



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA



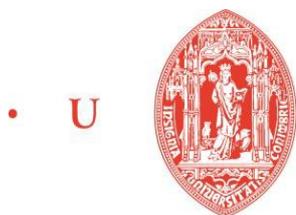
Gustavo Fonseca Vieira

**UMA ABORDAGEM PROCESSUAL PENAL  
DO REGIME JURÍDICO DAS AÇÕES  
ENCOBERTAS EM ESPECIAL DA  
INFILTRAÇÃO DE AGENTES**

**VOLUME 1**

**Dissertação no âmbito do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais, orientada orientada pela Professora Doutora Cláudia Cruz Santos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Maio de 2019



• U • C •

**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**GUSTAVO FONSECA VIEIRA**

**UMA ABORDAGEM PROCESSUAL PENAL DO REGIME JURÍDICO DAS  
AÇÕES ENCOBERTAS - EM ESPECIAL DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES**

Dissertação elaborada e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
no âmbito do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais

**Professora Orientadora:** Senhora Doutora Cláudia Maria Cruz Santos

Coimbra, 2019



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Aos meus Pais,



## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Senhora Professora Doutora Cláudia Maria Cruz Santos, orientadora desta dissertação, não só pelas críticas e sugestões, fundamentais para o amadurecimento deste trabalho, mas pela maneira franca, didática, profissional e acolhedora com que leciona criminologia na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Agradeço ao meu Pai, João Martiniano Vieira Neto, e à minha Mãe, Shirley Fonseca Vieira, pelo apoio material, moral e intelectual, pelo amor incondicional.

Agradeço a minha esposa, Livia Sampaio Pereira, por compartilhar comigo sonhos e esperanças.

Agradeço ao amigo Oto Almeida de Oliveira Júnior, Promotor de Justiça responsável por substituir-me durante todo o período de ausência para cursar o Mestrado.

Agradeço ao amigo Artur Ferrari de Almeida que, na qualidade de Secretário-Geral do Ministério Público do Estado da Bahia, envidou esforços para que pudéssemos, Livia e eu, cursarmos o Mestrado.

Agradeço aos funcionários das bibliotecas das Faculdades de Direito das Universidades de Coimbra e Salamanca pelos auxílios inestimáveis na fase de investigação.

Agradeço aos familiares e amigos que fazem parte da minha história e que alegam meus dias.

Coimbra, 2019.



## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo produzir uma análise processual penal crítica ao Regime Jurídico das Acções Encobertas e, em especial, ao instituto da infiltração de agentes. Após histórico da evolução legislativa e a par das considerações desenvolvidas acerca da aplicação dos princípios da legalidade e da proporcionalidade ao campo das ações encobertas, concluiu-se que o atual Regime Jurídico, inaugurado pela lei nº 101/01, de 25 de Agosto, embora tenha consubstanciado avanços significativos no trato da matéria, ainda carece de regulamentações importantes. Neste sentido, concluiu-se que a lei deveria exigir a apresentação de relatórios periódicos sobre a operação, seja ela encoberta ou infiltrada, como forma de possibilitar controle efetivo das ações desenvolvidas pelo agente por parte das autoridades responsáveis. Ademais, julgamos também fundamental que a lei contemple a exigência de apresentação de um plano de infiltração para que as autoridades do MP e do Poder Judiciário tenham condições de avaliar com dados objetivos a admissibilidade ou não da operação. Por fim, concluiu-se também que, embora a lei não preveja prazo máximo para uma operação de infiltração, a prudência judicial e o princípio da proporcionalidade devem ter aplicação no sentido de impedir infinitas prorrogações que podem ocasionar, em última análise, não a simples restrição dos direitos, garantias e liberdades individuais fundamentais, mas a própria negação de tais liberdades, afetadas de forma continuada e por longos períodos de tempo pela ação estatal.

**Palavras-chave:** processo penal; Regime Jurídico das Acções Encobertas; infiltração de agentes; legalidade; prova; proporcionalidade.

Coimbra, 2019.



### ABSTRACT

The present work has as objective to produce a critical criminal procedural analysis to the Legal Regime of Covered Actions and, in particular, to the institute of agent infiltration. After a history of legislative developments, and in addition to the considerations developed regarding the application of the principles of legality and proportionality to the covert actions, it was concluded that the current Legal Regime, inaugurated by Law 101/01 of 25 August, although has made significant progress in dealing with the matter, it still lacks important regulations. In this sense, it was concluded that the law should require the submission of periodic reports on the operation, either undercover or infiltrated, as a way to enable effective control of the actions developed by the agent by the responsible authorities. In addition, we also consider it fundamental that the law should include the requirement to present an infiltration plan so that the authorities of the Public Prosecutor's Office and the Judiciary can be able to decide with objective data the admissibility of the operation. Finally, it was also concluded that, although the law does not provide for a maximum time limit for an infiltration operation, judicial prudence and the principle of proportionality must be applied in order to prevent endless extensions which may ultimately lead not to simple restriction of fundamental rights, guarantees and individual freedoms, but the very negation of such freedoms, affected continuously and for long periods of time by state action.

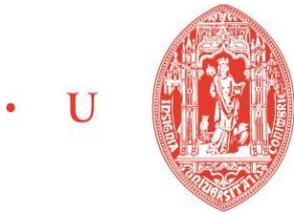
**Keywords:** criminal process; Legal Regime of Covered Actions; infiltration of agents; legality; proof; proportionality.

Coimbra, 2019.



## ÍNDICE

1- Introdução. Plano de trabalho.....	08-10
2- Prevenção e repressão aos novos fenômenos criminais: a permanente tensão dialética entre direitos, garantias e liberdades individuais fundamentais e a eficácia da administração da Justiça.....	10-15
2.1- A administração da justiça penal enquanto interesse constitucionalmente protegido.....	15-16
2.2- Acerca da eficácia da infiltração de agentes.....	16-18
3- <i>Homens de Confiança</i> .....	19-20
3.1- Duas críticas severas à infiltração de agentes: a ética e o horizonte jurídico-normativo	
3.1.1- O dilema ético.....	20-22
3.1.2- Meios enganosos e a proibição de prova.....	22-27
4- A infiltração de agentes e o princípio da legalidade.....	27-33
5- O princípio constitucional da proporcionalidade.....	34-43
6- O Regime Jurídico das Acções Encobertas.....	44
6.1- A evolução legislativa.....	44-49
6.2- A lei nº 101/2001, de 25 de agosto.....	49-50



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

6.2.1- <<Mais vale prevenir que remediar>>. Notas sobre a admissibilidade da infiltração de agentes voltada à prevenção criminal.....	50-53
6.2.2- COSTA ANDRADE e as investigações de campo avançado.....	54-56
6.3- Âmbito de aplicação.....	56-59
6.4- Requisitos.....	59-62
6.5- Controle Judicial.....	62-68
6.5.1- Acerca da necessidade de apresentação de relatórios periódicos sobre a operação.....	68-70
6.5.2- A necessidade de um plano de infiltração.....	70-73
6.6- Da pessoa do agente.....	73-74
6.6.1- Recrutamento.....	74-78
6.6.2- Treinamento: formação, imersão e especialização.....	78-80
6.6.3- Infiltração propriamente dita e seguimento.....	80-82
6.6.4- Pós-infiltração e reinserção.....	82-83
6.7- Regras de proteção do agente.....	83-86
6.8- Prazo de duração da operação e prorrogação da autorização para proceder à infiltração.....	86-88
6.9- Limites de atuação. A não punibilidade do agente infiltrado ou a isenção de responsabilidade penal em situações específicas.....	88-94
7- Notas conclusivas.....	95-96
8- Referências bibliográficas.....	97-105



## 9- Referências jurisprudenciais

### 9.1- Europeias

10.1.1- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem..... 105

### 9.2- Portuguesas

9.2.1- Tribunal Constitucional..... 105-106

9.2.2- Supremo Tribunal de Justiça..... 106

Coimbra, 2019.

## UMA ABORDAGEM PROCESSUAL PENAL DO REGIME JURÍDICO DAS AÇÕES ENCOBERTAS - EM ESPECIAL DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES

### 1- Introdução. Plano de trabalho.

A proposta do presente estudo é realizar uma abordagem crítica ao Regime Jurídico das Ações Encobertas (RJAЕ) e, em especial, do instituto da infiltração de agentes no âmbito da repressão criminal, ou seja, enquanto meio de obtenção de prova voltado à apuração de infrações penais graves e dotado de elevado potencial danoso aos direitos, garantias e liberdades individuais fundamentais (DGLIF), tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, seja no âmbito doméstico ou mesmo pelo direito comparado<sup>1</sup>.

Para tanto, considerar-se-á que a eficiência na administração da justiça penal constitui interesse constitucionalmente protegido e que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para solucionar a tensão entre esse mencionado interesse e os DGLIF sujeitos à afetação com a prática das ações desenvolvidas pelo Estado<sup>2</sup>.

Não constitui tarefa difícil vislumbrar a potencialidade de danos aos DGLIF a partir do recurso à infiltração de agentes, método invasivo e encoberto de pesquisa de prova. COSTA ANDRADE, a propósito de tratar dos métodos ocultos de investigação, afirma a capacidade dos mesmos em sacrificar um amplo espectro de bens jurídicos ou direitos fundamentais, tanto no plano material substantivo, quanto no plano adjetivo-

---

1 Cf. PRADO, “a infiltração configura prática processual excepcionalmente necessária para a apuração das infrações penais, mas a sua adoção carrega consigo imenso potencial de lesão aos bens jurídicos contemplados nos direitos individuais, danos produzidos às vezes de modo irreparável”. PRADO, Geraldo. Infiltração policial e instigação em cadeia: tensão no âmbito da legalidade processual penal: notas ao direito brasileiro. In: *FARIA COSTA, José de; MIRANDA RODRIGUES, Anabela; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sônia (orgs.). Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel da Costa Andrade*. V. II. *Studia Iuridica* 109. Ad honorem – 8. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 711.

2 Comungamos do entendimento de BECHARA, para quem conflitos entre princípios, direitos ou valores fundamentais, por terem sido alçados ao plano constitucional como necessários ao estabelecimento do modelo de Estado implantado, devem coexistir, não se admitindo que um negue vigência a outro, ou vice-versa, “sob pena de se negar a força diretiva que o texto constitucional exerce sobre todo o sistema”. BECHARA, Fábio Ramazzini. Criminalidade organizada e procedimento diferenciado: entre eficiência e garantismo. In: *FARIA COSTA, José de; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais. Visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 926.

processual<sup>3</sup>. Por essa excepcional razão, conforme será melhor explicitado adiante, tal técnica excepcional de investigação e pesquisa de prova merece cautelas adicionais do Estado<sup>45</sup>.

Essa busca por equilíbrio entre a eficiência da administração da justiça penal ou, em termos mais estreitos, da atuação estatal voltada à apuração de infrações penais graves *versus* DGLIF<sup>6</sup>, ganha especial conotação quando tratamos de um método oculto de investigação que, no magistério de COSTA ANDRADE, apresenta problemas de cunhos ético e jurídico-normativo<sup>7</sup>. Passaremos a analisar como a lei, a doutrina e a jurisprudência nacionais estão a enfrentar tais problemáticas.

Metodologicamente, para o bom desenvolvimento das ideias, no segundo tópico optamos por uma abordagem à tensão dialética entre a eficácia da administração da justiça penal e a prevenção e a repressão aos novos fenômenos criminais.

O terceiro espaço de desenvolvimento versa sobre os *Homens de Confiança*, conceito extensivo proposto por COSTA ANDRADE e capaz de abranger as figuras de agentes encobertos, infiltrados, provocadores e meros informantes. Julgamos oportuno

---

3 Com relação ao plano material-substantivo, o autor cita como exemplos a privacidade/intimidade, palavra, imagem, sigilo profissional, inviolabilidade de domicílio, segredo de Estado, sigilo das telecomunicações, confidencialidade e integridade dos sistemas técnico-informacionais e autodeterminação informacional. No que tange ao plano processual: o direito a recusar testemunho ou depoimento, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o direito ao silêncio, além de possibilitarem a obtenção de confissões inconsistentes, isentas de liberdade. Alerta ainda para uma “tendência irreprimível para invadir a esfera jurídica de um número incontrolável de pessoas” e ocasionar “tropismos na dinâmica processual”. COSTA ANDRADE, Manuel da. *“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. 106-107.

4 VIEIRA assevera ser a infiltração de agentes método excepcional de aquisição de prova para combater práticas criminosas também excepcionais, e acrescenta: “para meios excepcionais há que tomar cautelas adicionais”. VIEIRA, Renato Stanziola. “Agente infiltrado” - estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 18. N. 87. Nov.-dez.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 210.

5 Neste particular, concordamos com VIEIRA. Ao meio de obtenção de prova mais invasivo e com maior potencial de danos a direitos e garantias individuais, é necessário, de fato, que o Estado tome uma série de providências, sobretudo de ordens legal e jurisdicional, visando seu controle.

6 MEIREIS salienta que “ao nível da infiltração, o conflito gera-se entre a necessidade de administrar a justiça (artigo 202º, nº 1 da CRP) e os direitos fundamentais que a figura põe em causa e restringe; no processo de infiltração, o agente infiltrado leva o suspeito a, involuntariamente, produzir prova contra si próprio, o que ofende a liberdade de declaração e a garantia da não autoincriminação; além disto, e como vimos, fã-lo entrando na sua vida privada, nas suas relações de amizade, nos seus momentos menos públicos, na sua casa e, eventualmente, no seio da sua família e tudo sem revelar sua identidade e qualidade”. MEIREIS, Manuel Augusto Alves. “Homens de confiança”. Será o caminho? In: *VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). II Congresso de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 96.

7 COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 221.

abordar os problemas que envolvem a infiltração de agentes no campo da ética e, no que tange ao horizonte jurídico-normativo, a questão relativa à proibição dos meios enganosos de prova.

Dedicamos o quarto tópico ao cotejamento da infiltração de agentes com o princípio da legalidade, por constituir base de conhecimento prévio indispensável a uma análise crítica não somente do RJAE, mas também das leis processuais penais anteriores que procuraram disciplinar a matéria.

O princípio da proporcionalidade, sua aplicação no campo da prova processual penal e, em especial, no âmbito dos métodos ocultos de prova, preenche o quinto capítulo.

Por derradeiro, ocupa o sexto espaço de exposição o estudo sobre o RJAE, dividido em subtópicos da seguinte forma: 6.1) evolução legislativa; 6.2) a lei nº 101/2001, de 25 de Agosto (incluindo-se considerações sobre a admissibilidade da infiltração de agentes voltada às finalidades preventivas e as lições de COSTA ANDRADE sobre as investigações de campo avançado); 6.3) âmbito de aplicação; 6.4) requisitos; 6.5) controle judicial (considerações que abrangem também a necessidade de um plano de infiltração e a apresentação de relatórios periódicos sobre a operação); 6.6) da pessoa do agente (recrutamento e formação; infiltração propriamente dita e seguimento; pós-infiltração e reinserção; regras de proteção do agente; limites de atuação do infiltrado); 6.7) regras de proteção do agente; 6.8) prazo de duração da operação e prorrogação da autorização para proceder à infiltração; 6.9) limites de atuação do agente infiltrado ou a isenção de responsabilidade penal do mesmo em situações específicas.

