modalidade» de flagrante, que remete a uma ideia de preparação do fato delituoso pela polícia. Inicia-se, portanto, por abordar a questão terminológica. O termo *flagrante preparado*, apesar de tradicionalmente ser associado com a figura do agente provocador, não equivale, em conteúdo, à provocação ao delito. Ao que parece o fenômeno era tratado na primeira metade do século passado, nos poucos julgados que se tem conhecimento, sob a denominação de *flagrante provocado*.³⁰⁹

Atualmente no Brasil vige Súmula de Jurisprudência Predominante³¹⁰ do STF, publicada no dia 13 de dezembro de 1963, que coloca a questão da provocação ao delito no âmbito do crime impossível. Especifica, portanto, o enunciado da Súmula 145 daquela Corte que o «*não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a consumação do delito*». Visando extrair o alcance e o sentido do enunciado revolve-se a um dos principais julgados que lhe serviram de base.

³⁰⁸ Na jurisprudência recente não se noticiam casos de flagrante preparado que não sejam remissíveis à simulação de aquisição de drogas, muita embora se note que a jurisprudência brasileira da primeira metade do Séc. XX, indicava-se muitos casos de extorsão no âmbito da provocação ao delito, tidos, inclusive, como precedentes para a edição da Súmula da qual se trata a seguir.

³⁰⁹ Cfr. BRASIL. STF. RE 15.531, Pleno, julgado em 26.09.1949, publicado DJ de 19.09.1951. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência*.

³¹⁰ As súmulas de jurisprudência predominante constituem enunciados representativos do entendimento da Corte a respeito de determinado assunto. Estabelece o Regimento Interno do STF, que são aprovadas em sessão plenária por maioria absoluta dos membros da corte (Artigo 102). Embora não sejam dotadas de força vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, possuem forte poder de influência e orientação na judicatura de todo o país.

Trata-se do RE 15.531, cujo acórdão restou publicado no Diário de Justiça de 19.09.1951, recebendo, na ocasião, a seguinte ementa:

«Extorsão - flagrante provocado

- Se o patrimônio é simplesmente ameaçado, mas, devido às cautelas prévias de seu titular, não está sujeito a perigo, não ocorre crime de extorsão.

- Da provocação de uma tentativa impossível não deve resultar a condenação de seu autor.»

Passa-se a uma descrição resumida do caso. M., ex-funcionário de uma determinada Companhia, em abril de 1947, foi preso em flagrante delito quando procurou extorquir dinheiro da vítima I., que se afigurava diretor. A extorsão foi feita sob grave ameaça de divulgar à imprensa documentos desabonadores quanto à atividade da empresa. O arguido confessou o delito que lhe fora imputado, tendo sido absolvido em Primeiro Grau de Jurisdição, sob a alegação de que houve no caso crime putativo, mas restou condenado em Segundo Grau de Jurisdição, que não admitiu referida tese.

Consta que M. fora solicitado a manter entendimento pessoal com o diretor-presidente. Ao comparecer à sede da Companhia, já o aguardava o representante desta que, prevenido, com antecedência, fizera vir a uma sala contígua os agentes de polícia, que acompanharam o desenrolar da conversa, isso porque já que suspeitava das reais intenções do ex-funcionário. Na ocasião, M. constrangeu I. a lhe fornecer a quantia que dizia corresponder ao prejuízo sofrido por conta da rescisão do contrato de trabalho, para não prestar declarações afetando a idoneidade da empresa. E, assim, no momento em que recebia a quantia exigida, foi M. preso em flagrante delito pelos agentes policiais.

Firmou-se, então, o entendimento da Corte no processo *sub judice* de que o caso é de errônea suposição da possibilidade da consumação do delito, apoiando-se, para tanto, em doutrina italiana que fazia inserir numa ampla acepção de delito putativo o crime impossível³¹¹. Restou assente que a intervenção do agente de autoridade tornaria impossível o prejuízo ao patrimônio da Companhia, essencial para a consumação do crime de extorsão³¹².

³¹¹ O Acórdão faz menção expressa ao pensamento de Manzini, mas posicionamento idêntico encontra-se na obra de Néelson HUNGRIA (*op. cit.*, p. 104).

³¹² Embora hoje seja pacificado na doutrina e jurisprudência brasileiras, não havia consenso no passado quanto ao fato da extorsão (artigo 158 do Código Penal) ser crime formal ou material. Ao que parece o acórdão citado evidencia posição no sentido de que o crime seria material, na medida em que se exige o efetivo prejuízo ao patrimônio da vítima para a sua consumação. Hoje, no entanto, vige súmula de jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é crime formal (Súmula 96 do STJ).

Aparentemente, o juízo *ad quem* sobrelevou no caso da extorsão a inidoneidade da ação do provocado para lesionar o bem jurídico tutelado, já que não havia qualquer risco de prejuízo ao patrimônio do diretor-presidente da Companhia. Afastou-se, no caso, de uma ponderação a respeito da necessidade de o provocador criar ou não a resolução criminosa no caso concreto.

No caso, foi salientado também a ideia da suposta relevância da suposição errônea do agente para a solução da questão. Ocorre que, apesar de o engano se apresentar relevante para a caracterização de uma manobra que avilta a lealdade processual, a sua relevância no caso encontrava-se em linha de confronto com a proteção do particular contra abusos promovidos por agentes estatais.

Diante do fatos que ensejaram a decisão acima tratada e considerando outros julgados da época,³¹³ entende-se que a Súmula 145 do STF não tinha a pretensão de esgotar todos os casos de provocação ao delito, já que lhe é inerente a capacidade de tão somente reger situações que culminam concretamente na impossibilidade de consumação do delito, relacionado-se, intuitivamente, com a noção italiana de predisposição da força pública. Ocorre que a impossibilidade de consumação que atrairia a aplicação da súmula não acontece no crime de tráfico, onde se encontra a quase totalidade dos casos em que hoje é aplicado o enunciado por conta da presença do *fictus emptor*.

Não se aplica a tais casos, em que há de fato a consumação do delito³¹⁴, sequer a *ratio decidendi* levantada por ocasião do julgamento do RE 15.531, quando se afirmou existir naquela ocasião uma hipótese de crime de ensaio, em que só na aparência é que ocorre um crime exteriormente perfeito.³¹⁵ Nelson Hungria já alertava à época que se ocorresse efetiva lesão ou ameaça ao bem jurídico haveria crime autêntico.³¹⁶

A violação efetiva do bem jurídico *saúde pública*, em crimes de perigo abstrato, como ocorre no tráfico, afasta qualquer ideia de aparência ou de simples encenação. Neste sentido, a presença do *fictus emptor* em tal espécie de crime não suscita, em verdade,

³¹³ A par do acórdão já tratado, cita-se, à título de exemplo, BRASIL. STF.HC 38.758 GB, Pleno, julgado em 25/10/1961, publicado no DJ de 14/12/1961. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência*.

³¹⁴ Referindo-se ao fato de que a realização de qualquer das ações que integram o tipo penal do tráfico de estupefacientes viola o bem jurídico tutelado, ver MEIREIS, *op. cit.*, p. 67, que se ampara inclusive em doutrina italiana que onde provém a noção de predisposição da força pública.

³¹⁵ HUNGRIA, *op. cit.*, p. 106-107.

³¹⁶ *Idem*, p. 107.

hipótese de delito impossível, já que o flagrante ocorreu posteriormente à efetiva consumação. Trata a situação, no entanto, de verdadeira violação do princípio da lealdade processual a ensejar a consequente invalidação das provas obtidas no âmbito do método enganoso.³¹⁷

Ademais, até mesmo em delitos de consumação material, discutível se torna à remissão ao delito impossível, já que a impossibilidade concreta de consumação não decorre propriamente de inidoneidade do meio, por natureza ou essência, mas decorre sim de uma medida cautelar que lhe é totalmente estranha.³¹⁸ Ademais, a ausência de invalidação das provas que existem contra o incitado, com o seu consequente desentranhamento dos autos e eliminação³¹⁹, pode acontecer de ensejar ainda uma qualquer influência em outras atividades de investigação ou processos criminais em curso ou vindouros.

Ainda que não se considere suficiente o argumento no sentido de que as medidas cautelares nada tem a ver com a idoneidade do meio, interessa notar que as concepções que vigoravam quando da edição da Súmula 145 já parecem não se ajustar à realidade jurídica vigente.