2- Prevenção e repressão aos novos fenômenos criminais: a permanente tensão dialética entre direitos, garantias e liberdades individuais fundamentais e a eficácia da administração da Justiça

As novas formas de criminalidade, conforme aponta MIRANDA RODRIGUES, costumam utilizar das “lógicas e potencialidades da globalização”<sup>8</sup> para a organização do

---

<sup>8</sup> Cf. a autora, a globalização é uma das características que define os modelos sociais postindustriais e um fenômeno em princípio econômico, “a que corresponde a eliminação de restrições e a ampliação dos mercados”, mas que também não deixa de ser política, tecnológica e cultural. MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *O direito penal emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 167. Para GIDDENS, a globalização pode ser definida como um processo dialético em que determinados fatos podem ser deslocados em diversas direções em curto espaço de tempo, capaz de ocasionar o incremento das relações sociais em escala global. GIDDENS, Anthony. *As consequências da globalização*. Trad. Raúl Fiker. São Paulo: UNESP,

crime, permitindo que grupos marginais homogêneos se articulem em rede e adotem tipos de cumplicidade, solidariedade e hierarquia” para explorar campos amplamente diversificados, como o tráfico de pessoas, drogas, armas e veículos, jogo, prostituição e proxenitismo, furtos de obras de arte e branqueamento de capitais<sup>9</sup>.

Na mesma linha, mas sob outro enfoque, mesmo que não divorciado do fenômeno da globalização<sup>10</sup>, COSTA ANDRADE afirma que o desenvolvimento de novas tecnologias, fruto do progresso científico, a exemplo das modalidades de criptografia, criou ambiente onde as práticas criminosas proliferam. Para FIGUEIREDO DIAS, o surgimento e o incremento de novas formas de criminalidade é fruto de uma sociedade “exasperadamente” tecnológica, massificada, global, lugar onde as ações humanas, não raras vezes anônimas, são capazes de produzir riscos também globais, produzidos em lugar e tempo distantes da conduta que os originou e que podem ter consequências graves, a exemplo da extinção da vida<sup>11</sup>.

Neste contexto acima evidenciado e de crescente preocupação com a segurança social, em busca por afastar-se do estado de insegurança provocado por formas graves e violentas de criminalidade, COSTA ANDRADE afirma ter ocorrido um alargamento e incremento do aparato de técnicas especiais de investigação<sup>12</sup> cada vez mais invasivas e

---

1991, p. 60.

9 Cf. o autor, essas novas formas de criminalidade estabelecem formas de aliança estratégica baseada em considerações como a redução do risco, a necessidade de especialização ou o desejo de penetrar em novos mercados. RODRIGUES, Cunha. Os senhores do crime. In: *Revista portuguesa de ciência criminal*. Ano 9. Jan.-mar. Fasc. 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 12.

10 A globalização acabou por ocasionar mudanças capazes de gerar efeitos no desenvolvimento da criminalidade, como as de ordens (i) técnica, a exemplo do aparecimento e desenvolvimento da internet; (ii) econômica, como o incremento do comércio em escala global; e (iii) política, resultando no enfraquecimento das fronteiras entre países e a facilitação no tráfego de pessoas, bens e serviços entre Estados.

11 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal na <<sociedade do risco>>. In: *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 158. Os argumentos lançados por FIGUEIREDO DIAS nos remete à realidade da sociedade de risco descrita por BECK, onde os riscos e ameaças atuais caracterizam-se fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance e de suas causas modernas. São, nas palavras do autor, “riscos da modernização”, “produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior”. Assim, conforme assinala, “a promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser, diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico-econômico”. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Nascimento, SEBASTIÃO. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 24-26.

12 Cf. SINTRA, o “conceito de técnicas especiais de investigação criminal, engloba a actividade policial dissimulada, de natureza confidencial, ou até secreta, que é desenvolvida com a finalidade de obter fluxos de informação tratada (*intelligence*) respeitante a actividades de pessoas suspeitas e/ou de recolher material probatório resultante da sua participação em práticas delituosas, a nível individual e/ou no seio de grupos criminosos organizados, com destaque para as condutas que integram as definições legais de terrorismo, criminalidade violenta, especialmente violenta e altamente organizada, mediante recurso a adequados meios

com maior lastro de “deslealdade”, a partir da utilização de métodos ocultos, capazes de fazer surgir “novas linhas de equilíbrio entre a segurança (a *Funktionstätigkeit der Strafrechtspflege*, a *law and order*), e a liberdade (a autonomia, os direitos processuais), com a balança a inclinar-se cada vez mais para o primeiro dos lados”<sup>13</sup>.

Com efeito, para alcançar eficácia na administração da justiça penal, visando a prevenção e a repressão ao terrorismo, às criminalidades organizada<sup>14</sup><sup>15</sup>, violenta, especialmente violenta e altamente organizada<sup>16</sup>, o Estado deve utilizar técnicas de investigação e fazer uso de meios de obtenção de prova<sup>17</sup><sup>18</sup> que sejam adequados e proporcionais a estas formas de criminalidade<sup>19</sup>, com instrumentos processuais compatíveis

---

humanos e/ou técnicos”. O autor cita como exemplos de tais técnicas as ações encobertas, a gestão e o controle de colaboradores, a proteção de testemunhas, as entregas controladas, o seguimento e a vigilância eletrônica, incluindo a interceptação de comunicações. SINTRA, António. Técnicas Especiais de Investigação Criminal. Factor de segurança. In: *Investigação Criminal. Revista semestral de investigação criminal, ciências criminais e forenses*. N. 1. Lisboa: ASFICPJ – Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária, 2011, p. 70.

13 COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 124. FIGUEIREDO DIAS entende que para os casos de terrorismo e criminalidade organizada, o ponto de equilíbrio dos interesses em colisão deve mesmo ser outro quando comparado àquele próprio da criminalidade *geral*, “mesmo quando deva reputar-se grave ou muito grave”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*. V. 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25. Voltaremos a tratar do tema de forma desenvolvida a propósito de examinar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

14 Referimos primeiramente a esta forma de criminalidade, pois foi para buscar maior eficácia da atuação estatal voltada à apuração de infrações penais cometidas neste contexto que os ordenamentos jurídicos passaram a acolher a infiltração de agentes.

15 A Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, define organização criminosa em seu artigo 2º, “a”. Disponível em: [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao\\_nu\\_criminalidade\\_organizada\\_transnacional.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_nu_criminalidade_organizada_transnacional.pdf). Acesso em 22 de janeiro de 2019.

16 Cf. art. 1º, nº 1, alíneas “i”, “j”, “l” e “m” do CPP. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis..](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis..) Acesso em 27 de março de 2019.

17 SILVA diferencia meios de prova e meios de obtenção da prova: “os meios de obtenção da prova são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, são instrumentos para recolher no processo esses instrumentos. Os meios de obtenção de prova distinguem-se dos meios de prova numa dupla perspectiva: lógica e técnico-operativa. Na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de conhecimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção de prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspectiva técnico-operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito”. SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 2 ed. Lisboa: Verbo, 1999, p. 189-190.

18 Outros autores preferem a expressão meios de pesquisa de prova, conforme podemos encontrar em VIEIRA, op. cit., p. 190.

19 O princípio da proporcionalidade será objeto de capítulo próprio neste trabalho.

com a evolução e a modernização das estratégias ilícitas<sup>20</sup>, aptas ao recolhimento de meios de prova<sup>21</sup> necessários à apuração eficiente de infrações penais classificadas como graves<sup>22</sup>.

Para cumprir essa tarefa, contudo, não pode o Estado continuar a contar com técnicas de investigação tradicionais, inaptas ao alcance da finalidade almejada. Com efeito, a ineficácia dos meios tradicionais de investigação ou de obtenção de prova para a efetiva administração da justiça penal em relação às assinaladas formas de criminalidade constitui fato comprovado, conforme afirma PEREIRA: “o processo penal não vem modernizando-se em ritmo equivalente ao desenvolvimento das novas formas de criminalidade, por prever meios de investigação pouco avançados para fazer frente a expansão do crime organizado”<sup>23</sup>.

---

20 VIEIRA prefere outra abordagem e assevera que “a análise estrita do direito processual penal que se propõe a fazer não obedece a lógica difundida de que os fins podem justificar os meios (isto é: a de que a apodíctica complexidade desse ou daquela organização criminosa pode legitimar a utilização de meio de pesquisa de prova)”. Ibidem, p. 191.

21 GOMES FILHO define meios de prova como sendo “os instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz”. Já os elementos de prova seriam, para aquele autor, “cada um dos dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 307. Perfilhamos deste entendimento e consideramos como exemplos de meios de prova, portanto, a prova testemunhal, as declarações do arguido, do assistente e das partes civis, prova por acareação e por reconhecimento, a reconstituição do fato, a pericial, a documental, conforme previsão do Livro II, Capítulo II do CPP.

22 COSTA ANDRADE assevera que “face a esta criminalidade – marcada, para além da organização (e também por causa dela) pela mobilidade e invisibilidade e gozando de uma imunidade privilegiada à devassa das instâncias formais de controlo – nada mais indicado do que o recurso cada vez maior a todo um arsenal de métodos ocultos de intervenção e investigação”. Assevere-se, contudo, que o referido autor não defende o uso indiscriminado de métodos ocultos de intervenção, pelo contrário. A assertiva aqui destacada leva em conta apenas a natural necessidade de se valer de recursos outros, ante à dificuldade encontrada para apuração de tais infrações penais no âmbito dessas formas de criminalidade. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, op. cit., p. 160.

23 PEREIRA, Flávio Cardoso. *El agente infiltrado desde el punto de vista del garantismo procesal penal*. 2 ed. Revisada y actualizada com la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, 5 de octubre. Curitiba: Juruá, 2016, p. 298. Embora tal argumento tenha sido produzido a propósito de considerações acerca do processo penal espanhol, parece-nos, à toda evidência, aplicar-se à realidade processual penal portuguesa. O referido autor reconhece que tal atraso tem sido reconhecido, inclusive, de maneira generalizada para os fins de apuração das novas formas de criminalidade no âmbito do direito comparado. Tal afirmação, conforme nosso entendimento, encontra respaldo na Convenção de Palermo, a qual Portugal aderiu e que exorta os Estados-Partes a adotarem medidas para intensificar a cooperação através da implementação e aplicação de medidas diversas, dentre elas as denominadas técnicas especiais de investigação. Ademais, no mesmo sentido, INCHAUSTI considera que o processo penal espanhol encontra-se de costas aos avanços científicos do último século e que, com seu atraso, deixa de aproveitar as vantagens que os mesmos podem constituir para os sujeitos ativos do processo penal. INCHAUSTI, Fernando Gascón. *Infiltración policial y <<agente encubierto>>*. *Estudios de derecho comparado*. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 2.

Contudo, conforme assevera SANTOS, “a importância da descoberta da verdade não pode (...) ser usada como discurso legitimador monopolista para a desproteção em medida insuportável dos direitos fundamentais do arguido, sob pena de assim se contribuir não para o aperfeiçoamento da nossa justiça penal (a justiça penal própria de um Estado de Direito) mas porventura para o seu deslizamento em um sentido contrário àquele que deve ser o da própria justiça, o da democracia e o da liberdade”<sup>24</sup>.

Uma vez caracterizado o dilema, é de se concluir que alcançar a concordância prática entre essas finalidades não constitui tarefa fácil<sup>25</sup>, especialmente a par dos avanços científicos alcançados nas últimas décadas. MARTINS, a este propósito, assevera que aquele que conseguir “penetrar neste mundo tecnológico de forma aceitável, ou seja, sem ferir outros valores de grau mais elevado, sabe a ‘busca do tesouro escondido’ destes tempos”<sup>2627</sup>.

---

24 SANTOS, Cláudia Cruz. O direito processual penal, as suas finalidades conflituantes e alguns problemas de “burla das etiquetas”. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Studia Iuridica 109. Ad honorem – 8. V. II. Direito Penal. Direito Processual Penal. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 814.

25 PACHECO, a propósito de tratar dos fins da persecução criminal, afirma haver uma “contrariedade fundamental (ou colisão fundamental), essência de uma persecução criminal constitucionalizada. Quanto mais intensamente se procura demonstrar a existência de um fato delituoso e sua autoria (princípio instrumental punitivo), mais se distancia da garantia dos direitos fundamentais; quanto mais intensamente se garantem os direitos fundamentais (princípio instrumental garantista), mais difícil se torna a coleta e produção de provas que poderão demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria”. PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal. Teoria, crítica e práxis*. 7 ed, rev., amp. e atual. Niterói: Impetus, 2010, p. 55-56.

26 Tais observações foram feitas pelo autor no tópico “tecnologia ao serviço do crime” e, no que tange à adaptação do Estado, o qual se socorre das mesmas tecnologias para tentar controlar o seu uso indevido, cita como exemplos de novos utensílios ao dispor das instâncias formais de controle as bases de dados (como o cartão cidadão, instituído pela Lei nº 7/2007, de 5 de fevereiro), a videovigilância, o GPS (*Global Positioning System*) e a localização celular. MARTINS, A. Lourenço. Novas tecnologias, investigação criminal e o cidadão em vias de transparência. In: FARIA COSTA, José de; MIRANDA RODRIGUES, Anabela; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia (orgs.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel da Costa Andrade*. V. II. Direito penal e processual penal. Studia Iuridica 109. Ad honorem – 8. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 496.

27 Aliados aos recursos técnicos, o referido autor enumera o que denominou de “recursos jurídicos”: “dissimulação temporária de identificação dos investigadores bem como dos meios e equipamentos; as modalidades de registro de som e de imagem; a nova regulação das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal; a extensão da medida das entregas controladas à investigação de vários crimes, antes apenas prevista para os casos de tráfico de droga; o agrupamento da investigação com a colaboração de diversas especialidades no combate à criminalidade económica e fiscal e os novos meios jurídicos de recolha de prova, nomeadamente, quebra do segredo profissional e bancário; a perda de bens a favor do Estado, com inversão prática do ónus da prova; a consulta em tempo real de bases de dados de relevante conteúdo pessoal e patrimonial, a interceção e gravação não apenas de conversações ou comunicações telefónicas como da transmissão de dados e mensagens por via eletrónica”. *Ibidem*, p. 499.

A par desta dificuldade, decidiu o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) que mesmo sob pressão do recurso a medidas de investigação penal secretas, o regime de garantias “conforme um *standard* mínimo de direitos fundamentais é algo inegociável, mais além das exceções ou limitações que o próprio Convenio [CEDH] contempla”<sup>28</sup>.

2.1- A administração da justiça penal enquanto interesse constitucionalmente protegido

Defendemos, neste estudo, a necessária relativização dos DGLIF em virtude da necessidade de conferir eficácia à administração da justiça penal em casos de relevante interesse social<sup>29</sup>. A discussão doutrinária acerca da eficácia funcional da administração da justiça penal consubstanciar ou não interesse constitucionalmente protegido, por decorrer do próprio princípio do Estado de Direito, vem de longa data e ocasionaram amplos debates sobre a admissibilidade de meios de prova obtidos com consequentes restrições de liberdades constitucionalmente consagradas, conforme assinala ONETO<sup>30</sup>.

COSTA ANDRADE, p. ex., a propósito do tema, admite restrições a tais liberdades desde que a utilização do *homem de confiança* esteja restrita à prevenção e à repressão ao terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada<sup>31</sup>. Como forma de justificar seu posicionamento, cita dois julgados do Tribunal Federal de Justiça alemão (Bundesgerichtshof, BGH) em que aquela Corte reconheceu que a Constituição daquele Estado impõe não somente a tutela dos direitos fundamentais, a exemplo do direito da personalidade, mas também a necessidade de proteção “a uma justiça funcionalmente

---

28 PRADO referencia como exemplo de tal limitação a nível jurisprudencial no seio da União Europeia (UE), o caso *Jalloh v. Germany*, de 11 de julho de 2006. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Reports\\_Recueil\\_2006-IX.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2006-IX.pdf). Acesso em 12 de março de 2019. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem que lastreou a referida decisão encontra-se disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em 12 de março de 2019. PRADO, *Infiltração policial...*, op. cit., p. 710.

29 BECHARA conclui que a irrestrita observância de qualquer liberdade pública, sem qualquer critério orientador, certamente acarreta como consequência o sufocamento de outras liberdades públicas, individuais ou coletivas. BECHARA, op. cit., p. 925.

30 ONETO, Isabel. *O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 166.

31 COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, op. cit., p. 233.

capaz, sem a qual não se pode contribuir para a manifestação e actualização da própria justiça”<sup>32</sup>.

FIGUEIREDO DIAS, no mesmo sentido, leciona que o Estado de Direito exige tanto a tutela das liberdades e o necessário reconhecimento dos limites inultrapassáveis para salvaguardá-las, como também “a proteção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal”, sob pena de ameaça ao Estado de Direito em seus próprios fundamentos<sup>3334</sup>.

Ainda a título argumentativo, ONETO sustenta que “a administração eficaz da justiça não pode, assim, deixar de ser entendida como um princípio do Estado de Direito, sobretudo quando a nova criminalidade ameaça corroer as suas próprias estruturas”<sup>35</sup>, com a prática de infrações penais de elevada gravidade, como são exemplos o terrorismo, a criminalidade organizada e a violenta.

## 2.2- Acerca da eficácia da infiltração de agentes

No campo da eficácia da administração da justiça penal ou, em termos mais específicos e limitados, no que tange à eficiência da atuação estatal voltada à apuração de infrações penais de natureza grave, conforme alerta BRAZ, a infiltração de agentes, enquanto modalidade de ação encoberta e no âmbito da repressão criminal “constitui um meio de obtenção de prova com grande potencial de eficácia na luta contra o crime organizado”<sup>36</sup>.

---

32 Nas ocasiões, cf. o autor, o Bundesgerichtshof “pronunciou-se abertamente por um princípio geral de ponderação que erige a realização efectiva da justiça penal em transcendente interesse do Estado de Direito cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais e legitimar o seu sacrificio”. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, op. cit., p. 29.

33 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In: *AA. VV., Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 205-206.

34 ONETO, com apoio em FIGUEIREDO DIAS, afirma que “o Estado tem ‘o dever de administração e realização da justiça penal’, cujo cumprimento só é plenamente atingido quando os responsáveis por ilícitos criminais são justamente condenados”. ONETO, op.cit., p. 93.

35 Ibidem, p. 171.

36 Ainda salienta o referido autor que “a consciência da importância desta técnica investigatória levou a ONU a consagrar no nº I do art. 20 da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, o recurso a acções encobertas ‘a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada’”. BRAZ, José. *Investigação criminal*. 3 ed. 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2016., p. 349. O *guia de boas práticas – luta contra o tráfico de drogas* da AIAMP (Associação Ibero-Americana de Ministérios Públicos), apoiando-se em disposições da citada Convenção de Palermo e também da Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena de 1988), afirma ser a infiltração de agentes uma das técnicas especiais de investigação mais eficazes na luta contra a

COSTA ANDRADE aponta que uma “generalidade de autores e, sobretudo, a jurisprudência, continuam a encarar o *Polizeispitzel* como expediente indispensável duma resposta eficaz às manifestações mais ameaçadoras da criminalidade”<sup>3738</sup>. O autor aponta ainda para uma imprescindibilidade dos métodos ocultos de investigação, amparado na convicção de que são insubstituíveis para a perseguição e repressão da criminalidade organizada, transnacional, transaccional, consensual, *victimless*, imunes aos meios tradicionais de investigação<sup>39</sup>.

No mesmo sentido, a propósito de tratar da infiltração de agentes no âmbito da criminalidade organizada, esta “cada vez mais desenvolvida e sofisticada”, PEREIRA faz referência à indispensabilidade de tal técnica em razão da(s): a) ineficácia das técnicas tradicionais para controle da expansão dessa forma criminalidade; b) atuação internacional destes grupos criminosos; c) estrutura logística utilizada nas atividades delituosas, e; d) dificuldades em se conhecer a fundo a potencialidade lesiva, a estrutura material e o *modus operandi* dessas verdadeiras “multinacionais do crime”<sup>40</sup>.

A imprescindibilidade de se recorrer a tais métodos ocultos de investigação e, em particular, à infiltração de agentes, deve-se à já referida evolução tecnológica e, em boa medida, também em razão da cultura de “supressão da prova” a que faz referência PEREIRA, com citação de FASSONE, consubstanciada, v.g., na “promoção deliberada de destruição de documentos, eliminação de vestígios, restrição de conversações telefônicas”<sup>41</sup>. Some-se a isso a astúcia, violência e sofisticação de organizações mais

---

criminalidade organizada e, em especial, o tráfico de drogas. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/pedido-de-cooperacao-1/manuais-de-atuacao-1/guia-de-boas-praticas-luta-contra-o-trafico-de-drogas/guia-de-boas-praticas-luta-contra-o-trafico-de-drogas-versao-portugues>. Acesso em 31 de março de 2019.

37 O autor utiliza o termo *Politzpizel* para referir-se aos agentes, encoberto ou infiltrado, que limitam-se à recolha de informações, diferentemente daqueles que chegam ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (*polizeiliche Lockspitzel*). COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, op. cit., p. 220-229.

38 O Ministro da Justiça à época da alteração do RJAE (2001) iniciou a exposição de motivos com ponderações acerca da necessidade de maior eficácia no combate à criminalidade grave e organizada e na recolha de prova que assegure a efetiva condenação dos criminosos. Ademais, afirmou que a atuação encoberta constitui “mecanismo importantíssimo de investigação criminal”. GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *O novo regime jurídico do agente infiltrado. Comentado e anotado – legislação complementar*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 16.

39 COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 106.

40 PEREIRA, Flávio Cardoso. Agente infiltrado virtual (Lei 13441/17): primeiras impressões. In: *Revista eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás*. V. 33, 2017, p. 99. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_12/8-ArtigoFlavio\\_Layout%201.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_12/8-ArtigoFlavio_Layout%201.pdf). Acesso em 15 de março de 2019.

41 Para o autor, além de implementar novas formas de investigar as formas mais graves de criminalidade, é obrigatório também que os Estados estruturarem corpos policiais de segurança, dotando-os de aparatos

avançadas, recursos de alta tecnologia para comunicação, v.g., criptografia, utilização de ambientes na *dark web* e *deep web* para fins criminosos, sofisticadas técnicas de engenharia financeira, fiscal e contábil, dentre outras razões de cunho empírico<sup>42</sup>.

PEREIRA traz como exemplo concreto de eficácia deste método de investigação um caso ocorrido na Espanha, quando em 1975 parte da cúpula do ETA (Euskadi Ta Askatasuna – organização terrorista independentista vasca) acabou desarticulada graças à atuação de Mikel Legarza, jovem vasco infiltrado pelos serviços secretos espanhóis no comitê executivo daquela organização<sup>43</sup>.

COSTA ANDRADE afirma que as ações encobertas, enquanto pertencentes à categoria dos métodos ocultos de investigação, se instalaram definitivamente no processo penal português devido à conjugação de dois fatores: o primeiro deles condizente a uma ideologia de *war on terrorism*, advinda sobretudo dos Estados Unidos, e a segunda fruto das profundas mudanças estruturais desencadeadas pelos progressos tecnológicos, em especial no campo das telecomunicações. Pode-se afirmar, ademais, que a busca pela eficácia na administração da justiça penal ante o quadro de mudanças evidenciado por COSTA ANDRADE, constituiu razão fundamental para a admissão desta técnica especial de investigação no ordenamento processual penal português<sup>445</sup>.

---

tecnológicos de última geração, assim como uma preparação adequada e especializada de seus membros, medidas essas que uma vez concretizadas irão facilitar a utilização de meios e técnicas avançadas de investigação criminal. PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 303-304.

42 PEREIRA aponta como causas principais da ineficácia dos meios tradicionais de investigação para descoberta da verdade no âmbito da criminalidade organizada: a transnacionalidade real e virtual, própria da globalização econômica no século XXI, acelerada por uma tecnologia que permite atuar em tempo real em qualquer economia local, em qualquer momento, desde qualquer lugar. Refere também a uma abundância de meios de perpetração do crime e perfeição da estrutura organizacional que, em muitos casos, tornam inviáveis e insuficientes as técnicas de investigação tradicionais. PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 308.

43 Ibidem, p. 307.

44 COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 105.

45 A eficácia do método enquanto razão fundamental, não única, ressalte-se. Portanto, não se exclui que outras motivações tenham impulsionado o legislador. Como sabido, neste momento de legislar positivamente e, p. ex., tornar típica uma técnica especial de investigação criminal, a exemplo da infiltração de agentes, modalidade de ação encoberta, é conferida ao legislador ampla margem de conformidade. De fato, além da eficiência objetivamente verificada em relação a determinada técnica de investigação, são inúmeros os fatores que podem influenciar e justificar o legislador processual penal, dentre eles os de cunho empírico e empírico-criminológicos que podem procurar justificar a iniciativa legislativa, como, v.g., o grau de importância dos direitos, garantias e liberdades potencialmente sujeitas à lesão no quadro da ordem axiológica-constitucional, a espécie e o grau das ofensas que os podem atingir, a probabilidade da sua prática na ausência de mecanismos legais capazes de dissuadi-los, suas intensidades e duração, a longevidade e a reversibilidade dos seus efeitos, a proximidade do perigo, a condição do investigado, a idoneidade e suficiência dos vários outros meios de obtenção de prova disponíveis para, só por si e/ou articuladamente, garantir o alcance das finalidades que se pretende alcançar etc.

### 3- *Homens de Confiança*

COSTA ANDRADE parte de um conceito extensivo para caracterizar genericamente os *Homens de Confiança*, abrangidos por esta designação: agentes encobertos, infiltrados, provocadores e meros informantes<sup>46</sup>.

Para evoluir a temática, partiremos primeiramente de uma demarcação do agente infiltrado face às figuras do agente encoberto e do agente provocador, encontradas na lei, doutrina e jurisprudência, com o escopo de trabalhar, *a posteriori*, o elemento específico da provocação ou precipitação de crime.

Iniciemos com a definição legal portuguesa de agente encoberto. A lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, o qual trata do regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, define o agente encoberto como sendo o “funcionário de investigação criminal ou terceiro que atue sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade”<sup>47</sup>.

PEREIRA, por sua vez, contribui para uma definição doutrinária de agente encoberto, descrevendo-o como “um funcionário policial ou um terceiro à sua ordem que, sem revelar sua identidade, frequenta meios previsivelmente criminosos com o objectivo de recolher possíveis indícios relevantes, mas cuja presença e cuja qualidade não determinam nem influenciam de forma alguma o rumo dos acontecimentos”<sup>48</sup>.

No que diz respeito à definição de agente infiltrado, MEIREIS leciona ser aquele “agente da autoridade ou cidadão particular (mas que actue de forma concertada com a polícia) que, sem revelar a sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para a incriminação do(s) suspeito(s), ou então simplesmente para obtenção da *notitia criminis*,

---

46 Com referência a MAYER, o autor adota conceito extensivo capaz de abranger testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal sob a promessa de confidencialidade de atividade e identidade; particulares, pertencentes ou não ao universo da criminalidade; policiais e demais agentes das instâncias formais que agem disfarçadamente e se introduzem em grupos criminosos ou com eles mantêm contato, seja na qualidade de infiltrados ou provocadores. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, op. cit., p. 220. Assevera ainda que, de acordo com o ordenamento processual penal português, os *homens de confiança* possuem estatuto e funções idênticas aos dos agentes encobertos. Idem, *Bruscamente...*, op. cit., p. 127.

47 Este o teor do art. 1º, nº 2, da citada lei. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=89&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis). Acesso em 04 de março de 2019.

48 PEREIRA, Sandra. A recolha de prova por agente infiltrado. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (coords.). *Prova criminal e direito de defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 143.

ganha a sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos factos, praticando actos de execução se necessários for, por forma a conseguir a informação necessária ao fim a que se propõe”<sup>49</sup>.

Embora seja possível encontrarmos certa confusão terminológica na doutrina e nos julgados dos tribunais entre agente encoberto e infiltrado<sup>50</sup>, conforme destaca INCHAUSTI, há um traço diferenciador entre as figuras, já que, conforme leciona, este último é caracterizado justamente “(...) pela entrada e permanência – mais ou menos intensa, mais ou menos estável -, em um determinado grupo ou organização criminosa”<sup>51</sup>.

Passemos agora à conceituação doutrinária de agente provocador. Ao salientar a impossibilidade de se obter consenso absoluto entre as noções de tal agente, quer no tocante à quem possa ser, quer no que diz respeito à motivação do agente ou mesmo no que tange às consequências jurídico-sancionatórias nos planos substantivo e processual, MEIREIS o considera como sendo “um cidadão particular ou entidade policial que convence outrem à prática de um crime; não querendo o crime a se, e, sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso, a uma pena”<sup>52</sup>.