Deduz-se que a jurisprudência à época aplicava um critério *ex post* de avaliação da idoneidade ou perigosidade da ação. No julgamento do RE 15.531 (citado), as razões de decidir se assentavam na impossibilidade concreta de a ação causar prejuízo material ao patrimônio da vítima. Entretanto, assim o fizeram não se apoiando nas circunstâncias cognoscíveis do autor no momento da ação ou na natureza do meio por ele utilizado, qual seja a extorsão, a partir de um observador colocado no lugar do autor. Pelo contrário, conduziram-se por circunstâncias que somente seriam passíveis de serem conhecidas numa avaliação *ex post*, à exemplo da eficácia das medidas cautelares adotadas, da manobra

³¹⁷ Cfr., *supra*, Seção 3.1.3, quando se faz ponderações acerca da lealdade processual e o delito de tráfico pelo comércio e posse de estupefacientes.

³¹⁸ Cfr., *supra*, Seção 3.1.2, acerca da inidoneidade do meio.

³¹⁹ Providências determinadas pelo artigo 157 e ss do CPP.

enganosa do provocador ou da suposição equivocada do provocado sobre a possibilidade de consumação.³²⁰

Entretanto, atualmente vigora a noção de que a idoneidade da conduta ou a sua perigosidade, a partir de uma concepção finalista da ação, decorre de um «juízo *ex ante*, um juízo de prognose póstuma,³²¹ isto é, um juízo levado a cabo por um observador colocado no momento da execução e sabedor de todas as circunstâncias ...» (g. A).^{322 323} E a solução alcançada pela prognose póstuma parece ser distinta daquela que se encontra consignada no enunciado de Súmula da Corte, haja vista que o sujeito incitado não conhece as medidas cautelares estabelecidas pelos agentes de autoridade.

Não obstante, a aplicação prática da Súmula e as conclusões que lhe seguem em julgamento, tem levantado uma outra questão igualmente relevante, qual seja, a responsabilidade criminal do sujeito incitado pelo delito de posse de estupefacientes, que precedeu nos fatos ao delito de comércio, o qual foi remetido à categoria de crime impossível. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem predominado neste sentido, afirmando a punibilidade pela posse, embora tenha sido impossível a consumação pelo comércio.³²⁴

³²⁰ Cfr. BRASIL. STF. HC 40.289 DF, Pleno, julgado em 27.11.1963, publicado no DJ de 17.12.1963. No acórdão foi referida a impossibilidade de o sujeito extorquido na ocasião tornar-se efetivamente vítima do delito, o que somente poderia ser deduzido *a posteriori* com a verificação da eficácia das medidas adotadas pelo provocador. Neste mesmo sentido, BRASIL. STF. HC 38.758 GB, Pleno, julgado em 25/10/1961, publicado no DJ de 14/12/1961. *Endereços eletrônicos dos julgados em lista de Jurisprudência*.

³²¹ Há quem indique que se trata a prognose póstuma de uma avaliação *ex post*, embora não no sentido aqui tratado. O parâmetro tomado no texto é a execução material do delito: a avaliação *ex ante* diz respeito ao juízo que se faz transportando-se para o momento anterior ou concomitante à execução do crime, já a *ex post* remete a uma avaliação que lhe é posterior. Entretanto, há quem estabeleça o parâmetro de distinção nas circunstâncias em que os fatos se desenvolveram, indicando que a consideração destas ocorre somente numa avaliação *ex post*, o que seria próprio da prognose póstuma (neste sentido, JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz e MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. «A Ausência de Vinculação entre a Espécie de Flagrante e o Crime Impossível». In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 23, n. 116, São Paulo, 2015, p. 85/86). Afora a questão terminológica, ambas as conclusões parecem convergir na necessidade de se avaliar a idoneidade segundo a realidade dos fatos anterior ou concomitante à execução do delito.

³²² FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* (*Direito Penal.....*), p. 716. Neste mesmo sentido, BUSATO, *op. cit.*, p. 683.

³²³ Os autores também se controvertem sobre a necessidade de uma prognose póstuma *objetiva* (a exemplo de JUNQUEIRA; MARQUES, *op. cit.*, p. 85/86) ou *subjetiva*, em que se consideram as circunstâncias conhecidas pelo agente [FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* (*Direito Penal.....*), p. 716; e BUSATO, *op. cit.*, p. 683]. Entretanto, com estes últimos ficamos, por duas razões: a primeira é que há que se fazer distinção da prognose póstuma própria da causalidade adequada, que há de ser objetiva [FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* (*Direito Penal.....*), p. 328], e a que é própria da avaliação de idoneidade, que há de ser subjetiva; e a segunda razão é que se assim não fosse estaríamos afastando os elementos subjetivos da avaliação da própria «tipicidade» da conduta, muito embora sejam elas que orientam a ação do indivíduo.

³²⁴ Cfr. neste sentido, BRASIL. STJ. HC 191.622 TO, 5a. turma, julgado em 05.02.2013, publicado no DJe 15.02.2013. O julgado faz menção a outros precedentes. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência*.

De modo a explicitar bem o entendimento do STJ, cita-se acórdão em *Habeas Corpus*, cujos fatos remetem a um indivíduo que fora incitado por um policial a vender drogas («pedras de craque») ao se fazer passar por um usuário. Restou assentado na ocasião que seria desnecessário verificar se houve ou não indução ao comércio de drogas, haja vista que «a tipificação delitiva com a prévia disponibilidade da droga, antes mesmo do contato com o agente para efetuar a entrega do material».³²⁵ Há decisões, no entanto, que chegam a afirmar categoricamente a presença do agente provocador nos fatos, mas se afirma a punibilidade nos termos já aduzidos³²⁶.

A jurisprudência brasileira parece se orientar no sentido de que afirmar a punibilidade do provocado quando este possui plena disponibilidade para entrega imediata do estupefaciente; sem, portanto, que tenha sido necessário a adoção de providências para conseguir ou complementar a quantidade solicitada pelo suposto adquirente.³²⁷ Evidencia-se em tais entendimentos certa compatibilidade com o princípio da lealdade processual, posto que a disponibilidade imediata do estupefaciente evidencia a ausência de uma conexão causal com a ação provocatória.

Decorrência direta dessa conclusão é que quando o estupefaciente for objeto de encomendada pelo provocador, ou seja, quando nenhuma quantidade se encontrar na disponibilidade imediata do incitado e a posse ocorreu em função da ação do provocador, não há como negar a presença de todos os elementos que ensejam violação da lealdade processual.³²⁸

Dessa forma, parece acertado o entendimento de que a solução, no que concerne ao flagrante provocado, repouse não no âmbito do delito impossível, como ocorre no Brasil, mas sim na validade jurídico-probatória dos elementos colhidos em face da conduta

³²⁵ Cfr. BRASIL. STJ.HC 290.663 SP, 6a. Turma, julgado em 04.12.2014, publicado no DJe 17.12.2014. Neste mesmo sentido, BRASIL. STJ. HC 118.989 SP, 6a. Turma, julgado em 09.02.2010, publicado no DJe 08.03.2010; e BRASIL. STJ. REsp 146.667 MG, 5a. Turma, julgado em 17.11.1998, publicado no DJ 15.03.1999. *Endereços eletrônicos dos julgados em lista de Jurisprudência.*

³²⁶ Cfr. à título de exemplo, no acórdão BRASIL. STJ. REsp 146.667 MG, 5a. Turma, julgado em 17.11.1998, publicado no DJ 15.03.1999. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência.*

³²⁷ Cfr. BRASIL. STJ. HC 118.989 SP, 6a. Turma, julgado em 09.02.2010, publicado no DJe 08.03.2010; BRASIL. STJ. HC 290.663 SP, 6a. Turma, julgado em 04.12.2014, publicado no DJe 17.12.2014; BRASIL. STJ. REsp 19.436 SP, 5a. Turma, julgado em 03.03.1993, publicado no DJ 05.04.1993; BRASIL. STJ. RHC 53.136 SP, 5a Turma, julgado em 18.11.2014, publicado no DJe 26.11.2014. *Endereços eletrônicos dos julgados em lista de Jurisprudência.*

³²⁸ Entendendo pela punibilidade mesmo nestes casos de encomenda do entorpecente, cita-se BRASIL. STJ. HC 191.622 TO, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 05.02.2013, DJe 15.02.2013. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência.*

provocatória, posto que é neste âmbito que a natureza da relação Estado - cidadão, inerente à provocação ao delito, possuíra repercussões jurídicas, em face do princípio da lealdade processual, consoante ocorre em Portugal.