### 3.1- Duas críticas severas à infiltração de agentes: a questão ética e o horizonte jurídico-normativo

#### 3.1.1- O dilema ético

A infiltração de agentes, enquanto uma das modalidades de ação encoberta, recebe críticas de ordem ética, conforme aponta COSTA ANDRADE<sup>53</sup> com citação de julgado do Tribunal Federal alemão: “o Estado expõe-se à censura de um comportamento contraditório e malicioso ao pretender agora punir o agente, com o propósito de o conduzir

---

49 MEIREIS, Manuel Augusto Alves. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 163-164. Para o autor, “o epicentro da actuação do agente infiltrado é obter confiança do(s) agente(s) do crime, tornando-se aparentemente um deles, para, desta forma, ter acesso a informações, planos, processos, confidências... que, de acordo com o seu plano, constituirão as provas necessárias à condenação”. Ibidem, p. 166.

50 MEIREIS aponta a ocorrência terminológica: “Agente provocador, agente infiltrado e agente encoberto, são termos já utilizados na nossa doutrina e jurisprudência, se bem que nem sempre, de forma unívoca”. Ibidem, p. 162.

51 INCHAUSTI, op. cit., p. 20. O autor faz diferenciação ainda entre as seguintes figuras: *el denunciante anónimo, el confidente o colaborador policial, el arrepentido, under cover agent, el agente secreto, el agente provocador*. Ibidem, p. 20-34.

52 MEIREIS, *O regime...*, op. cit., p. 155.

53 COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, op. cit., p. 222.

aos caminhos do direito”<sup>54</sup>. Conforme o referido autor, não são poucas as vozes que emprestam críticas à “solvabilidade ético-jurídica”<sup>55</sup> desta prática e que destacam uma possível imoralidade do Estado que, “com uma mão favorece o crime que quer punir com a outra”<sup>56</sup> e, não raro, acaba por “atrair pessoas que de outro modo ficariam imunes à delinquência e potenciando os fatores de extorsão, da violência e do crime em geral”<sup>57</sup>.

Certo é que para alcançar o êxito em sua tarefa, o agente deve conseguir infiltrar-se em determinado grupo e, mediante manobras enganosas, mentiras e traições, conquistar a confiança dos membros integrantes de modo a investigar e obter informações, meios de prova. Para tanto, admite-se legalmente a possibilidade de dito agente cometer crimes, participar do seu cometimento e planejar a execução dos mesmos. Pode-se considerar, portanto, que tais expedientes, sob certo aspecto, de fato atentem contra a moral<sup>58</sup>.

Outras vozes referem-se à falta de lealdade do Estado ao por em prática um meio extraordinário de obtenção de prova baseado no engano. SILVA, a propósito de tratar sobre a lealdade neste campo, afirma que a mesma não constitui “(...) noção jurídica autônoma, possui, sobretudo, natureza essencialmente moral e traduz uma maneira de ser da investigação e obtenção de provas em conformidade com o respeito dos direitos da pessoa e da dignidade da justiça”<sup>59</sup>.

Ocorre que, conforme leciona COSTA ANDRADE, há que se diferenciar o engano proibido e configuradora da deslealdade juridicamente rejeitada de outras expressões de engano “próximas da normal <<astúcia>> tida como socialmente tolerada e pertinente, de resto, àquele irredutível coeficiente da criminalística, próprio de toda a

---

54 Cfr. NJW 1981, pág. 1626.

55 COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, op. cit., p. 222.

56 Ibidem, p. 222.

57 Ibidem, p. 222.

58 Eis um exemplo de crítica neste sentido, cf. GONÇALVES, ALVES e VALENTE: “um Estado de Direito democrático, dotado de um processo penal de estrutura acusatória temperado pelo princípio da acusação, teria inerentemente de defender e impor aos operadores judiciários a obrigatoriedade de actuarem legal e eticamente. Esta dialética tem o seu fundamento no respeito da dignidade humana”. GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Lei e crime. O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 144-145.

59 Cf. o referido autor, a lealdade é um princípio inerente à estrutura do processo penal por considerar que os princípios deontológicos que regem os operadores judiciários integram de algum modo os princípios jurídicos. A par deste raciocínio, a lealdade, ou melhor, a ausência dela, poderia constituir, além de um conflito de natureza moral, também um conflito jurídico. O autor sustenta, ademais, que “a actuação desleal como meio de investigação é sempre reprovável moralmente, embora nem sempre sancionada juridicamente”. SILVA, Germano Marques da. Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos. In: *Direito e Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. V. VIII. Tomo 2. Lisboa, 1994, p. 30.

actividade de investigação, instrução e julgamento”<sup>60</sup>. Portanto, não é todo e qualquer comportamento que consubstancie um engano e atente contra a moral que terá o condão de macular esta técnica especial de investigação criminal, embora, sob certo aspecto, poderemos considerar que a infiltração de agentes fere a moralidade amplamente considerada.

A questão referente à falta de lealdade do Estado caracterizadora de engano proibitivo ganhará contornos de definitividade por ocasião do enfrentamento ao elemento específico da provocação, quando daí a deslealdade sim estará evidenciada e será capaz de consubstanciar uma proibição de prova no processo penal português.

Vejamos, na sequência, os meandros desta problemática.

### 3.1.2- Meios enganosos e a proibição de prova

Passemos ao enfrentamento do problema da proibição de prova, subespécie meios enganosos, por ser esta questão mais debatida em sedes doutrinária e jurisprudencial, a demandar atenção e considerações neste estudo. Para tanto, seguiremos a metodologia que COSTA ANDRADE utilizou para tratar da matéria e analisaremos primeiramente o “elemento específico da provocação ou precipitação de um crime”<sup>61</sup>, para, posteriormente, nos afastarmos da “valência material substantiva de manifestações”<sup>62</sup> mais extremadas e daí adquirirmos condições de tecermos considerações conclusivas sobre o tema.

A provocação pode ser definida como a atividade realizada por um agente provocador que visa incitar o suspeito e faz surgir a intenção criminoso. De fato, consoante SILVA, “a provocação não é apenas *informativa*, mas sobretudo *formativa*, não revela o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso”<sup>63</sup>. Pode-se dizer que é limitadora da liberdade de escolha por influir e prejudicar a livre formação da vontade nas pessoas sujeitas a ela. Constitui verdadeira excecência, repudiada no direito comparado<sup>64</sup>

---

60 COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, op. cit., p. 234.

61 COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, op. cit., p. 229.

62 Ibidem, p. 229.

63 SILVA, *Bufos...*, op. cit., p. 29.

64 As provas assim obtidas são proibidas por lei, conforme arts. 125 e 126 do CPP.

por confrontar a própria concepção democrática<sup>6566</sup> de Estado e por ser “contrária à própria finalidade da investigação criminal, uma vez que gera o seu próprio objecto”<sup>67</sup>.

Assim, é possível afirmamos nunca poder ser o agente infiltrado “a instigar ou a determinar ao crime, sob pena de se converter num verdadeiro agente provocador<sup>68</sup>, pois, a provocação sendo uma forma não autorizada de investigação policial, e não estando autorizada por lei, consumiria a infiltração”<sup>69</sup>. Perceba-se, neste sentido, que o fundamental não é a qualificação do agente (provocador, encoberto ou infiltrado) e sim o modo como a prova foi colhida é que vai determinar a sua validade ou não, consoante pondera ONETO<sup>70</sup>.

Mas procuremos afastar o elemento específico da provocação, como visto eficaz para macular a validade do procedimento, e foquemos a partir de agora na celeuma existente sobre a infiltração de agentes consistir ou não um método proibido de prova em razão da utilização de meios enganosos<sup>71</sup>.

---

65 SILVA admite a provocação apenas numa concepção aristocrática de sociedade. Parte de uma concepção material do princípio democrático para sustentar não haver no seio de sociedades democráticas, por natureza, cidadãos que sejam bons e cidadãos que sejam ruins e, desta forma, advogar a impossibilidade de se proceder a uma “estigmatização coletiva, de grupos, raças ou classes de pessoas em razão de sua maior ou menor apetência para o crime, porque é pressuposto que a capacidade para praticar o bem e o mal está <<democraticamente repartida>>, por igual. A capacidade para o bem e para o mal está em cada um de nós como uma possibilidade que as circunstâncias estimulam - <<a ocasião faz o herói e o ladrão>>. Por isso que a sociedade se deve organizar política e juridicamente no sentido de evitar as tentações, de todos e de cada um, senão impossibilitando-as, minimizando-as, pelo menos”. SILVA, *Bufos...*, op. cit., p. 28.

66 GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *Lei e crime...*, op. cit., p. 257. Os autores citam SILVA e defendem que “a provocação ao crime, atendendo desde logo ao princípio democrático, é de excluir liminarmente, porque baseado e inspirado, justamente, em ideais permanentes: <<o da suprema dignidade da pessoa humana e o da igualdade de todos os cidadãos, igualdade perante a lei, de direitos e deveres, mas também e essencialmente, igualdade de natureza, de dignidade>>”. SILVA, *Bufos...*, op. cit., p. 28.

67 SILVA, *Bufos...*, op. cit., p. 29. PRADO assevera ser “sedutora a ideia de uma instigação em cadeia, por provocação, para identificar supostos criminosos habituais, desviando a investigação criminal de seus regulares objetivos – investigar fatos – para transformá-la em método de controle de pessoas consideradas anormais”. PRADO, *Infiltração policial...*, op. cit., p. 723.

68 LOUREIRO atribui à condenação do Estado Português pelo TEDH, através de AC datado de 08 de junho de 1998, por considerar ter havido provocação por parte de agentes de polícia no caso Teixeira Castro vs Portugal, o início de uma série de reflexões sobre soluções legislativas para casos análogos. Em foco estava o art. 6º da CEDH, o qual prevê a necessidade de uma série de garantias visando um processo penal que seja equitativo. LOUREIRO, Joaquim. *Agente infiltrado? Agente provocador! Reflexões sobre o 1º acórdão do T.E.D. Homem – 9 de junho de 1998. Condenação do Estado português*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 283. O teor da decisão do referido tribunal pode ser encontrado nesta obra de LOUREIRO. A C.E.D.H. está disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em 05 de março de 2019.

69 MEIREIS, *O regime...*, op. cit., p. 164.

70 A autora cita o AC nº 102/2000 do TC, e fundamenta este entendimento “por considerar que a questão da constitucionalidade dos meios de prova deve aferir-se pela sua conformação com o nº 6 do artigo 32º da Constituição da República Portuguesa, norma que poderá ser violada se se verificar uma incorreta interpretação do estipulado na alínea a) do nº 2 do artigo 126º do Código de Processo Penal”. ONETO, op.cit., p. 20-21. O referido acórdão encontra-se disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000102.html>. Acesso em 05 de março de 2019.

71 Cf. PRADO “a razão fundamental dessa conformação da infiltração, no campo processual, ademais da

É possível perceber, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a menção à infiltração de agentes enquanto método malicioso ou enganoso de obtenção de prova por não se coadunar com os postulados de Estados Democráticos de Direito<sup>72</sup>. Neste setor, MATA MOUROS ressalta a polêmica doutrinária existente na infiltração de agentes “por a reconduzir a métodos enganosos de obtenção de prova”<sup>73</sup> e pontua como fundamental à sua aceitação legislativa o controle da operação de infiltração por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário.

No plano jurídico-normativo português, a CRP possui expressa previsão de nulidade das provas obtidas mediante ofensa da integridade moral da pessoa ou abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações<sup>74</sup>. Tal proibição também é encontrada no CPP português<sup>75</sup> que, por sua vez, considera ofensiva da integridade moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com o consentimento delas, através da perturbação da liberdade de vontade, ou perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação, assim como a partir da utilização de meios enganosos<sup>76</sup>.

---

contaminação dos efeitos penais antes referida, decorre da infiltração encontrar-se na fronteira – e, para alguns, ultrapassar mesmo a fronteira – da tutela contra a autoincriminação compulsória”. PRADO, *Infiltração policial...*, op. cit., p. 719.

72 COSTA ANDRADE exemplifica hipótese de ilegitimidade do recurso a métodos como o de *homem de confiança* com outro julgado, desta feita, do Reichsgericht (Tribunal do Reich - RG), o qual se pronunciou nestes termos: “(...) à luz dos princípios gerais da ética, a que terão de submeter-se, *sem consideração pelos resultados*, as autoridades da justiça penal, não pode de forma alguma coonestar-se esta prática (...). A utilização no processo penal de tais solicitações é, *em qualquer circunstância*, proibida. É desonesto e, de todo modo, incompatível com a reputação das autoridades da justiça penal, que os seus agentes ou colaboradores se prestem a iniciar tão perigosamente ao crime ou, mesmo, que apenas deixem subsistir a aparência de terem colocado ao serviço da justiça penal, *meios enganosos (Täuschung) ou outros meios desleais*”. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, op. cit., p. 224.

73 MATA-MOUROS, Fátima. O agente infiltrado. In: *Revista do Ministério Público*. V. 85. Ano 22. Jan-mar. Lisboa, 2001, p. 119.

74 Trata-se do artigo 32º, nº 8, *in verbis*: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis). Acesso em 04 de março de 2019.

75 Para COSTA ANDRADE, “o mais decisivo terá sido o respectivo potencial de danosidade social, enquanto atentado à liberdade de declaração”. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, op. cit., p. 231.

76 Trata-se do art. 126, *ipsis literis*: “Métodos proibidos de prova: 1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 2 - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente

A propósito do tema, ANTUNES leciona que “por força do estatuído na CRP (artigo 32º, nº 8) e no CPP (artigos 126, nºs 1 e 3, e 118º, nº 1), o desrespeito pelo princípio da legalidade da prova tem como consequência a *nulidade* das provas obtidas através de métodos proibidos, *não podendo as mesmas ser utilizadas*. À sanção da nulidade acresce a *proibição de valoração da prova* obtida através de métodos proibidos, dispondo expressamente o artigo 118º, nº 3, do CPP que as disposições sobre nulidades não prejudicam as normas do Código relativas a proibições de prova”<sup>77</sup>.

No mesmo sentido, COSTA ANDRADE leciona que o CPP, ao procurar proibir as agressões mais relevantes à dignidade e à integridade das pessoas, além de apenas conformar a previsão já expressa na CRP, também impôs uma “sanção” para a violação da proibição de produção de prova, na forma da proibição de valoração, ao incluir no dispositivo legal a expressão “não podendo ser utilizadas”<sup>78</sup>. A propósito de considerações sobre o nº 1 do art. 126º, o autor ainda explica que as razões que levaram às proibições de prova decorrem do fato de tais violações ultrapassarem o plano meramente individual, caracterizando-se como “‘instituições’ irrenunciáveis do processo penal do Estado de Direito” e possuírem, portanto, natureza indisponíveis, por condizerem com interesses da comunidade”<sup>79</sup>.

Pode-se considerar, portanto, que tais proibições existem para fazer com que os interesses do processo criminal estejam em linha com os interesses da “comunidade” e

---

previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. 3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 4 - Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php? ficha=101&artigo\\_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php? ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=). Acesso em 04 de março de 2019.

<sup>77</sup> ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 166.

<sup>78</sup> A inclusão é digna de críticas pelo autor, a uma porque tal proibição de valoração já era uma evidência de acordo com o direito anterior à alteração legislativa que introduziu tal dispositivo e, a duas, por constituir-se em “gesto perturbador, hermeneuticamente disfuncional e iatrogéneo” ao permitir concluir-se equivocadamente que a cominação de nulidade não deveria ensejar, só por si, uma proibição de valoração quando desacompanhada da expressão “não podendo ser utilizadas”. COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 137-138.

<sup>79</sup> COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 136-137.

encontrem limitações na dignidade da pessoa humana<sup>80</sup> e nos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito<sup>81</sup>.

Para MEIREIS, ao utilizar de métodos ocultos, encobertos, e atuar em domínio relativamente proibido dos meios de prova, o Estado deve respeitar todos os limites impostos por lei, pois uma vez “desrespeitado um ou mais dos pressupostos da licitude do método utilizado, as provas obtidas serão nulas”<sup>82</sup>.

Mas o conteúdo que se empresta ao engano e encontra proibição legal no campo da prova processual penal ainda carece de certa delimitação. Vamos a ela.

Para COSTA ANDRADE, “apenas deverão ter-se como proibidos os meios enganosos <<susceptíveis de colocar o arguido numa situação de coacção idêntica à dos demais>> métodos proibidos de prova”<sup>83</sup>, pois há situações de engano que podem ensejar uma limitação tão intensa da liberdade que devem ser de pronto rechaçadas, por intoleráveis, mas, por outro lado, não se deve descurar da existência de “expressões de engano” que se aproximam do que se reconhece como astúcia e que faz parte das atividades de investigação, instrução e julgamento. “Entre esses dois extremos, situa-se todo um largo e denso contínuo de constelações intermédias, precisamente as que configuram o maior desafio ao intérprete e aplicador do direito”<sup>84</sup>.

Comungamos da proposta de interpretação restritiva do inciso legal referente aos meios enganosos, “orientada para o horizonte político-criminal e a área de tutela da respectiva norma”, conforme COSTA ANDRADE, de forma a “evitar aqui resultados

---

80 A CRP estabelece em seu dispositivo inaugural: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis). Acesso em 04 de março de 2019.

81 Cf. art. 2º da CRP: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis). Acesso em 04 de março de 2019. E art. 1º da CF/88 já objeto de citação na nota anterior.

82 O autor prefere classificar as nulidades como *sui generis*, pois embora sejam insusceptíveis de validação e nada obste sejam conhecidas oficiosamente e assim declaradas pelo tribunal, poderão ser utilizadas nos termos do nº 4 do artigo 126º do CPP, ou seja, para o fim especial de proceder contra os agentes que utilizaram os métodos de maneira criminosa. MEIREIS, *O regime...*, op. cit., p. 189.

83 COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, op. cit., p. 236.

84 *Ibidem*, p. 234.

suceptíveis de paralisar a actividade de investigação das instâncias de perseguição penal”<sup>85</sup> em casos de elevada gravidade e importância social.

MEIREIS conclui no mesmo sentido e defende o instituto da infiltração de agentes desde que “observado o disposto no artigo 18º da CRP<sup>86</sup> e as demais cautelas previstas para outros meios de obtenção de prova”<sup>87</sup>, sob pena de configurar um método proibido de prova a partir de condutas ilícitas capazes de causar uma intromissão ilegítima e abusiva na vida privada do cidadão.

#### 4- A infiltração de agentes e o princípio da legalidade

O ordenamento jurídico português possui previsão que procura assentar a ampla liberdade probatória no processo penal<sup>88</sup>, abrangida por essa liberdade, por óbvio, os elementos de prova, os meios de prova e os meios de obtenção de prova. Tais preceitos de liberdade, com acerto, permitem a penetração das mudanças que ocorrem na sociedade, a exemplo dos avanços tecnológicos, sem a necessidade de alterações legislativas.

Tal permeabilidade ganha importância destacada nos dias atuais, por vivermos em uma sociedade de constantes e rápidas mudanças, a que KIST denomina de “sociedade da informação e da comunicação”<sup>89</sup>. Para o citado autor, a sociedade atual possui as seguintes características marcantes: a informação como principal matéria-prima; a alta capacidade de penetração de novas tecnologias que possuem o poder de influenciar a vida privada e social, a economia e a política; o predomínio da lógica das redes que favorecem a interação entre os indivíduos; a flexibilidade decorrente da possibilidade de modificação

---

85 Ibidem, p. 235.

86 O princípio constitucional da proporcionalidade será objeto de considerações em capítulo próprio neste trabalho por constituir vetor de legitimação e validade das provas, informador do processo penal em todas as suas fases e nuances.

87 MEIREIS, “*Homens de...*, op. cit., p. 96.

88 Cf. artigo 125 do CPP: “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php? ficha=101&artigo\\_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php? ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=). Acesso em 01 de março de 2019.

89 Para o autor, tal sociedade constitui “um ‘mundo’ com intenso fluxo de informações, que está vem veloz e permanente mudança e que o conhecimento é flexível, fluido e sempre em expansão; as noções existentes sobre território foram relativizadas, pois superadas as barreiras que o espaço, assim como o tempo, impunham à comunicação entre as pessoas, notadamente as ausentes”. KIST, Dario José. *Prova digital no processo penal*. Leme (SP): JH Mizuno, 2019, p. 25.

ou reorganização de componentes favorecidos pela tecnologia; a convergência e interação entre tecnologias, interligadas em diversas áreas do saber<sup>90</sup>.

Neste cenário, o sistema processual probatório, por óbvio, deve possibilitar a permeabilidade de novas tecnologias, sob pena de estar sempre em descompasso com a realidade. Contudo, tal liberdade probatória encontra temperamentos e deve observar limites constitucionais e legais impostos pela ordem jurídica.

Com efeito, a limitação que se impõe às ações encobertas advém da alta potencialidade lesiva ou restritiva de DGLIF e possui sede constitucional. Tal limitação probatória denota a necessidade da atuação do agente infiltrado estar obrigatoriamente prevista em lei, conforme exigência da 1ª parte do nº 2 do artigo 18º da CRP<sup>91</sup>, segundo leciona MEIREIS. No mesmo sentido, COSTA ANDRADE defende que “(...) o recurso a um novo meio técnico (oculto e invasivo) de investigação em processo penal (v.g., *GPS*) só é possível depois de prévia – explícita e autónoma – legitimação legal”<sup>92</sup>.

A obrigatoriedade de previsão legal, conforme pontua VIEIRA, serve também para “matizar os limites jurídicos – e éticos – de intromissão e valoração de elementos da prova no processo”<sup>93</sup>. Por este raciocínio, é lícito concluir que a lei deve, portanto, além de contemplar simplesmente uma modalidade de ação encoberta, a exemplo da infiltração de agentes, deve procurar também estabelecer os limites de atuação do agente e o procedimento mínimo adequado para salvaguarda das liberdades sujeitas à restrição pela ação do Estado. Defendemos, portanto, uma noção de tipicidade probatória de caráter amplo para o regime das ações encobertas<sup>94</sup>.

Essa noção ampliativa (nomeação na lei com procedimento probatório), conforme leciona VIEIRA, influi decisivamente na análise da admissibilidade de provas no processo

---

90 KIST, op. cit., p. 25-26.

91 Eis o teor do artigo 18º, nº 2, da CRP: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis). Acesso em 03 de março de 2019.

92 COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 113.

93 VIEIRA, op. cit., p. 199.

94 Há, basicamente, duas correntes de entendimento consolidadas na doutrina acerca da tipicidade probatória. Conforme pontua VIEIRA, com escólio em DEZEM, a primeira corrente, de cunho restritivo, considera típico tão somente os meios de prova que encontrarem previsão na lei processual, enquanto um outro, de caráter ampliativo, incide sobre os meios de prova e também na produção da prova, vale dizer, a tipicidade decorre da previsão legal do meio de prova e também das regras legais do procedimento probatório. *Ibidem*, p. 144.

penal. Com efeito, consoante leciona o citado autor, este entendimento encontra ampla aceitação no direito comparado e informa que a admissibilidade ou não de provas no processo penal decorre não somente da limitação ao uso da prova em virtude de regra de proibição, ou da vedação prevista na utilização da prova atípica pela lei civil, “*mas também da existência ou não de prova nomeada na lei, com previsão de procedimento, disponível às partes*”<sup>95</sup>.

Pois bem. Ante à elevada potencialidade danosa aos DGLIF, o que se procura defender neste trabalho é a obrigatoriedade de lei que contemple as ações encobertas ou, de forma mais pormenorizada, a própria infiltração de agentes, com previsão de procedimento adequado para o efetivo exercício do controle<sup>96</sup> sobre a operação de infiltração, de modo a limitar a intromissão estatal e possibilitar o alcance das finalidades preventivas ou repressivas de acordo com o caso concreto, além de salvaguardar as liberdades de uma intromissão que possa ser considerada desproporcional.

Tal exigência decorre, conforme nosso entendimento, do princípio da legalidade. Assim, não somente para a infiltração de agentes, mas para todo meio extraordinário e restritivo de DGLIF, é preciso que tais meios de pesquisa de prova estejam legalmente descritos no ordenamento jurídico e, mais do que isto, que a lei seja acessível e previsível, conforme pondera PEREIRA<sup>97</sup>.

Ademais, neste sentido, é preciso que a lei defina parâmetros que procurem impor limites e barreiras à violação das liberdades, as quais deverão ser sacrificadas apenas na medida necessária para salvaguardar outros DGLIF de igual valor na ordem axiológica

---

95 Assim leciona VIEIRA, com amparo em DEZEM. Ibidem, p. 201. DEZEM, op. cit, p. 283.

96 PRADO já alertava sobre a necessidade de controle efetivo não somente em relação aos próprios encarregados da investigação criminal em casos tais, mas também durante todo o procedimento, desde a fase de elaboração da operação de infiltração, sua execução através de um plano previamente aprovado judicialmente, até a sua finalização. PRADO, Geraldo. Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002, p. 134-136.

97 Para o autor, os aspectos que caracterizam a atividade do agente encoberto ou infiltrado devem estar explicitamente definidos no ordenamento jurídico, em especial as informações a respeito do prazo de duração da operação encoberta, a possibilidade de eventuais prorrogações, a atribuição para se infiltrar, a competência para autorizar a medida de investigação, a responsabilidade penal, civil e disciplinar do agente, assim como as diligências de investigação permitidas a ele no exercício da função. PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 413.

constitucional, sob pena de que tais diligências resultem inadequadas, desnecessárias ou mesmo desproporcionadas<sup>98</sup>.

Essa razoabilidade que se almeja não é possível ser alcançada, a nosso sentir, sem uma disciplina procedimental legal que estabeleça limites à atuação estatal e um efetivo controle judicial sobre todos os atos da operação de infiltração.

Ao comungar deste entendimento, COSTA ANDRADE leciona que a lei processual penal, “para além de identificar o direito atingido e demarcar com rigor a medida da agressão permitida, deve ainda prever e prescrever ‘de forma precisa e com clareza normativa, o fundamento (*Anlass*), o fim e os limites da intromissão’”<sup>99</sup>. Tal exigência, a qual também defendemos, servirá inclusive para garantir a inviolabilidade da *área nuclear da intimidade*<sup>100</sup> ou, em outras palavras, conferir parâmetros de limites inultrapassáveis das liberdades, como a “destruição de dados recolhidos e que contendam com aquela área”, com a necessária proibição de valoração<sup>101</sup>.

Sob outra perspectiva, um outro fator também é capaz de justificar nosso posicionamento: o fato das diligências concentrarem-se na fase pré-processual, desprovidas das garantias acrescidas e próprias da fase processual da persecução criminal. Não só: também por serem realizadas não por sujeitos processuais e sim por outros órgãos, sobretudo agentes policiais, o que denota grande possibilidade de afetação a DGLIF. Em outras palavras, por se concentrarem nesta fase da persecução criminal e serem praticadas por agentes policiais, tais diligências constituem uma aproximação perigosa ao núcleo de

---

98 A “(...) completa inexistência de um norte legal mínimo (...)” pode possibilitar “a sempre maléfica extração de inúmeras interpretações (e respectivas soluções jurídicas) discordantes sobre o tema”, em prejuízo das finalidades da operação de infiltração e das liberdades individuais fundamentais a proteger. CARLOS, André; FRIEDE, Reis. *Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 71.

99 O autor apoia-se em decisão de 13-06-2007 do Tribunal Constitucional Federal, neste sentido. COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 113.

100 *Ibidem*, p. 116.

101 O autor colaciona julgado do Tribunal Constitucional de Karlsruhe, o qual emitiu pronunciamento nos seguintes termos: “se se verificar que se recolheram dados atinentes à área nuclear da reserva, eles devem ser imediatamente destruídos. Estando também definitivamente precludida a admissibilidade da sua valoração”. *Ibidem*, p. 117. A propósito de considerações críticas sobre a reforma processual penal inaugurada pela lei nº 48/2007, de 15 de Setembro, COSTA ANDRADE afirma ter o legislador perdido a oportunidade de avançar enunciados normativos que buscassem a criação de um regime geral para a “preservação e salvaguarda das *esferas de privacidade e segredo e das relações de confiança*”, assim como um regime para abarcar todas as modalidades de “alienação do fim”, ou seja, que pudesse estabelecer balizas para a utilização de informações pessoais para finalidades diferentes daquelas que deram origem à recolha, de modo a prevenir a ocorrência de afrontas ao direito à *autodeterminação informacional*. *Ibidem*, p. 121.

tais direitos, garantias e liberdades, a demandar uma regulamentação de caráter preventivo em suas defesas<sup>102</sup>.

Este quadro problemático descrito evidencia uma situação de alarme e recomenda regramentos diferenciados a este meio de obtenção de prova, vale dizer, agora em conclusão parcial de raciocínio neste tópico: a lei processual penal deve contemplar a infiltração de agentes e o procedimento próprio de sua realização, enquanto técnica especial de investigação e meio extraordinário de obtenção de prova. Não é outra a conclusão a que chegou MEIREIS quando afirma que para uma atuação legítima do agente infiltrado, “além da possibilidade da sua actuação ter que estar prevista na lei (exigência da 1ª parte do nº 2 do artigo 18º da CRP), essa actuação deverá ser levada a cabo da forma como a lei – constitucional e ordinária – o exigir”<sup>103</sup>.

Nesta seara, a CEDH<sup>104</sup> somente autoriza a ingerência de autoridades públicas na vida privada e familiar dos cidadãos quando tal intervenção estiver prevista em lei, condicionada, entretanto, pela necessidade de assegurar a segurança nacional, a segurança pública, para o bem – estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde e da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros<sup>105</sup>.