3.2.2 Exame e crítica no tratamento jurídico-penal em Portugal

A ausência de norma legal na ordem jurídica portuguesa que remeta expressamente à *provocação ao delito* acabou por inserir o tratamento jurídico-penal do fenómeno no âmbito da instigação, quanto à definição de responsabilidade do provocador, e no campo processual, quando à viabilidade de processo e julgamento contra o provocado.

A solução jurídica, então, para o problema da definição da responsabilidade criminal do provocado no ordenamento jurídico remete à análises realizados no campo processual de validade das provas. Isso porque se encontra previsto no Código de Processo Penal a proibição de recurso a métodos enganosos de obtenção de prova, numa evidente, porém implícita, concretização do princípio da lealdade processual, a par do expressamente consignado direito à integridade moral.

Susana Aires de Sousa indica mesmo que, em meio ao diálogo de referências ético-jurídicas com o legislador constitucional, concretizou a nulidade dos métodos de produção de prova ofensivos da integridade moral, no que se inclui os meios enganosos, ao passo que transforma o indivíduo num meio de prova contra si mesmo.³²⁹

A proibição de recurso ao método enganoso para obtenção de prova decorre, então, do que se encontra previsto no artigo 126º, n. 2, do Código de Processo Penal, embora no que concerne ao agente provocador - consoante colocado na Seção 3.1 (*supra*) - julga-se mais adequado o enquadramento na alínea *b*, ao invés da alínea *a*, tendo em vista a perturbação à capacidade de avaliação do provocado.³³⁰ A pretensão primeira da previsão é precisamente a de se preocupar com a forma com que ocorre a produção e recolha de prova pelos órgãos de investigação criminal e da polícia.³³¹

³²⁹ AIRES DE SOUSA, *op. cit.* (*Agent Provocateur.....*), p. 1215.

³³⁰ Cfr., *supra*, Seção 3.1. Entendendo pelo enquadramento sistemático das provas obtidas pelo agente provocador na alínea *a* do n. 2 do art.126º do CPP, MEIREIS, *op. cit.*, p. 213/214.

³³¹ *Idem*, p. 213.

Cumpre salientar, no entanto, que a proibição legal não está a alcançar a generalidade dos métodos enganosos³³², exigindo o estabelecimento de critérios para saber quais conduzirão à nulidade pretendida pelo legislador.

Ocorre que a vinculação de conteúdo entre a instigação e provocação, no sentido de se coincidirem, pode resultar entendimento no sentido de que somente quando aquela estiver presente ensejaria a inadmissibilidade da prova. Observa, neste sentido, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça quando alude que quanto aos limites de proibição de prova, importa distinguir entre quando se cria a oportunidade com vista à realização de uma intenção criminosa e a criação dessa mesma intenção, posto que somente esta seria alcançada como método proibido de prova³³³. A criação da intenção criminosa a que se refere o Tribunal é remissível às formas de instigação.

Entretanto, não se acredita ser procedente nem a coincidência de conteúdo entre instigação e provocação, nem o fato de que só aquela é que pode dar ensejo à nulidade de prova. A solução parece se encontrar, assim, no âmbito da lealdade processual e de seus planos de análise, o que permitiria a admissão de um conceito mais amplo de provocação ao delito, e consentâneo com a realidade atual, e um critério capaz de delimitar a extensão da nulidade de prova obtida por método enganoso.

Tendo em conta que a provocação ao delito pode se inserir no âmbito fático das chamadas ações encobertas, útil se mostra considerar o regime jurídico dessas ações na ordem jurídica portuguesa. A Lei n. 101/2001, de 25 de agosto, que se afigura o regime jurídico das ações encobertas, não fez qualquer menção expressa à provocação. Nela há um dispositivo (art. 6º, I) que tratou de afastar a punibilidade do agente encoberto por atos preparatórios ou executórios de crimes praticados no exercício de sua atividade. Observe-se, então, o disposto na lei:

«Artigo 6.º

Isenção de responsabilidade

1 - Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.»

³³² ANDRADE, *op. cit.* (*Sobre as proibições.....*), p. 229.

³³³ PORTUGAL. Acórdão de 20.02.2003, Processo n. 4510/2002. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência.*

Entretanto, a ressalva que é feita pela norma quanto a algumas formas de participação, no caso *instigação* e *autoria mediata*, nas quais as ações encobertas praticadas não são isentas de responsabilidade, suscita algumas considerações.

Embora o legislador português possa ter querido alcançar todas as formas inadmissíveis de provocação ao delito, fato é que acabou por formar ou, no mínimo, se conduzir por uma concepção restritiva daquele fenômeno. Isso porque o disposto na norma não está a alcançar formas de provocação que, também, se afiguram inadmissíveis sob a perspectiva do princípio da lealdade processual, mas que possam ser remissíveis a âmbitos de co-autoria.³³⁴

Isso poderia resultar, pelo menos em tese e sem remeter a considerações de cunho ético-jurídico, na distinção de tratamento entre aquele que tenha contribuído de modo essencial na comissão do delito e aquele que se afigurou apenas como mentor intelectual do fato criminoso. É claro que examinando tais casos de provocação remissíveis à co-autoria, sob os planos de análise de eventual descumprimento da lealdade processual, resultaria também a invalidação das provas obtidas.

Não obstante, fato é que doutrina e jurisprudência portuguesas tem afirmado reiteradamente a inadmissibilidade da provocação como medida hábil a garantir a integridade moral do indivíduo, consoante os termos da norma que rege o Processo Penal. No entanto, a exigência de criação de uma intenção criminosa pelo provocador, como condição de sua caracterização na hipótese, parece ser uma constante.

Já se viu como a doutrina portuguesa compreende os contornos jurídicos da provocação quando da exposição a respeito da definição do agente provocador³³⁵, centrando-a no âmbito da instigação ou criação da resolução delitiva. Já, no âmbito jurisprudencial parece não ser muito diferente. Embora tal concepção estivesse a excluir verdadeiras e indesejáveis ações provocatórias, restringindo, portanto, o conceito, inegável que quando se cria a resolução delitiva ofende inequivocamente a lealdade processual, como reiteradamente tem sido afirmado pelo Judiciário.

³³⁴ Os fatos que integram o caso de *entrapment* *United States v. Twigg*, tratado na Seção 3.1.3, são representativos dessa concepção.

³³⁵ Cfr., *supra*, Seção 1.1.1.

Em sede de Recurso Penal³³⁶, à título de exemplo, restou assentado no Supremo Tribunal de Justiça que a provocação, como método proibido de obtenção de prova, somente se revelaria diante da criação de uma intenção criminosa até então inexistente no provocado, e não quando o agente policial apenas põe em marcha uma decisão antes existente; nos casos, portanto, em que o indivíduo já está potencialmente inclinado a delinquir.

Melo Justo cita que a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal de Justiça tem se conduzido pela afirmação de um critério subjetivo que reúne não somente a verificação na hipótese de que a atuação do provocador criou a vontade delitativa, mas também se o autor do crime já tinha manifestado uma predisposição para o cometer³³⁷, o que já se nota do julgado acima citado.

Desse modo, perceptível alguma relação com a *Entrapment Defense*, no que diz respeito ao exame da predisposição, entretanto, sob distintos critérios. No Recurso Penal citado, por exemplo, foram elencados: o fato de já está em execução a operação de importação de grande quantidade de cocaína e o fato de terem sido os traficantes que decidiram onde e como deveria ser descarregada a droga.

A jurisprudência, no entanto, parece oscilar no que diz respeito à simulação de aquisição de drogas quanto à presença ou não de um agente provocador. Em Acórdão de 20.02.2002³³⁸, o Supremo Tribunal de Justiça afirma inexistir agente provocador nos fatos, a despeito de ter havido uma encomenda e a aquisição simulada de drogas por «sugestão» de agentes da Polícia de Segurança Pública.

Os fatos remetem a um colaborador (particular) que contactou o subchefe de polícia afirmando conhecer pessoa ligada ao tráfico de drogas. Consta, então, que a encomenda foi realizada e o indivíduo detido na posse da droga na data e no local marcados para a entrega. Assim, a condenação do arguido restou mantida integralmente.