*Ad argumentandum tantum*, ademais, a necessidade de lei processual penal que contemple a infiltração de agentes e o procedimento próprio para sua realização encontra justificativa também na impossibilidade de recorrer-se à analogia, neste caso considerada *in malam partem*, por ensejar diminuição dos direitos do investigado ou do arguido, já que este meio de obtenção de prova em estudo, como visto, de natureza invasiva, possui

---

102 Salutar trazer à colação, uma vez mais, o entendimento de VIEIRA, para quem “a pauta da tipicidade probatória, portanto, como decorrência da legalidade, é de ser seguida com ainda maior rigor no seio das medidas de pesquisa de prova porque, também, só aqui o imputado conta em seu desfavor com elemento surpresa, e, como se vê amiudadas vezes, ainda que não nos pareça ser esse um elemento de caracterização dos meios de pesquisa de prova – neles há com grande frequência, limitação direta a direitos individuais (exemplo: suspensão da inviolabilidade do sigilo comunicacional em caso de interceptação telefônica; suspensão da inviolabilidade do sigilo domiciliar em casos de buscas e apreensões), o que não se vê, também, com os meios de prova”. VIEIRA, op. cit., p. 207-208.

103 MEIREIS, “*Homens de...*”, op. cit., p. 96.

104 Trata-se do artigo 8º da referida convenção. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf). Acesso em 13 de março de 2019. Note-se que além da reserva de lei, a CEDH requisita que a lei seja (i) clara quanto às hipóteses de sua incidência e (ii) proporcional, tendo-se como norte os direitos a proteger em cotejo com os direitos à vida privada e familiar.

105 PRADO anota haver o Conselho da Europa insistido em “base jurídica apropriada precedente ao uso das TIES, que também deverá estabelecer a admissibilidade das fontes de prova obtidas desse modo e a sua validade probatória”. PRADO, *Infiltração policial...*, op. cit., p. 715.

potencial danoso aos DGLIF não encontrado em outros meios típicos de obtenção de prova, a exemplo da interceptação telefônica e da escuta ambiental.

Assim sendo, mesmo que o ordenamento processual penal português<sup>106</sup> permita o uso da analogia para colmatar lacunas na lei, a mesma encontra-se vedada para os fins de aplicação ao instituto da infiltração de agentes, pois, conforme leciona FIGUEIREDO DIAS, este recurso traduz-se “num enfraquecimento da posição ou numa diminuição dos direitos processuais do arguido (desfavorecimento do arguido, *analogia in malam partem*)”<sup>107</sup>.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, VIEIRA assinala “ainda que o direito processual penal – do que é prova viva o art. 3º do CPP – admita a interpretação analógica, essa se encontra circunscrita ao limite proibitivo de se impor diminuição da eficácia de direitos e garantias individuais”<sup>108</sup>. Assim, permitir a analogia ou mesmo a interpretação analógica, ambas *in malam partem*, ensejaria violação ao princípio constitucional da legalidade<sup>109</sup>, por se tratar de medida processual de cunho nitidamente restritiva de direitos, garantias e liberdades.

PRADO, a propósito do tema, ressalta o fato de ser a analogia e a interpretação extensiva típicas de regimes inquisitórios, onde “escancara-se o horizonte de possibilidades de punição fora dos marcos legais que constituem o alicerce da noção de devido processo legal”<sup>110</sup>.

---

106 Artigo 4.º do CPP - Integração de lacunas: “Nos casos omissos, quando as disposições deste Código não puderem aplicar-se por analogia, observam-se as normas do processo civil que se harmonizem com o processo penal e, na falta delas, aplicam-se os princípios gerais do processo penal”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis). Acesso em 03 de março de 2019.

107 FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual...*, op. cit., p. 97.

108 VIEIRA, op. cit., p. 225.

109 No que diz respeito ao ordenamento jurídico português, faz-se referência ao artigo 18º, n. 2, da CRP, o qual já foi objeto de citação neste trabalho. No que tange à ordem jurídica constitucional brasileira, trazemos o teor do art. 5º, II, da CF/88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 03 de março de 2019.

110 O autor afirma ainda que “no lugar de estreitar a complexidade que a lei ordinária deve reduzir, relativamente ao comando constitucional da proibição da prova ilícita, a aplicação da analogia e da interpretação extensiva potencializa esta complexidade e dificulta a compreensão e atuação especialmente dos juízes, que são ‘seduzidos’ ou ‘tentados’ por um suposto valor de verdade que a prova ilícita em tese autoconfere, deixando passar pelas dobras das citadas técnicas a ilicitude que a Constituição não quer permitir que contamine o processo”. Infiltração policial e instigação em cadeia: tensão no âmbito da legalidade processual penal: notas ao direito brasileiro. In: José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão e Sônia Fidalgo (org.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel da Costa Andrade*. V. II. Studia Iuridica 109. Ad honorem – 8. Coimbra: Boletim da

VIEIRA, com arrimo em ESPÍNOLA FILHO, “lembra da inadmissibilidade da analogia quando haja expressa previsão legal, ou esteja em jogo a extensão de regra que importe restrição da subjetividade ou do exercício dos direitos ou dos interesses juridicamente protegidos de uma pessoa, ou que estabeleça sanções, ou seja de caráter excepcional”<sup>111112</sup>. Para PRADO, a “moderna doutrina processual, construída em clima de diálogo com os direitos fundamentais, repudia a analogia – e a interpretação extensiva – quando estão em jogo medidas processuais penais restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais”<sup>113</sup>.

Conclusivamente, entendemos pela necessidade de previsão legal da infiltração de agentes e de procedimento pormenorizado sobre ela, sob pena de inadmissão das provas colhidas a partir de sua utilização enquanto meio de obtenção de provas no processo penal. Neste sentido, leciona VIEIRA: “enquanto não houver a previsão procedimental da figura, isto é, enquanto este meio de obtenção de prova não for dotado de tipicidade, a norma que lhe dá suporte não tem eficácia jurídica; e dela não decorre obtenção de informações que possam ser admitidas no processo”<sup>114</sup>.

Tais considerações ganharão importância destacada quando do estudo dos regimes jurídicos das ações encobertas que antecederam a entrada em vigor da lei nº 101/2001, de 25 de Agosto.

Por ora, passemos ao estudo do princípio constitucional da proporcionalidade, de importância fulcral para a análise da legitimidade da atuação estatal no âmbito das ações encobertas.

---

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 709-710.

111 Ademais, conforme o autor, “a analogia com o instituto da interceptação telefônica significaria diminuir a barreira de proteção do indivíduo contra a intromissão estatal, sem expressa previsão legal. É, pois, questão de legalidade estrita no campo processual penal”. VIEIRA, op. cit., p. 225-226. No mesmo sentido, MAIER: “Em Direito Processual Penal se proíbe recorrer à analogia, como consequência do mandato de interpretar restritivamente a lei, nos mesmos casos designados imediatamente antes: regras que restringem a liberdade do imputado ou que limitam um poder concedido a qualquer dos intervenientes no procedimento”. MAIER, Julio B.J. *Derecho procesal penal. Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 236.

112 Tal posicionamento não é pacífico. NUCCI, por exemplo, conforme pontua VIEIRA, admite interpretação extensiva e a analogia, pouco importando se para beneficiar ou prejudicar o réu, o mesmo ocorrendo com a interpretação analógica. VIEIRA, op. cit., p. 225. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007, p. 61.

113 Infiltração policial e instigação em cadeia: tensão no âmbito da legalidade processual penal: notas ao direito brasileiro. In: José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Helena Moniz, Nuno Brandão e Sônia Fidalgo (org.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel da Costa Andrade*. V. II. Studia Iuridica 109. Ad honorem – 8. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 710.

114 VIEIRA, op. cit., p. 227.

## 5- O princípio constitucional da proporcionalidade

Nos dias atuais, o princípio da proporcionalidade (PP) (*Verhältnismässigkeit*) notabiliza-se como verdadeiro princípio universal nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito<sup>115</sup> como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais. Contudo, a sua aplicação tem aspecto mais abrangente, ora podendo significar, como aduz ÁVILA<sup>116</sup>, “a exigência de racionalidade da decisão judicial, ora a limitação à violação de um direito fundamental, ora a limitação da pena à circunstância agravante ou necessidade de observância das prescrições legais, ora proibição de excesso da lei relativamente ao seu fim e ora é sinônimo de equivalência entre custo do serviço e a relativa taxa”.

A doutrina alemã geralmente aponta como típica manifestação de excesso estatal e, portanto, de violação ao princípio da proporcionalidade, quando os atos do Estado revelam-se contraditórios, incongruentes, assim como quando irrazoáveis ou inadequados a partir da análise entre os meios utilizados e os fins almejados, consoante assevera MENDES<sup>117</sup>. Tal excesso viria a afrontar, portanto, a ideia de que o Direito é proporção, conforme magistério de MIRANDA<sup>118</sup>.

Para além de sua aplicação no âmbito dos Estados Democráticos de Direito, CANOTILHO leciona que o PP também serviu à jurisprudência do TEDH na concretização/aplicação de algumas normas da CEDH (art. 8º e 11º)<sup>119</sup>.

Tal princípio, conforme pontua BONAVIDES<sup>120</sup>, tem como seus elementos parciais (também entendido como conteúdos parciais), sub-elementos ou subprincípios: a)

---

115 Cf. CANOTILHO, “o princípio da proporcionalidade ou do «uso moderado do poder» embora esteja explicitamente consignado na constituição apenas como princípio director da administração (cfr. art. 266.º/2 na redacção da LC 1/89), é também um subprincípio densificador do princípio constitucional do Estado de direito democrático (cfr. *supra*, Parte IV, Cap. 1, A) e está claramente implícito em várias normas constitucionais (ex.: arts. 18º/2, 19.º e 273º/2)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 920 e ss.

116 ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Ano 1. Vol. 1. N. 4. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, 2001, p. 3. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eacnj/mod/resource/view.php?id=47756>. Acesso em 05 de abril de 2018.

117 MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. In: *Revista diálogo jurídico*. V. 1. N. 5. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, 2001, p. 2. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 24 de fevereiro de 2018.

118 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. V. II. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 302.

119 CANOTILHO, op. cit., p. 269.

120 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 396-397.

adequação, pertinência ou aptidão *Geeignetheit*); b) necessidade (*Erforderlichkeit*); c) proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação, também conhecido pelos sinônimos pertinência, idoneidade, conformidade ou aptidão, exige que a decisão normativa restritiva do direito fundamental permita o alcance da finalidade perseguida. Em outras palavras, com apoio em ÁVILA, pode-se dizer que “a adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim”<sup>121</sup>. Ainda conforme esse autor, o exame da adequação somente levará à invalidade da medida eventualmente adotada pelo Poder Público nas hipóteses em que a “incompatibilidade entre o meio e o fim for claramente manifesta”<sup>122</sup>. Tal subprincípio implica, portanto, um juízo de adequação da normatização processual penal aos fins imediatos e mediatos do processo penal<sup>123</sup>.

A adequação, no campo especificamente probatório processual penal, quer significar a sua aptidão para cumprir as finalidades probatórias a que se propõe, como a de “colaborar para a obtenção de fim da persecução criminal na investigação criminal ou no processo penal concretamente considerados, demonstrar a existência ou inexistência de infração penal e sua autoria, formar a convicção da entidade decisora (MP ou acusador privado, na investigação criminal, e órgão jurisdicional, no processo penal), sobre um determinado fato criminoso (infração penal) e sua autoria ou obter uma sentença definitiva

---

121 ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 208.

122 “Caso contrário deve prevalecer a opção encontrada pela autoridade competente. Em função disso entende-se porque o Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha refere-se aos controles da evidência (Evidenzkontrolle) e da justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle). Para preservar a prerrogativa funcional do Poder Legislativo e do Poder Executivo, o Poder Judiciário só opta pela anulação das medidas adotadas pelos outros Poderes se sua inadequação for *evidente* e não for, de qualquer modo plausível, *justificável*. Fora esses casos, a escolha feita pelos outros Poderes deve ser mantida, em atenção ao princípio da separação dos Poderes. Uma mera má projeção, por si só, não leva à invalidade do meio escolhido”. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos...*, op. cit., p. 213.

123 PACHECO prefere a expressão finalidades da persecução criminal e as divide em imediatas e mediatas. Conforme o autor, as finalidades imediatas seriam: “a) demonstrar a existência da infração penal e sua autoria, ou por outra perspectiva, formar a convicção da entidade decisora (Ministério Público ou acusador privado, na investigação criminal, e órgão jurisdicional, no processo penal) sobre a existência ou inexistência de um fato delitivo (infração penal) e sua autoria; b) iniciar o processo penal em sentido estrito, na fase processual (com ou sem investigação criminal); c) obter uma sentença definitiva transitada em julgado sobre o fato delitivo e sua autoria, condenando ou absolvendo o réu, no processo penal em sentido estrito; d) garantir os direitos fundamentais das pessoas sujeitas à persecução criminal”. As finalidades mediatas são divididas em geral, condizente à segurança pública, e especiais. Os bens jurídicos constitucionais constituiriam essas finalidades mediatas especiais, os quais podem variar de acordo com a persecução criminal concreta (vida, propriedade etc.), enquanto fim mediato geral (segurança pública) ocorreria em qualquer persecução criminal. PACHECO, *Direito processual...*, op. cit., p. 54-58.

transitada em julgado sobre o fato criminoso e sua autoria, condenando ou absolvendo o réu, no processo penal em sentido estrito”<sup>124</sup>.

O subprincípio da necessidade (*Erforderlichkeit*), aqui referenciado ao legislador processual penal, também conhecido pelos sinônimos exigibilidade, indispensabilidade, intervenção mínima ou menor ingerência possível, determina seja feito um juízo acerca de sua indispensabilidade, considerado o espectro de outras medidas estatais de restrição que do mesmo modo também sejam consideradas aptas a alcançar a finalidade pretendida. Vale dizer: “a providência é necessária se outra não houver que seja, do ponto de vista da respectiva lesividade, menos gravosa”, conforme leciona GOUVEIA<sup>125</sup>.

Assim, presente a hipótese de inúmeros meios de obtenção de prova equivalentemente idôneos, deve-se optar por aquele menos gravoso às liberdades. CANOTILHO assevera que tal subprincípio “coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível”<sup>126</sup>.

Assevere-se, com amparo em SILVA, que “a diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto”<sup>127</sup>.

A aplicação do subprincípio ocorre em duas etapas. Primeiramente, há que se averiguar se as medidas estatais restritivas àquela questionada possuem ou não idoneidade, no mínimo em mesmo grau de equivalência, para alcançar a finalidade almejada. Em seguida, realiza-se a verificação se tais medidas alternativas são menos gravosas ou não em comparação com aquela que fora acolhida. Caso exista medida alternativa com o mesmo

---

124 Ibidem, p. 752.

125 GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*. 5 ed. V. 2. Coimbra: Amedina, 2013, p. 746.

126 Para esse autor: “exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. Dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) a *necessidade material*, pois o meio deve ser o mais «poupado» possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados. Em geral, não se discute a adopção da medida (*necessidade absoluta*), mas sim a *necessidade relativa*, ou seja, como é que o legislador poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos”. CANOTILHO, op. cit., p. 383.