Embora não se tenha claro no acórdão sobre a forma como fora realizada dita «sugestão» do agente de polícia ao colaborador, tem-se que a remissão ao termo tende a

³³⁶ PORTUGAL. Acórdão de 20.02.2003, Processo n. 4510/2002. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência.*

³³⁷ MELO JUSTO, Ana Rita de. *Proibição da Prova em Processo Penal. Agente Provocador.* RPCC, ano 16, n. 3, jul-set 2006, Coimbra, p. 506.

³³⁸ PORTUGAL. Acórdão de 30.10.2002, Processo n. 2118/2002. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência.*

produzir um afastamento de conteúdo jurídico da indução, a criação da resolução criminosa. Entretanto, depreende-se que foi por conta dela que o colaborador agiu nos fatos para encomendar o estupefaciente ao suposto traficante.

Além do que, indica-se que a encomenda feita do colaborador de *cannabis sativa*, heroína e cocaína foi objeto de pedido do vendedor a outro traficante (fornecedor). Sob esta perspectiva, não há como negar a violação da lealdade processual nos fatos. Houve a confirmação das exigências indicadoras do descumprimento do princípio nos três planos de análise: objetivo, subjetivo e causal. Além do que foi detido com a exata quantia que lhe fora solicitada, da qual não dispunha consigo para entrega imediata.³³⁹

O fundamento deste Acórdão de 30.10.2002 residiu no fato de que o colaborador, ao encomendar a droga, não teria causado qualquer perturbação da liberdade ou de decisão do arguido recorrente, já que o arguido se determinou «*com inteira liberdade, de forma autónoma e plenamente consciente*». Ao comentar referido Acórdão, Melo Justo indica que o Supremo Tribunal tem entendido que a aceitação do aliciamento revela uma vontade já formada e em face disso conclui não haver perturbação da livre vontade. Isso ocorreria porque se o aliciado aceita a proposta é porque a sua vontade já estava anteriormente formada.³⁴⁰

Em verdade, é frequente a associação na jurisprudência da atuação do provocador com tal perturbação da livre vontade do provocado³⁴¹. Acontece que o fato de não ter perturbado a livre vontade não prejudica um exame sob a perspectiva da lealdade processual, sendo mesmo negado que a provocação ao delito interfira em considerações de tal ordem.³⁴² Desse modo, a análise do cumprimento do princípio no âmbito de ações encobertas independe de ponderações acerca da liberdade de vontade ou de decisão.

Ademais, neste julgado, parece mesmo que a Corte optou por se conduzir também por critério subjetivo que implica a demonstração de uma qualquer predisposição do

³³⁹ O fato de o estupefaciente não se encontrar no âmbito de disposição imediata do sujeito incitado, tendo sido, pelo contrário, objeto de encomenda e adquirida junto a um outro traficante, repercute inevitavelmente na análise da lealdade processual. Cfr., *supra*, Seção 3.1.3.

³⁴⁰ MELO JUSTO, Ana Rita de. *Proibição da Prova em Processo Penal. Agente Provocador*. RPCC, ano 16, n. 3, jul-set 2006, Coimbra, p. 506.

³⁴¹ Cfr. também, neste sentido, acórdo do Supremo Tribunal de Justiça (PORTUGAL. Acórdão de 29.11.2006, Processo n. 9060/2006-3). *Endereço eletrónico do julgado em lista de Jurisprudência*.

³⁴² Refere-se aqui a considerações de que a provocação ao delito afeta à liberdade de vontade ou enseja uma má formação da vontade, o que se julga inexistir, consoante já exposto. Cfr., *supra*, Seções 3.1. e 3.1.1.

provocado ao delito. Realçou-se na ocasião a ligação do arguido ao tráfico de estupefacientes, a sua habilidade em efetuar rapidamente a entrega da encomenda e a sua relação de confiança com o fornecedor da droga.

Não obstante, há casos em que a simulação de aquisição de drogas é completamente rechaçada pela jurisprudência portuguesa. Cita-se, neste sentido, o Acórdão de 29.11.2006³⁴³, do Tribunal da Relação de Lisboa, em que a transação da droga foi determinada pelo agente da polícia e, por isso mesma, declarada inadmissível a prova, posto que obtida através de método enganoso de prova. Já no Supremo Tribunal de Justiça se encontra o Acórdão de 30.10.2003³⁴⁴, no qual restou assentada a inadmissibilidade do recurso à provocação, em casos de simulação de aquisição de drogas, não somente por conta da previsão contida no artigo 126º do Código de Processo da proibição do método enganoso de prova, mas igualmente por se evidenciar recurso que viola a lealdade processual.

Por fim, cumpre salientar que o Supremo Tribunal de Justiça³⁴⁵ já assentou que o recurso a atividades de provocação ao delito é veementemente rejeitado, tanto pela doutrina como pela jurisprudência em Portugal, já que se constitui meio enganoso de obtenção de prova. Entretanto, se a compreensão que há de se extrair do artigo 126º do Código de Processo Penal é a de que o legislador não está a impedir a generalidade dos métodos enganosos³⁴⁶, mas somente os que violam a lealdade processual, ganha relevo a necessidade de se examinar segundo os planos de análise antes tratados.

3.2.3 Exame e crítica no âmbito da jurisprudência do TEDH

Temos insistido até o presente momento que o princípio da lealdade processual constitui o instrumento mais adequado de análise da relação que se institui no âmbito da

³⁴³ PORTUGAL. Acórdão de 29.06.2006, Processo n. 9060/2006-3. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência.*

³⁴⁴ PORTUGAL. Acórdão de 30.10.2003, Processo n. 2032/2003. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência.*

³⁴⁵ PORTUGAL. Acórdão de 27.06.2012, Processo n. 127/10. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência.*

³⁴⁶ ANDRADE, *op. cit.* (*Sobre as proibições.....*), p. 229.

provocação ao delito, estabelecendo parâmetros concretos de análise, como forma de assegurar o respeito ao caráter equitativo ao processo. Por isso mesmo, cumpre ponderar o que até aqui se deduziu com algumas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cuja jurisprudência tem sido de fundamental importância para a densificação do princípio do processo equitativo, como bem salienta Canotilho³⁴⁷.

Neste sentido, interessa trazer à baila um dos casos mais emblemáticos de provocação ao delito do qual resultou uma decisão condenatória submetido à Corte Europeia. Trata-se do *caso Teixeira de Castro v. Portugal* ³⁴⁸, em cuja origem havia uma queixa apresentada perante a Comissão Europeia em que se alegava a violação de alguns dispositivos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo um deles nomeadamente o § 1º do artigo 6º, que trata do direito a um processo equitativo.

Os fatos remetem à atuação de dois agentes de polícia que pretendiam identificar um fornecedor de drogas na região onde trabalhavam. E assim o fariam por intermédio de um suspeito de tráfico de menor nível (V.S.), que ignorava suas reais identidades e qualidades de agentes de polícia e para o qual simularam ser compradores de drogas.

Deduz-se que houve duas tentativas de aquisição de droga com o mesmo indivíduo. Na primeira, de haxixe, a tentativa dos agentes restou frustrada, posto que o «pequeno» traficante, apesar da insistência dos policiais, não conseguiu quem pudesse fornecer o estupefaciente (§ 9º). No entanto, em dia e circunstância distinta, os agentes foram até a residência do mesmo traficante (V.S.) e informaram-lhe do interesse em adquirir na ocasião heroína, sendo-lhes prontamente informado por V.S. o nome do requerente Teixeira de Castro como suscetível de obter o produto (§ 10º). Os agentes, então, acompanhados do traficante e de um outro indivíduo (F.O.), que fora contatado por saber onde localizar o Sr. Teixeira de Castro, foram à residência deste e fizeram-lhe a proposta.

Neste momento, sem qualquer insistência da parte dos policiais, o Sr. Teixeira de Castro concordara com a proposta e de imediato seguiu acompanhado de F.O. em seu próprio veículo até a residência de uma outra pessoa (J.P.O.), o qual entregou a quantidade de droga solicitada pelos policiais. Estes, por sua vez, ficaram aguardando na residência de

³⁴⁷ CANOTILHO; MOREIRA, *op. cit.* (Constituição Vol I.....), p. 415.

³⁴⁸ TEDH. Acórdão de 09.06.1998. *Case of Teixeira de Castro v. Portugal*. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência*.

V. S., sendo que no momento em que o Sr. Teixeira de Castro compareceu para entregar a quantidade encomendada, foi detido pelos agentes de polícia, juntamente com F.O. e V.S.