127 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos tribunais*. V. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

grau de eficácia e menos gravosa, pode-se dizer violado o subprincípio da necessidade e, por consequência, o PP<sup>128</sup>.

No campo das medidas probatórias em matéria penal, como visto, a necessidade da medida resulta do princípio da subsidiariedade, vale dizer, determinado meio de obtenção de prova somente é considerado legítimo quando, possuindo ao menos a mesma aptidão para alcançar os fins a que se propõe, revelarem-se insuficientes os demais meios menos gravosos aos DGLIF, sob pena de violação a este subprincípio. Nestes casos, resta claro que meios de obtenção de prova, quando se reputarem socialmente desejáveis e necessários, devem ser deixados por inteiro à intervenção dos menos gravosos às liberdades, evidenciando-se a característica marcante da infiltração de agentes enquanto *ultima ratio* em busca dos fins de prevenção ou repressão criminais.

COSTA ANDRADE, a propósito de considerações acerca da aplicação do princípio da subsidiariedade ao regime jurídico-processual dos meios ocultos de investigação, assinala que tal aferição quanto à necessidade ou não da sua utilização deve ser feita tanto no plano extrínseco, ou seja, em relação a outros meios “abertos” de

---

128 NETO e SARMENTO aduzem que as etapas para correta aplicação do subprincípio da necessidade pode envolver diversas dimensões, a depender do caso concreto. Assim, seria possível, segundo os autores, “comparar as medidas alternativas com a que foi adotada sob várias perspectivas, como a quantitativa (a medida alternativa promove o objetivo tanto como a medida questionada?), a qualitativa (ela o faz tão bem como a medida impugnada?), a probabilística (a sua chance de êxito é igual ou superior à da que foi esposada?) e a temporal (ela avança nos objetivos com pelo menos a mesma velocidade do que a medida adotada?). Uma medida só será considerada pelo menos tão idônea quanto à adotada pelo Estado se for igual ou superior àquela sob todas estas perspectivas. Se, por exemplo, tivermos uma medida que promova mais o objetivo perseguido, mas que envolva um risco mais elevado de fracasso, ela não poderá ser considerada igualmente idônea. Neste caso, o juízo político ou técnico do órgão estatal sobre o que priorizar — quantidade ou risco — deve prevalecer, em razão do princípio da separação dos poderes. Esta multidimensionalidade também se aplica na comparação entre a onerosidade das medidas. Uma medida pode, por exemplo, restringir um direito de maneira mais intensa do que a outra, mas estender-se por menor duração de tempo, ou aplicar-se num âmbito territorial mais restrito. Qual medida adotada para melhorar o problema do congestionamento numa grande cidade seria menos severa: uma que proibisse o ingresso de qualquer automóvel de passeio no centro, ou outra que instituísse um rodízio de veículos pelo número final da placa, mas que incidisse sobre todo o perímetro urbano? ... Portanto, verifica-se que a comparação entre o grau de severidade da medida estatal com possíveis alternativas não se esgota, no mais das vezes, em simples cálculo matemático, envolvendo valorações por vezes complexas, que não são isentas de certa dose de subjetividade. Neste quadro, é recomendável que o Judiciário respeite a margem de apreciação dos órgãos estatais responsáveis pela medida questionada, sobretudo quando se tratar do controle de atos legislativos. Como regra geral, ele deve se limitar à invalidação daquelas medidas que sejam patentemente excessivas, evitando imiscuir-se em demasia na esfera das decisões políticas e técnicas dos demais poderes estatais, em homenagem aos princípios da separação dos poderes e da democracia”. NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 388 e ss.

obtenção de prova, como no plano intrínseco, vale dizer, nas relações entre os meios ocultos entre si.

Com relação ao plano extrínseco, o autor afirma que o simples fato de ser oculto já é fator suficiente para considerá-lo mais gravoso que os meios descobertos. Neste sentido, cita julgado do Tribunal Constitucional Federal, datado de 27-02-2008: “a intensidade da devassa de um meio de intromissão é determinada pelo seu secretismo. Num Estado de Direito a *Heimlichkeit* das medidas estaduais de investigação é a exceção e carece de especial justificação”. Ainda argumentando, apoia-se em julgado do BGH em que aquele tribunal pronunciou-se por considerar que na busca a descoberto o atingido geralmente possui condições de evitar a medida ou opor-se a ela, diferentemente da busca oculta, capaz de retirar do mesmo essas possibilidades<sup>129</sup>.

No que diz respeito ao plano instrínseco, o princípio da subsidiariedade, neste particular, proíbe que se utilize qualquer meio oculto de investigação quando possível fazer uso de outro meio menos ofensivo e igualmente idôneo para os fins pretendidos pela investigação. COSTA ANDRADE exemplifica, neste sentido, a proibição de proceder-se à gravação de conversa entre presentes, quando possível recorrer-se à escuta telefônica. Ademais, somente quando a utilização de uma só medida oculta for manifestamente insuficiente ao alcance da finalidade pretendida é que se poderá fazer uso de duas ou mais medidas, v.g., agente encoberto e escutas<sup>130</sup>.

COSTA ANDRADE defende também a necessidade de uma representação integrada e sistemática de todas as medidas ocultas de investigação, a partir de um levantamento permanente e atualizado de todas elas, de forma hierarquizada de acordo com a danosidade social e a capacidade teleológica, para o fim especial de satisfazer as exigências de proporcionalidade<sup>131</sup>.

Noutro sentido, enquanto limite material imposto constitucionalmente ao legislador, o PP manifesta-se, na CRP, nos “momentos mais difíceis dos direitos fundamentais”<sup>132</sup>, conforme alerta MIRANDA. Contudo, o PP não está restrito ao conflito entre direitos fundamentais e pode e deve ser utilizado quando em foco uma colisão entre

---

129 COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 114-115.

130 Ibidem, p. 115.

131 Para o autor, entendimento o qual perfilhamos, é fundamental que haja uma regulamentação global e sistematizada das medidas pela lei processual penal, a partir da hierarquização preconizada. Ibidem, p. 116.

132 MIRANDA, op. cit., p. 305.

um direito fundamental e a necessidade de preservação de um bem coletivo, conforme sinaliza BECHARA<sup>133</sup>, ou quando em caso uma colisão entre interesses constitucionalmente protegidos.

No caso presente, ressalte-se, consideramos haver colisão entre DGLIF (do arguido ou investigado) com o interesse constitucionalmente protegido condizente à eficiência da administração da justiça penal<sup>134</sup>.

Feitas essas considerações, passemos, então, ao exame do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Conforme CANOTILHO, enquanto terceiro e último subprincípio, a proporcionalidade em sentido estrito demanda que deve haver uma proporção entre o meio utilizado em relação ao fim almejado. Assim, para esse autor, “meio e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”<sup>135</sup>.

Trata-se de mecanismo voltado a “pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”<sup>136</sup>. Na área processual penal, a ponderação deve ser feita entre as vantagens auferidas com o fim da realização da medida de intervenção e as desvantagens porventura experimentadas pelos DGLIF. Conforme BERNAL PULIDO<sup>137</sup>, com citação de PACHECO: “a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa”<sup>138</sup>.

Deve haver, portanto, uma ponderação entre o interesse constitucionalmente protegido condizente à eficácia da administração da justiça penal e os DGLIF passíveis de afetação pela medida restritiva legal, da maneira como lecionada por ALEXY, de forma

---

133 Para o autor, os direitos constitucionais nascem intrinsecamente limitados e sujeitos ao balanceamento entre si próprios, um em relação aos outros, e entre si e outros valores constitucionais. BECHARA, op. cit., p. 917-926.

134 O artigo 18.º-2 da CRP assim dispõe: “2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 09 de abril de 2018.

135 CANOTILHO, op. cit., p. 270.

136 Ibidem, p. 270.

137 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar o contenido de los derechos fundamentales vinculante para o legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 757-759.

138 PACHECO, *Direito processual...*, op. cit., p. 141.

que “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de satisfação do outro”<sup>139</sup>.

Aplicando-se tal raciocínio para nosso objeto de estudo, pode-se afirmar que a partir da utilização de um método oculto de investigação como é o caso da infiltração de agentes, quanto maior for o grau de satisfação do interesse constitucionalmente protegido condizente à eficácia da administração da justiça penal, menor será a satisfação das liberdades<sup>140</sup>. Trata-se de um processo de ponderação.

A ponderação<sup>141</sup> é um processo lógico, racional. Deve ser resolvida com um dos interesses conflitantes cedendo espaço à realização do outro com maior peso. Neste caso, o último deve ter precedência. Esse conflito não pode ser solucionado com base em uma precedência absoluta de um interesse sobre o outro. Não. Deve ser resolvido através de um sopesamento entre os interesses conflitantes que, no plano abstrato, devem possuir o mesmo peso<sup>142</sup> e devem ganhar maior ou menor gradação no caso concreto. A este último sistema ALEXY denominou de Lei de Colisão”<sup>143</sup>.

Feitas essas delimitações de natureza propedêuticas, passemos, então, a tratar do campo específico dos métodos ocultos de investigação. Neste particular, para COSTA ANDRADE, o cumprimento da proporcionalidade enseja a necessidade de se ponderar um amplo “espectro de valores, interesses e contra-interesses, com destaque para o universo

---

139 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 161.

140 BECHARA assinala que os direitos fundamentais podem restringir o legislador e o poder de revisão constitucional, desde que: “a) o limite tenha uma segura e demonstrada base em um valor ou interesse reconhecido na Constituição; b) o limite é expressão de um valor ou interesse constitucional cuja atuação é imperativa, dentro de uma razoável valoração; c) o instrumento ou modo para colocar o limite é um meio necessário para a atuação do valor ou do interesse constitucional primeiramente indicado”. BECHARA, op. cit., p. 927-928.

141 BECHARA entende a ponderação como “técnica de decisão que faz referência a duas situações diversas que encontram uma adequada relação entre si. Fala-se de relações intercorrentes entre indivíduo e comunidade e tal ponderação se substancia na medida dos direitos e deveres *ex parte individui* e *ex parte societatis*”. BECHARA, op. cit., p. 926-927.

142 Não raras vezes, quando em causa está um direito do homem, tem-se um enfrentamento ou colisão de direitos fundamentais, o que já havia sido objeto de alerta por BOBBIO, a propósito de considerações acerca da natureza relativa desses direitos e garantias fundamentais: “basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 42.

143 ALEXY, op. cit., p. 94.

dos direitos dos sujeitos atingidos, a eminência e dignidade dos bens jurídicos a salvaguardar bem como a idoneidade da medida para o conseguir”<sup>144</sup>.

De acordo com BARROS, nessa intrincada ponderação de interesses em colisão, o PP funciona “como parâmetro técnico: por meio dele verificam-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes”<sup>145</sup>.

Método de aplicação. Um primeiro passo para a aplicação do PP é descobrir se de fato há uma colisão de direitos fundamentais ou, em outras palavras, se há ou não uma finalidade constitucional a ser alcançada (realização, preservação ou otimização do direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido no caso concreto). É o que GAVARA DE CARA<sup>146</sup> denomina teste prévio ou exame da legitimidade constitucional, uma forma de controle prévio à aplicação do PP.

Pois bem. Finda a análise da legitimidade constitucional da intervenção, passa-se aos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Neste sentido, a restrição normativa estatal somente será considerada proporcional em sentido amplo se antes ela for considerada adequada, depois necessária e, por último, proporcional em sentido estrito. Perceba-se que a inadequação do meio já constitui razão suficiente para considerar o ato estatal desproporcional.

Mas, assevere-se, a utilização da infiltração de agentes enquanto meio mais gravoso e impactante aos DGLIF deve estar devidamente justificada pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Proportionalität*), aqui referenciado ao legislador processual penal e a significar que a intervenção penal deve limitar-se ao necessário alcance das finalidades do processo penal, sem implicar custos desmedidos em termos de

---

144 COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 116.

145 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 26.

146 Cf. GAVARA DE CARA, o Tribunal Constitucional Alemão, quando aplica o princípio da proporcionalidade às decisões legislativas em matéria de direitos fundamentais, orienta-se por uma sequência lógica dividida em duas fases: os controles ou testes prévios e a aplicação do princípio. Os controles prévios são principalmente três: (a) a verificação da existência da finalidade da limitação. O Tribunal veda intervenção nos direitos fundamentais sem finalidade; (b) a vinculação da restrição à proteção de interesses públicos ou gerais; e (c) a constitucionalidade da finalidade da intervenção. A intervenção não pode ser contrária à constituição. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 300 e ss.

sacrifícios de direitos, especialmente dos direitos à reserva da vida privada e intimidade das pessoas sujeitas à investigação ou às ações do Estado.

De fato, é preciso encontrar um limite inultrapassável para salvaguarda dos DGLIF dos cidadãos, pois na ordem constitucional democrática e de direito não se deve tolerar a investigação sem parâmetros, capaz de levar à negação das mencionadas liberdades<sup>147</sup>. Contudo, por outro lado, uma visão radicalizada de tais liberdades levaria à paralisação, à ineficácia da atuação investigativa do Estado. Há que se buscar também a eficácia da administração da justiça penal, máxime quando em foco a criminalidade organizada, o terrorismo, a criminalidade violenta.

Na complexa busca pelo equilíbrio dos interesses ou valores em colisão, visando prevenção e repressão a estas formas de criminalidade, o Estado tem privilegiado, acertadamente em nossa opinião, o interesse constitucionalmente protegido relativo à eficácia da administração da justiça penal<sup>148</sup> e criado mecanismos para que bem desenvolva suas atividades, a exemplo das ações encobertas e, em especial, da infiltração de agentes.

FIGUEIREDO DIAS entende que o ponto de equilíbrio entre os interesses em conflito, quando estamos a tratar do terrorismo e da criminalidade organizada, deve ser outro quando comparado ao da criminalidade *geral*, em virtude de uma exigência politico-criminalmente imposta. Propõe, então, uma maneira diferenciada para a busca de solução prática para o problema, com a inclusão do interesse das “vítimas reais e pontenciais, presentes e futuras, da *“grande e nova criminalidade”*”, no âmbito da ponderação. O autor apela a uma acrescida solidariedade para esses casos e defende um direito indeclinável das citadas vítimas (...) a uma protecção reforçada e, conseqüentemente, a uma intensificação do intervencionismo estadual, como forma de oferecer um futuro à humanidade<sup>149</sup>.

Ao comungar deste entendimento e referir-se à infiltração de agentes para prevenção e repressão àquelas formas de criminalidade, o TC pronunciou-se pela

---

147 CANOTILHO defende a ideia de um núcleo fundamental dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado, a constituir, portanto, entrave à restrição que seja capaz de levar à própria negação das referidas liberdades. CANOTILHO, op. cit., p. 489. MEIREIS refere a uma “última fronteira intransponível” de tais liberdades por qualquer lei restritiva. MEIREIS, *O regime...*, op. cit., p. 189.