Em primeiro grau de jurisdição, foi o Sr. Teixeira de Castro condenado por tráfico a seis anos de prisão, tendo V.S. recebido multa correspondente a vinte dias-multa. Os arguidos F.O. e J.P.O. não foram acusados. Em grau de recurso, a condenação foi integralmente mantida pelo Supremo Tribunal de Justiça, tendo o Ministério Público, nesta ocasião, informado que a atuação dos policiais não constituiu meio proibido de prova.

O TEDH, no entanto, entendeu que houve sim na situação violação do princípio do processo equitativo. Para tanto, o Tribunal sustentou basicamente que se tratou de uma provocação a que um indivíduo cometesse um delito que de outro modo não teria se realizado (§ 32º). E que, ademais, o direito a uma boa administração da justiça não pode ser sacrificado a razões de oportunidade (§ 35º).

O Tribunal não fez qualquer menção ao princípio da lealdade processual para fundamentar sua decisão no caso concreto. No entanto, julga-se que tal princípio, como feição do mencionado processo equitativo, encontrava-se na base da *ratio decidendi* do julgamento. E, neste sentido, aqui, como é suposto ocorrer na grande maioria dos casos, a questão repousa no plano de análise da conexão causal que deve se verificar na hipótese para caracterizar violação do princípio da lealdade processual.

E a Corte, ao nosso ver, conduziu-se acertadamente na ocasião, haja vista que a ação provocatória determinou de modo efetivo a realização do delito, violando irremediavelmente a lealdade processual. Pontuou-se, inclusive, sua essencialidade para a prática do ilícito típico ao ressaltar que o fato não teria se realizado sem que tivesse havido a intervenção dos agentes policiais, indo ao encontro do que tem sido exposto na presente pesquisa.

Isso porque, o Sr. Teixeira de Castro não se encontrava, pelo menos em tese, na posse de nenhuma substância ilegal, tendo sua conduta de obtê-la e entregá-la aos agentes se realizado unicamente por conta da proposta que lhe fora feita anteriormente. Tanto assim o é que teve ele que se deslocar para a residência de outra pessoa e lá obter a exata quantidade que lhe havia sido solicitada.

O fato de não ter ocorrido insistência ou persistência dos policiais, no que concerne especificamente à proposta feita ao Sr. Teixeira de Castro, bem como uma qualquer predisposição verificada pela habilidade e rapidez com que obteve a substância ilícita³⁴⁹, carecem de valor jurídico no exame da lealdade. Nesta mesma linha, julga-se pouco importante, nesta fase de avaliação, alguns argumentos levantados pelo Tribunal (§ 36º) como o fato de não existirem suspeitas contra o Sr. Teixeira de Castro antes da ação provocatória; de que não possui ele antecedentes ou de que a atuação dos policiais não integra operação de repressão de tráfico de estupefacientes.

É claro que o Tribunal tem procurado tornar mais acurado os elementos de que se utiliza para decidir casos que supostamente envolvem provocação ao delito. No caso *Edwards and Lewis v. Reino Unido*³⁵⁰, a Corte entendeu por reiterar seu posicionamento no sentido de que se constitui dever do magistrado analisar uma série de fatores a fim de decidir se houve ou não incitamento impróprio pela polícia, dentre os quais o motivo da operação policial, a natureza e extensão da participação da polícia no crime e a natureza de qualquer induzimento ou pressão realizada por agentes policiais.³⁵¹

Compreende-se que, de fato, não é possível estabelecer uma definição completa e acabada do que venha a ser uma conduta policial inaceitável ou até que ponto pode-se afirmar que se trata de um “*State-created crime*”, conforme registrado na decisão, havendo a necessidade de se socorrer das circunstâncias de cada caso concreto. Entretanto, acredita-se que na análise pode-se ater aos planos objetivo, subjetivo e causal de análise, antes citados, cujos elementos de igual natureza, se presentes, evidenciarão inequívoca violação do princípio da lealdade.

É claro que, num primeiro instante, possa parecer que o Tribunal esteja a denotar, em certa medida, uma perspectiva excessivamente rigorosa da noção do *fair balance*, ou seja, do «*equilíbrio entre o interesse público da investigação e repressão e o direito dos acusados, acentuado por demais em desfavor e à custa das instâncias formais de controlo*

³⁴⁹ Em sentido contrário, entende GASPAR, António Henriques. «Anotação à Decisão de 9 de junho de 1998 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro c. Portugal)». *In Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 10, n. 1, Coimbra, 2000, p. 163 e 165. O autor entende, inclusive, que tais fatores, associados com outros que cita, haveriam de implicar a manutenção da condenação do Sr. Teixeira de Castro.

³⁵⁰ TEDH. Acórdão de 27.10.2004. Case of *Edwards and Lewis v. The United Kingdom*. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência*.

³⁵¹ Neste mesmo sentido, Acórdão do TEDH, Case of *Allan v. The United Kingdom*, de 05.11.2002. *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência*.

de primeira linha»³⁵². Entretanto, não é o que está efetivamente a ocorrer. No caso *Ramanauskas v. Lituânia*³⁵³, a Corte salienta, a título preliminar, que está ciente das dificuldades inerentes à tarefa de procura e recolha de provas e de que, para tanto, exige-se técnicas especiais de investigação, mas desde que os direitos e compromissos assumidos na ordem internacional sejam respeitados.

Não obstante, perceptível se mostra que a jurisprudência do Tribunal tem evoluído constantemente, pelo menos no que concerne aos fundamentos que levanta para fundamentar a inadmissibilidade da provocação ao delito. É de se ver que no caso *Ramanauskas*, acima, o Tribunal evidencia uma aproximação ainda maior com a *predisposition test* inerente à *Entrapment Defense* norte-americana, apesar de se entender sua desnecessidade para se inferir se houve ou não violação da lealdade processual, aproximação esta que pode se tornar, a certa altura, temerária.

Os fatos que integram este caso remetem a um promotor da região de *Kaišiadorys* que foi apresentado por um conhecido (V.S.) a um outro indivíduo (A.Z.), o qual que lhe fez uma proposta de pagar três mil dólares americanos para que aquele assegurasse a absolvição em juízo de uma terceira pessoa. O promotor tinha inicialmente recusado, mas posteriormente aceitou a proposta, após A.Z. tê-la reiterado por inúmeras vezes. No dia em que recebia a segunda parte do pagamento acordado, o promotor foi preso por corrupção em estado de flagrância. Posteriormente, soube-se que A.Z. se tratava de um oficial de uma unidade policial especial anti-corrupção do Ministério do Interior, que se encontrava disfarçado.

Nos fundamentos da decisão da Corte, colocou-se que a admissibilidade das provas é essencialmente uma questão de regulamentação pelo direito nacional e que a tarefa do Tribunal não é de examinar se a prova é ilegal, mas examinar se eventual ilegalidade violou direito protegido pela Convenção (§ 52º).

Não obstante, entendeu-se que o incitamento da polícia no caso violou o princípio do processo equitativo. Quanto à violação do princípio não se deixa dúvida, já que os elementos de análise do descumprimento do princípio se encontram todos presentes, destaque feito à conexão causal verificada pelo fato de a intervenção se revelar como

³⁵² GASPAR, *op. cit.*, p. 167.

³⁵³ TEDH. Acórdão de 05.02.2008. Case of *Ramanauskas v. Lithuania* (§§ 49º e 50º). *Endereço eletrônico do julgado em lista de Jurisprudência.*

verdadeira *conditio sine qua non*. Assim, entende-se pela dita violação, mas por fundamentos diversos dos que foram apresentados pela Corte Européia.

Pautando-se, na ocasião, por uma ideia de que o agente infiltrado se qualifica pelo caráter passivo de sua atuação³⁵⁴ (§ 55º), tida como permitida, a Corte passa a estabelecer alguns critérios para saber se a atuação do agente foi além de seu caráter eminentemente passivo, a partir do que seria tida como uma inaceitável provocação ao delito (§ 67º).

O primeiro passo seria verificar se o indivíduo havia cometido infrações anteriores, mormente quando relacionadas com o delito pelo qual é perseguido. Depois, verificar se houve pressões ou ameaças por parte do agente do Estado, o que na ocasião parecia se revelar apenas no fato de que os encontros entre o promotor público e o agente ocorreram por iniciativa deste último. E, por último, verificar se havia evidências objetivas de que o arguido já tinha, de fato, a intenção de praticar o ato criminoso.

De início, tem-se que o Tribunal falha primeiro em realçar o caráter passivo da infiltração, para o fim de distingui-la da provocação ao delito. Consoante demonstrado na Seção 1.1.2, tal não se apresenta como aspecto idôneo a estabelecer a linha distintiva entre provocação e infiltração, mormente quando se tem que nesta o agente por vezes tem que assumir uma atuação mais ativa no ambiente criminoso. Ademais, falha novamente o Tribunal quando procura associar a inaceitável provocação ao delito à predisposição do indivíduo, aspecto este dispensável no exame da lealdade processual.

Observa-se no julgado o desenvolvimento de uma ideia similar ao que se encontra na *Entrapment Defense* quanto à predisposição do indivíduo ao delito. Inúmeros são os critérios que indicam, no direito norte-americano, a predisposição do indivíduo: a sua reação, no que se inclui sua vontade e disponibilidade em lidar com a proposta criminosa; a sua habilidade em lidar com os atos criminosos, o que se pode evidenciar pela rapidez na obtenção da droga; ou, ainda, a sua propensão criminosa, que possui amparo até na

³⁵⁴ Questão esta já colocada e resolvida no sentido de que o caráter passivo ou ativo da atuação não se revela critério adequado de distinção, posto que o infiltrado também poderá possuir uma atuação ativa.

Federal Rules of Evidence (Rule 404b) e que pode ocorrer quando, por exemplo, a acusação oferece provas de outros delitos fora aquele pelo qual está sendo perseguido^{355,356}

No entanto, a utilização de critérios como os usados por tribunais norte-americanos, os quais fazem lembrar em certa medida aqueles utilizados pela Corte Européia, desprestigiam o valor moral inerente à lealdade processual, pelo que deveriam ser afastados em eventual análise acerca do cumprimento do referido princípio.

³⁵⁵ Prescreve a *Rule 404b* que, embora não se possa utilizar as provas de outros delitos ou erros cometidos pelo indivíduo para demonstrar caráter e que numa específica ocasião se conduziu por este caráter na comissão do delito, podem elas ser admitidas para outras finalidades, como demonstrar intenções ou motivos, dentre outros.

³⁵⁶ Para verificar remissões a alguns julgados da jurisprudência norte-americana, cfr. Nota 226.

CONCLUSÃO

O problema da definição do agente provocador constitui o problema do que é propriamente provocação ao delito, enquanto fenômeno jurídico. Isso porque a caracterização daquele implica necessariamente em estabelecer a amplitude do fenômeno no qual se encontra inserido. A provocação, por sua vez, não se encerra na atuação do agente de polícia, mas se trata de um fenômeno suscetível de ocorrer no exercício das atividades inerentes a qualquer órgão, ou representantes, que detém alguma competência para investigar crimes ou cuja incumbência precípua seja a de exigir o respeito à lei penal.

E, neste contexto, a lealdade processual consubstancia premissa moral que afeta intrinsecamente a relação que se estabelece entre as pessoas e, também, entre o Estado e o cidadão, como reflexo de uma opção político-constitucional inerente ao Estado democrático de direito, pautada por padrões que remetem à transparência, constância e confiança. Entretanto, não se afigura ela apenas uma atitude moral geral ou obtusa, mas se manifesta por meio de concretas formas de atuação na atividade persecutória do Estado, vinculando todos os órgãos envolvidos diretamente no desenrolar do processo criminal. Assim sendo, a provocação ao delito por se utilizar de um engano ou erro provocado por representantes do Estado para estabelecer a aproximação e confiança e viabilizar a ação provocatória fere aqueles padrões éticos de conduta insertos no âmbito da lealdade.

A lealdade processual constitui imperativo categórico apto a materializar o processo equitativo e a atrair, por seu conteúdo ético, as discussões acerca da provocação. Por conta dele, considerações que se mostram contingentes, inaptas de serem aplicadas independentemente da pessoa em exame ou sob julgamento (o provocado, no caso), devem ser afastadas. Assim, o atendimento ao referido princípio dispensa reflexões que eventualmente possam ser feitas quanto à inclinação do sujeito incitado ao delito, à sua periculosidade social, a fatos criminosos anteriores que lhe foram imputados ou à sua habilidade em ter a posse de objetos de crime, dentre outros.

Embora seja legalmente previsto em Portugal que a proibição de meio enganoso de obtenção de prova concretiza a proteção constitucional do direito à integridade moral, não se exclui a validade de uma ponderação acerca do princípio da lealdade processual, já que ainda assim poderá se constituir parâmetro de análise quanto à qualificação do próprio

método utilizado pelo agente como inadmissível para obtenção de provas. Assim também se mostra quanto à ordem jurídica brasileira que, apesar de não possuir dispositivo semelhante à ordem jurídica portuguesa, consigna em lei a inadmissibilidade de prova obtida em violação a normas legais e constitucionais, o que pode realçar a importância do recurso ao princípio da lealdade processual para solucionar situações acerca da provocação ao delito. Veja-se que ambos os Estados se vinculam por normas no plano internacional, reforçadas eventualmente por normas de âmbito unicamente interno, tendentes a assegurar o direito dos arguidos a um processo criminal equitativo.

Assim, sugeriu-se um tratamento da provocação ao delito, sob a perspectiva da lealdade processual, no âmbito de três planos de avaliação distintos: um objetivo, no qual se analisa a existência de uma ação enganosa por parte do agente do Estado e a efetiva intervenção desse agente no desenrolar dos fatos criminosos; um subjetivo, no qual se analisa o dolo do provocador e sua repercussão na ação delituosa do provocado; e um plano que remete à conexão causal entre a ação provocatória e a ação delituosa do provocado, amparada na ideia de intervenção sem a qual o delito não teria se realizado. Somente se forem constatados o engano, a ação provocatória, o dolo do provocador e a essencialidade da intervenção do agente para a comissão do delito, com as considerações que gravitam em torno desses elementos, nos diferentes planos de análise, é que se entende pela violação do princípio da lealdade processual.

Diante disso, pressuposto para a análise citada é a colocação da discussão acerca da responsabilidade criminal do provocado no âmbito do Direito Processual. E assim se deduziu, principalmente, por conta do fato de que o arguido age atendendo a todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal. Concluiu-se não haver por conta da provocação ao delito propriamente uma ofensa à liberdade de vontade ou de decisão do sujeito que é incitado ao delito, tampouco má formação de uma vontade. Isso porque a simulação ou dissimulação criada pelo agente provocador é totalmente alheia ao alcance típico do crime, já que o erro ou engano não está em ser instigado para um certo delito, mas em achar que a pessoa que instiga é de confiança ou que comunga dos mesmos interesses. De outra sorte, no entanto, evidencia-se clara perturbação da capacidade de avaliação do indivíduo.

Entendeu-se que, de fato, o fim mediato da provocação ao delito, qual seja, o de levar o sujeito provocado à responsabilização por seus atos não integra o dolo do agente provocador, que representa todos os elementos do tipo e possui vontade dirigida a alcançar, no mínimo, início de execução do delito. Neste sentido, quando só deseja alcançar a fase de tentativa, porque adotara medidas cautelares para evitar que se consuma o resultado lesivo ao bem jurídico, levanta-se a tese da inidoneidade da ação do provocado.

Entretanto, quanto a este particular, concluiu-se que a caracterização de delito impossível ou tentativa inidônea não se verifica viável, já que a inidoneidade que se verifica na hipótese de provocação é estranha ao meio, no que se entende inserir a própria ação; não se trata de uma inidoneidade intrínseca do meio utilizado pelo provocado. Na verdade, patenteia-se na situação a não realização típica do delito por circunstâncias alheias à vontade do provocado, inserindo-se naturalmente na compreensão que se tem a respeito de um crime tentado.

A tese do delito impossível é levantada, por exemplo, no Brasil, e se encontra consignada em Súmula de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, sob a denominação de flagrante preparado. Para além daquela questão de que a inidoneidade não se apresenta inerente à própria ação levada a efeito pelo sujeito incitado ao delito; tem-se que outras objeções podem ser feitas levantadas no caso brasileiro: o fato de que a súmula pressupunha a impossibilidade concreta de ofensa ao bem jurídico, o que não ocorre na quase totalidade dos casos aos quais tem sido atualmente aplicada; e que supostamente a concepção que se tinha à época da edição da súmula a respeito da avaliação quanto à inidoneidade ou perigosidade do meio (critério *ex post*) se afigurava diferente do que se adota predominantemente na doutrina e jurisprudência nos dias de hoje (prognose póstuma ou critério *ex ante*).

Além disso tudo, a Súmula causa outro inconveniente no sentido que, não sendo analisada a natureza da prova ou a licitude do método utilizado para a sua obtenção, com as consequências que dessa consideração decorrem, como ocorre em Portugal, corre-se o risco de que evidências inadmissíveis, sob o ponto de vista da lealdade processual, continuem a servir para alguma finalidade persecutória.

Tem-se promovido frequentemente a colocação sistemática da provocação ao delito no âmbito da indução, tendo em vista que o agente provocador atua como verdadeiro

determinante na comissão do delito por outra pessoa. Tal concepção converge para o entendimento de que o provocador, para o fim de ser considerado como tal, deve criar a resolução delitiva, no sujeito que é incitado ao crime, o que estabelecerá inarredável consequência nas hipóteses de ilegalidade de prova. Isso ocorre porque para que as provas colhidas, no âmbito da provocação ao delito, possam ser qualificadas como método ilegal de obtenção de prova há de o provocador criar de forma cabal o propósito criminoso no indivíduo.

Entretanto, a provocação ao delito abarca uma série de outras possibilidades fáticas no âmbito da participação criminosa não remissíveis unicamente àquele que dá ensejo ao intento criminoso. Essa compreensão parece que já tem se tornado em alguma medida notada pela doutrina, consoante exposto na Seção, supra, 1.1.1, ou pela jurisprudência, notadamente a norte-americana, com o desenvolvimento do *due process defense* (como medida processual que dispensa a análise da criação do intento criminoso), ou a noção ampla que se insere no conceito alemão de *V-Mann*. Dessa forma, o vínculo necessário que há de se estabelecer entre a provocação do agente e o delito provocado não pode se centrar unicamente na ideia de geração da decisão delituosa no provocado.

Surge, então, como alternativa, no plano da verificação da causa quanto à efetiva repercussão da ação do provocador na ação do provocado a concessão de um caráter extensivo à ideia de intervenção sem a qual não teria se realizado o delito pelo último, não restrita somente à ideia de indução, como geralmente ocorre. É claro que a indução estará integrada neste universo de possibilidades, muito embora se afigure plenamente possível a determinação de um crime, agora no sentido de intervenção imprescindível, em outras formas de participação, à exemplo da co-autoria, o que também haverá de influenciar no âmbito da teoria da prova.

Produzir-se-á, desse modo, um alargamento das hipóteses que poderão ser qualificadas como métodos ilegais de obtenção de prova, em função da provocação ao delito, em relação àquelas que antes se confinavam na ideia de indução. E assim ocorre não por conta de uma perspectiva que pretende deliberadamente desprestigiar o equilíbrio exigível entre o interesse público da investigação e repressão com o direito dos arguidos, mas como meio de se garantir o respeito pela dignidade humana independentemente de quem seja a pessoa em consideração. Não obstante, é possível perceber o potencial da

lealdade processual para fornecer algumas balizas de tratamento, não do inocente que se rendeu às vicissitudes da vida ou aos achaques próprios, mas daquele que se afigura criminoso e que se move ao crime independentemente de qualquer provocação.

A partir da proposta feita quanto aos planos de avaliação do princípio da lealdade processual, analisou-se o tratamento jurídico-penal, sobretudo jurisprudencial, dado à provocação ao delito nas ordens jurídicas brasileira, portuguesa e no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

No que diz respeito à primeira, já se expôs acima a compreensão que se teve a respeito da Súmula que centra a questão no âmbito do delito impossível, reflexão à qual se acrescenta apenas o fato de que, no caso específico de tráfico de estupefacientes (pela posse), quando há a presença de um *fictus emptor* (falso adquirente de drogas para revelar o traficante e o produto ilícito), necessário se faz apurar nos fatos concretos a ausência de violação do princípio da lealdade processual, ao passo que é possível que exista uma incindível vinculação entre a posse e o comércio (este considerado delito impossível) com a ação provocatória. O que se acredita não existir se o sujeito já detém a disponibilidade do estupefaciente para entrega imediata, caso em que se negará a dita violação ao princípio no âmbito do plano da conexão causal.

Quanto à ordem jurídica portuguesa, a reflexão que se faz é quanto à utilização de critérios de ordem subjetiva na caracterização de uma qualquer predisposição do indivíduo para o crime, para o fim de afastar a presença da indução no caso, consoante demonstração na Seção , supra, 3.2.2. Tais critérios são de inviável análise pelas razões indicadas acima no âmbito da lealdade processual, a qual, reitera-se, revela-se o parâmetro mais adequado para verificar a qualificação de método enganoso de obtenção de prova no âmbito da provocação.

Além disso, ousou-se discordar de algum entendimento jurisprudencial no sentido de sobrelevar a intenção criminosa, deixando de lado casos claros de intolerável ação provocatória, como o que se evidencia, em nossa opinião, do Acórdão do Supremo Tribunal de 30.12.2012 (Seção 3.2.2) já tratado no desenvolvimento da pesquisa, tendo em vista que o indivíduo não se encontrava na posse do estupefaciente antes da intervenção do provocador, que encomendou a um outro traficante a quantidade solicitada e que não foi

encontrado com nenhum outro produto ilegal além daquilo que foi encomendado pelo provocador por indicação da polícia.

Já quanto à jurisprudência do TEDH, a qual se procurou analisar tendo em vista a ponderação que faz da provocação ao delito com o princípio do processo equitativo, útil à linha de raciocínio desenvolvida na presente pesquisa, o reparo que se entendeu necessário é quanto ao realce que faz da necessidade de uma qualquer predisposição do indivíduo ao delito para consolidar o entendimento de que o agente encoberto não agiu como provocador na situação.

É claro que as soluções que, de um modo geral, são propostas para o tratamento jurídico-penal da provocação tem sofrido evolução constante nos últimos tempos e da mais variada ordem, o que por certo contribui para o processo de maturação e consolidação de conceitos e valores que gravitam em torno desse fenômeno jurídico e, é claro, que se almeja aqui fornecer alguma contribuição neste processo. Entretanto, algo que se mostra fundamental é não se olvidar de que uma ação provocatória que viola o princípio da lealdade processual se insere numa visão utilitarista dos fins do Estado, em que à pretexto de atingir o máximo de bem-estar desprestigia a dignidade humana, de valor moral absoluto.

BIBLIOGRAFIA

AIRES DE SOUSA, Susana. «Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas reflexões». In *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Org. Manuel da Costa Andrade *et al.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal. Contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALIMENA, Bernardino. *Principios de Derecho Penal*. Trad. de Eugenio Cuello Calón. T. I. Vol. I. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1915.

ANDRADE, Manuel da Costa. «Bruscamente no verão passado», a reforma do código de processo penal. *Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Trad. de Dimas de Almeida, Porto: Edições Universitárias Lusófonas, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BERNSTEIN, Sarah M. «Police Failure to Preserve Evidence and Erosion of the Due Process Right to a Fair Trial». In *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 80, n. 4, Chicago, 1989.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale: parte generale*. 12 ed. Padova: CEDAM, 1986.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 72 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015,

CABANES, Pierre. «Fidélités». *In Droit Social*, n. 5, 1990.

CAMPOS, Manuel Fontaine. *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. de A. Menezes Cordeiro. 4a. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho Penal: Parte Especial*. 20 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

CONDE, Francisco Muñoz; e ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho Penal: Parte General*. 6 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

CORDEIRO, Antonio Meneses. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Eduardo Maia. «Agente Provocador - Validade das Provas». *In Revista do Ministério Público*, a. 21, n. 81, 2000.

COWEN, Richard A. *The entrapment Doctrine in the Federal Courts, and Some State Court Comparisons*. *In The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, vol. 49, 1958-1959.

DALBORA, José Luis Guzmán. «O delito experimental». *In Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, a. 18, n. 1, Coimbra, 2008.

DESPORTES, Frédéric; e GUNEHEC, Francis Le. *Droit Pénal Général*. 15 ed. Paris: Economica, 2008.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal. Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2010.

FERRI, Enrico. *Principii di Diritto Criminale: Delinquente e Delitto nella Scienza, Legislazione, Giurisprudenza*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1928.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. «Do princípio da 'objectividade' ao princípio da 'lealdade' do comportamento do ministério público no processo penal». *In Revista de Legislação e Jurisprudência*, a. 128, n. 3860, Coimbra, 1996.

GASPAR, António Henriques. «Anotação à Decisão de 9 de junho de 1998 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro c. Portugal)». *In Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano 10, n. 1, Coimbra, 2000.

GROTRIAN, Andrew. *Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Council of Europe Publishing, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Trad. de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*. 4 ed. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

HUNGRIA, Néson. *Comentários ao Código Penal: Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de setembro de 1940*. Vol. I. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 5 ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz e MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. «A Ausência de Vinculação entre a Espécie de Flagrante e o Crime Impossível». *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 23, n. 116, São Paulo, 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2014.

KLEVEN, Paul. «People v. Barraza: California's Latest Attempt to Accommodate an Objective Theory of Entrapment». *In California Law Review*, v. 68, i. 4, n. 7, 1980. Disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2274&context=californialawreview>). Acesso em junho de 2016.

MACHADO, J. Baptista. *Do formalismo kelseniano e da «cientificidade» do conhecimento jurídico*. Coimbra : Tip. da Coimbra Editora, 1963.

MAGLIE, Cristina. *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*. Milano: Dott. A. Editore, 1991.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale*. 7 ed. Padova: CEDAM, 2011.

MARTINS, A. G. Lourenço. *Droga. Prevenção e Tratamento. Combate ao Tráfico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.

MASSON, Cleber. *Direito penal. Parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2010.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; e ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. 2. 7 ed. Trad. Jorge Bofill Genzsch *et al.*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.

MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Sergio Politoff Lipschitz. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2007.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. *O Regime das Provas obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2009.

MELO JUSTO, Ana Rita de. «Proibição da Prova em Processo Penal. Agente Provocador». *In Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, a. 16, n. 3, jul-set 2006, Coimbra, p. 506.

MERLE, Roger; e VITU, André. *Traité de Droit Criminel*. T. I. 7 ed. Paris: Éditions Cujas, 1978.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*. T. I. 6 ed. Trad. Conrad A. Finzi. Buenos Aires: Librería El Foro, 1955.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*. T. 2, v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MOROSINI, Piergiorgio. «L'Acquisto Simulato di Sostanze Stupefacenti». *Tratatto di Diritto Penale - Parte Speciale*. Vol. IV. Coord. Manna Adelmo *et al.*. Torino: Utet Giuridica, 2010.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico resumido*. Rio de Janeiro : Instituto Nacional do livro, 1966, p. 441.

NAVAS, Jaime Lluís Y. «Los Principios Del Derecho en Los Sistemas Romano-Germánicos». *In Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 4, Madrid, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal. Parte Geral e Parte Especial*. 52 ed. São Paulo: RT, 2009.

ONETO, Isabel. *O agente infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ORTH, John V. *Due Process of Law: a brief history*. United States: University Press of Kansas, 2003.

PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

PEREIRA, Alexandre Dias. *Da Equidade (fragmentos)*, Separata de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 80, 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

_____. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*, trad. de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor, 2011.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6 ed. Trad. de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade: Uma reformulação*. Trad. de Claudia Berliner, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

RICOEUR, Paul. *O Justo ou a Essência da Justiça*. Trad. de Vasco Casimiro, Lisboa: Instituto Piaget, 2015.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2000.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte general*. Tomo I. 2 ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña *et. al.*. Madrid: Civitas, 1997.

RUS, J. J. González. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. Vol 2 (Delitos contra la propiedad). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.

SANCHEZ, Juan Muñoz. *El Agente Provocador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Germano Marques da. «Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos. Os princípios democrático e da lealdade em processo penal». *In Direito e Justiça*, vol. 8, t. 2, Lisboa, 1994.

_____. *Curso de Processo Penal*. 6 ed. Lisboa: Verbo, 2010.

_____. *Direito Penal Português. Teoria do Crime*. 2 ed. Lisboa: Universidade Católica, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25a. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal (Due Process of Law)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SOUSA, Paulo Pinto de. «Acções encobertas. Meio enganoso de prova? Agente infiltrado e agente provocador. Outras Questões». *In Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n. 14, 2010.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson Civitas, 2000.

TAVARES Osvaldo Hamilton. «Do Crime Impossível». *In Revista Justitia*. Ano XXXIV, vol. 78, São Paulo, 1972.

WASAFF, Peña. «Autoría y Participación en el Delito». *In Revista de Ciencias Jurídicas*, n. 3, Chile, 1972.

WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista*. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: B de F, 2004.

JURISPRUDÊNCIA

CIDH. Acórdão de 29.01.1998. Caso *Blake v. Guatemala*. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf.

_____. Acórdão de 24.09.2009. Caso *Dacosta Cadogan v. Barbados*. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_204_esp.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RE 15.531, Pleno, julgado em 26.09.1949, publicado DJ de 19.09.1951. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613679>.

_____. HC 38.758 GB, Pleno, julgado em 25.10.1961, publicado no DJ de 14.12.1961. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=56302>.

_____. HC 40.289 DF, Pleno, julgado em 27.11.1963, publicado no DJ de 17.12.1963. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=57272>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). HC 118.989 SP, 6a. Turma, julgado em 09.02.2010, publicado no DJe 08.03.2010. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7818141&num_registro=200802330355&data=20100308&tipo=91&formato=PDF.

_____. HC 191.622 TO, 5a. turma, julgado em 05.02.2013, publicado no DJe 15.02.2013. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26252585&num_registro=201002196461&data=20130215&tipo=91&formato=PDF.

_____. HC 290.663 SP, 6a. Turma, julgado em 04.12.2014, publicado no DJe 17.12.2014. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42589866&num_registro=201400584354&data=20141217&tipo=91&formato=PDF.

_____. HC 334.626 SP, 5a. Turma, julgado em 05.05.2016, publicado no Dje 16.05.2016. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60554842&num_registro=201502143963&data=20160516&tipo=51&formato=PDF.

_____. REsp 19.436 SP, 5a. Turma, julgado em 03.03.1993, publicado no DJ 05.04.1993. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200048439&dt_publicacao=05-04-1993&cod_tipo_documento=3&formato=PDF.

_____. REsp 146.667 MG, 5a. Turma, julgado em 17.11.1998, publicado no DJ 15.03.1999. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700616924&dt_publicacao=15-03-1999&cod_tipo_documento=3&formato=PDF.

_____. RHC 53.136 SP, 5a Turma, julgado em 18.11.2014, publicado no Dje 26.11.2014. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41692310&num_registro=201402804510&data=20141126&tipo=51&formato=PDF.

ESTADOS UNIDOS. *Case Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435, 453, 1932. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/435/case.html>.

_____. *Case United States v. Burkley*, 591 F.2d 903, D.C. Cir. 1978. Disponível em <http://openjurist.org/591/f2d/903/united-states-v-burkley>.

_____. *Case United States v. Gunter* 741.F2d.151, 7th Cir. 1984. Disponível em <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/741/741.F2d.151.84-1102.84-1101.html>.

_____. *Case United States v. Alston*, 895 F.2d 1362, 11th Cir., 1990. Disponível em <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/895/895.F2d.1362.88-8802.html>.

PORTUGAL. Acórdão de 30.10.2002, Processo n. 2118/2002. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c86bbadd1c727fe880256cc3004b5b47?OpenDocument>.

_____. Acórdão de 20.02.2003, Processo n. 4510/2002. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e4c9177530b2c36380256d08004e5d11>.

_____. Acórdão de 30.10.2003, Processo n. 2032/2003. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/095237f2defdecbc80256e910044d94e?OpenDocument>.

_____. Acórdão de 29.06.2006, Processo n. 9060/2006-3. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5c86f077af3141488025728b003e0353>.

_____. Acórdão de 27.06.2012, Processo n. 127/10. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/318098074779316080257aa100366960?OpenDocument>.

TEDH. Acórdão de 21.02.1975. *Case Golder v. The United Kingdom* Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496>.

_____. Acórdão de 09.06.1998. *Case of Teixeira de Castro v. Portugal*. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58193>.

_____. Acórdão de 05.11.2002. *Case of Allan v. The United Kingdom*. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60713>.

_____. Acórdão de 27.10.2004. *Case of Edwards and Lewis v. The United Kingdom*. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67226>.

_____. Acórdão de 05.02.2008. *Case of Ramanauskas v. Lithuania*. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84935>.