148 Cf. EDWARDS, trata-se de uma opção à luz da política criminal. EDWARDS, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Buenos Aires: Editora Ad-Hoc, 1996, p. 54.

149 FIGUEIREDO DIAS, *A criminalidade organizada...*, op. cit., p. 25.

constitucionalidade deste meio excepcional de obtenção de prova, conforme conteúdo do AC nº 578/98, de 14 de Outubro<sup>150</sup>.

Conclusivamente, é possível afirmar, portanto, que a infiltração de agentes enquanto técnica especial de investigação e meio excepcional de obtenção de prova no processo penal somente passará pelo filtro de constitucionalidade quando respeitar os parâmetros do PP, ou seja, quando for, primeiramente, apta à obtenção da finalidade perseguida pela ação encoberta. Ademais, quando encontrarem-se esgotadas as chances de utilizar-se outras formas de pesquisas menos agressivas ou gravosas aos DGLIF. Por fim, quando as vantagens auferidas pela ação estatal relativa à apuração de infrações penais de natureza grave compensarem os prejuízos porventura ocasionados às liberdades passíveis de afetação<sup>151</sup>.

Dedicamos atenção especial ao exame do PP e sua aplicação no campo probatório processual penal e, em particular, aos métodos ocultos de investigação, em virtude do mesmo configurar, conforme COSTA ANDRADE, “espécie de categoria transcendental (...) que está presente e se actualiza no conteúdo e no regime dos pressupostos materiais” desse meio, a saber, no catálogo de crimes que permite a sua utilização, na subsidiariedade própria de meios mais gravosos às liberdades, além de exigir que, em cada caso concretamente levado a efeito no exercício da infiltração de agentes, “numa ponderação global, a gravidade da intromissão não seja desproporcionada face ao peso das razões que a justificam”<sup>152</sup>.

---

150 Dentre outras considerações, aquele tribunal considerou que “não obstante os perigos que comporta a utilização de agentes infiltrados, e a dose de deslealdade que nela vai implicada, considera-se hoje que, estando em causa certo tipo de criminalidade grave (terrorismo, tráfico de droga, criminalidade violenta ou organizada), é impossível renunciar ao serviço do *undercover agent*. Está-se em domínios em que os interesses que se entrecruzam são de tal ordem, e os meios, de que os criminosos dispõem, tantos e tão sofisticados, que a sociedade quase se sente impotente para dar combate a tal criminalidade. E, por isso, aceita-se aqui alguma *excepcionalidade* no modo de obter as provas”. O referido acórdão encontra-se disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html>. Acesso em 17 de março de 2019.

151 PEREIRA propõe uma série de três perguntas, cujas respostas devem ser obrigatoriamente positivas para o fim especial de passar pelo crivo da proporcionalidade: “1. o meio de investigação é apto à obtenção do fim perseguido na operação encoberta? 2. Foram previamente esgotadas outras formas de investigação menos agressivas aos direitos e garantias fundamentais dos investigados? 3. As vantagens derivadas do fim público que se persegue (a segurança coletiva) compensam os eventuais prejuízos provocados aos direitos individuais que serão violados?”. PEREIRA, *Agente infiltrado...*, op. cit., p. 101. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_12/8-ArtigoFlavio\\_Layout%201.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_12/8-ArtigoFlavio_Layout%201.pdf). Acesso em 15 de março de 2019.

152 COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 116.

## 6- O Regime Jurídico das Acções Encobertas

A infiltração de agentes, enquanto meio excepcional de obtenção de prova no processo penal e técnica especial de investigação criminal, atualmente ocupa lugar destacado no ordenamento jurídico processual penal português com a lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, a qual prevê um regime jurídico próprio para as acções encobertas<sup>153</sup> com finalidades de prevenção e de investigação criminal. Mas o estado atual da legislação sobre o tema é consequência de uma evolução iniciada na segunda metade do século passado, a qual passaremos, na sequência, em linhas gerais, a abordar.

### 6.1- A evolução legislativa

A primeira previsão legislativa das ações encobertas no ordenamento jurídico português ocorreu com o DL nº 430/1983, de 13 de Dezembro<sup>154</sup>. Na exposição de motivos do referido decreto-lei, percebe-se a preocupação do legislador com a eficiência da atuação estatal voltada à apuração de fatos criminosos relacionados ao tráfico de estupefacientes (com medidas de combate semelhantes às utilizadas contra as organizações terroristas) e a busca de soluções no campo dos meios de obtenção de prova, em especial a infiltração de agentes<sup>155</sup>.

---

153 SINTRA cita algumas modalidades de ações encobertas, como as compras simuladas, intervenção em meios e circuitos criminosos através da prestação de serviços, entregas controladas e papel da vítima em potencial. Trouxemos tais exemplos à colação simplesmente como forma de evidenciar o amplo espectro das ações encobertas, para além da infiltração de agentes ou da atuação meramente encoberta, sem preocupação, contudo, em analisar tais exemplos à luz dos princípios constitucionais processuais penais aplicáveis à matéria. SINTRA, op. cit., p. 81. ZANELLA assinala ainda a existência de uma ação encoberta concretizada na utilização do denominado “*agente paraencubierto*” - “integrante da própria organização criminosa que, mediante remuneração estatal, transmite informações importantes à solução de crimes”. ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado. Análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 230.

154 O artigo 52, nº 1 do referido diploma legal previa que: “Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito preliminar, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/443290/details/normal?q=decreto-lei+430%2F83>. Acesso em 17 de março de 2019.

155 Eis parte da justificativa apresentada pelo legislador, neste sentido: “Sabido, porém, o reduzido ou nulo efeito dissuasor da simples previsão de penas severas, há que encontrar formas mais eficientes de garantir que os traficantes não se escapem às malhas da justiça beneficiando da impunidade. Daí que se prevejam medidas de combate semelhantes às utilizadas contra as organizações terroristas, que se viabilize uma cooperação judiciária mais estreita a nível internacional com vista a apanhar os tentáculos das grandes redes nos diversos países e que se dedique especial atenção às fortunas acumuladas pelos suspeitos e arguidos de tráfico, de modo a desapossá-los delas e a declará-las perdidas para o Estado”. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/443290/details/normal?q=decreto-lei+430%2F83>. Acesso em 17 de março de 2019.

É possível afirmar que, neste primeiro momento, a infiltração estava circunscrita à repressão ao tráfico de estupefacientes<sup>156</sup>, voltava-se à apuração de crime(s) já praticado(s) (ausente qualquer intenção preventiva) e somente poderia ser utilizada no âmbito de um inquérito preliminar. Ademais, de acordo com o referido ato normativo, a infiltração somente encontraria guarida na forma de aceitação da entrega e somente poderia ser realizada por um funcionário de investigação criminal.

LOUREIRO faz referência ao citado decreto-lei como “a institucionalização do estado de emergência” e ao fato de a previsão legal ter estampado, em verdade, a conduta de um “agente provocador” e não de simples agente infiltrado, o que nos parece ser, a toda evidência, o correto entendimento sobre a figura em questão. Contudo, o autor retrata uma forma de “interpretação laxista” conferida tanto pela doutrina como pela jurisprudência e que acabaram por “alargar abusivamente a sua actuação”, contrariamente ao objetivo do ato normativo: limitar a atuação do agente<sup>157</sup>.

Ao analisar o referido ato normativo, percebe-se a inexistência de qualquer referência a um procedimento para realização da infiltração. Não havia, nem mesmo, previsão legal de autorização judicial para levar-se a efeito um infiltração de agentes.

Cerca de uma década mais tarde, o DL nº 15/1993, de 22 de Janeiro, trouxe algumas inovações, sem, contudo, consubstanciar rompimento significativo com o regime anterior. O art. 59 daquele diploma manteve redação idêntica a do art. 52 do DL nº

---

156 JESUS aduz que o “período pós 25 de Abril ficou caracterizado pela *abertura* de Portugal ao mundo, a vários níveis: se é certo que em termos de desenvolvimento tecnológico e crescimento económico toda esta evolução se mostrou positiva e essencial para o país, no que diz respeito à afirmação das liberdades individuais, assistiu-se à emergência de fenómenos díspares, nem sempre salutares (...) como a proliferação do consumo de drogas e o crescimento do tráfico”. A autora faz referência ao movimento político e social ocorrido a 25 de Abril de 1974 e que acabou por desencadear o processo que depôs o regime ditatorial e implantou o regime democrático com a entrada em vigor da Constituição, em 25 de abril de 1976. JESUS, Solange. *O agente infiltrado como novo instrumento de política criminal. Sua expressão no ordenamento jurídico português*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º ciclo de estudos em Direito. Área de especialização: direito penal. Orientador: Professor Doutor Costa Andrade. Coimbra, 2009, p. 44.

157 Fazendo referência ao trabalho de MARTINS, Lourenço. “*Droga*”. Coimbra: Almedina, 1984, p. 154-155, exemplifica o autor: “situação bem diferente será à do agente da polícia se encontrar em algumas das seguintes atitudes mencionadas no artigo 23º – *comprar, receber* a qualquer título e depois deter. O que este artigo parece prever é a hipótese de a um agente ou funcionário infiltrado no “milieu” da droga ser oferecida qualquer das substâncias previstas nas tabelas, sendo tomada por um consumidor ou, pelo menos, por um comprador. A *aceitação e pagamento* sem o entendimento de que se tratava de uma apreensão (o que levaria à sua identificação e medidas processuais) se fosse punível, e em princípio sê-lo-ia, implicaria a impossibilidade de prosseguir na descoberta da rede de tráfico e, por outro lado, a denúncia da qualidade de polícia com a consequente ineficácia em acções futuras na mesma zona, pelo menos”. LOUREIRO, op. cit., p. 188.

430/1983. A atuação do agente infiltrado permaneceu admissível somente no âmbito do inquérito, circunscrita ao tráfico de droga e, consoante aponta LOUREIRO, “a jurisprudência continuou a justificar comportamentos que não são mais do que a *provocação ao crime*”<sup>158</sup>.

Ademais, para efeitos do disposto no código de processo penal, o tráfico de drogas foi equiparado ao terrorismo, à criminalidade violenta ou altamente organizada.

Há que se destacar, neste ponto, a necessidade de que o tema fosse tratado de forma mais rigorosa pela doutrina e pelos tribunais, sobretudo no que diz respeito à distinção entre as figuras do agente infiltrado e do agente provocador. A preocupação doutrinária crescente com a matéria deu origem à obra de COSTA ANDRADE sobre os *Meios Proibidos de Prova*, amplamente referenciada neste estudo.

Um ano a mais trade, conforme pontua ONETO<sup>159</sup>, a lei n.º 36/94<sup>160</sup>, de 29 de Setembro, alargou o catálogo de crimes e o campo de atuação da infiltração de agentes ao possibilitar a utilização deste meio excepcional de obtenção de prova para investigação dos crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira.

LOUREIRO informa que a partir de solicitação do Ministro da Justiça à época, para “além de algumas questões ao nível do agravamento das penas, pretendeu-se alargar o âmbito do artigo 59 do D.L. n.º 15/93”<sup>161</sup>, o que acabou por originar nova redação ao referido artigo pela Lei n.º 45/96<sup>162</sup>.

---

158 O citado autor cita como exemplo o “caso” Francisco Teixeira de Castro. O AC Teixeira Castro vs Portugal, de 08 de junho de 1998 não encontra-se disponível no site do Tribunal: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/por&c>. Acesso em 05 de março de 2019. Podemos, contudo, encontrá-lo na íntegra em: LOUREIRO, op. cit., 2007.

159 Cf. essa autora, a referida lei também atribuiu “ao Ministério Público e à Polícia Judiciária, através da Direcção Central para o Combate à Corrupção, Fraudes e Infrações Económicas e Financeiras, competência para a realização de acções preventivas no âmbito dos crimes de corrupção, peculato e participação económica em negócio, administração danosa em unidade económica do setor público, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática, e infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional”. ONETO, op.cit., p. 112-113.

160 Nos termos do art. 6.º do referido diploma legal, considera-se “legítima, com vista à obtenção de provas em fase de inquérito, a prática de actos de colaboração ou instrumentais relativamente aos crimes previstos no n.º 1 do artigo 1.º do presente”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=145&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=145&tabela=leis). Acesso em 17 de março de 2019.

161 LOUREIRO, op. cit., p. 192.

162 A nova redação do art. 59 ficou da seguinte forma: “Não é punível a conduta de funcionário de investigação criminal ou de terceiro actuando sob controlo da Polícia Judiciária que, para fins de prevenção ou repressão criminal, com ocultação da sua qualidade e identidade, aceitar, detiver, guardar, transportar ou, em sequência e a solicitação de quem se dedique a essas actividades, entregar estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e outros produtos químicos susceptíveis de desvio para o fabrico ilícito de droga

Sucederam-se, portanto, algumas modificações importantes. Introduziu-se a *prevenção* ao tráfico de estupefacientes também como finalidade da intervenção, não mais se exigindo a existência de inquérito<sup>163</sup> ou processo para a infiltração<sup>164</sup>. Passou-se a admitir a infiltração por parte de terceiro atuando sob controle da PJ e previu-se a necessidade de autorização judicial, embora por razões de urgência fundamentadas a investigação pudesse ocorrer e ser validada judiciarmente no primeiro dia útil posterior.

Embora seja de louvar a necessidade de autorização judicial, verificamos que inexistia previsão de procedimentos e mecanismos para o exercício efetivo de tal controle. Com efeito, tal lei previa a possibilidade da ação investigativa estatal mesmo sem inquérito ou processo, fator de preocupação quanto à prejudicialidade da análise judicial quanto às questões de fato capazes de fundamentar uma intervenção, em tese, tão gravosa às liberdades individuais.

Inaugurou-se a necessidade de produzir-se um relatório da infiltração por parte da PJ, o qual deveria ser entregue à autoridade competente do Poder Judiciário no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após o termo da operação.

Pela primeira vez foram tomadas cautelas em relação à proteção da pessoa do agente infiltrado, como a juntada do relatório da operação de infiltração aos autos do processo somente quando reputado absolutamente indispensável em termos probatórios e, por fim, contemplou-se a possibilidade de sua comparência em audiência de julgamento.

Para ONETO, a referência contida no artigo 59 da lei de que “o agente só pode entregar estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou precursores em sequência e a

---

ou precursor.

2 - A actuação referida no n.º 1 depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, a proferir no prazo máximo de cinco dias e a conceder por período determinado.

3 - Se, por razões de urgência, não for possível obter a autorização referida no número anterior, deve a intervenção ser validada no primeiro dia útil posterior, fundamentando-se as razões da urgência.

4 - A Polícia Judiciária fará o relato da intervenção do funcionário ou do terceiro à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo daquela”. A lei nº 45/96, de 03 de Setembro, encontra-se disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=184&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=184&tabela=leis). Acesso em 18 de março de 2019. Já o decreto-lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, encontra-se disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=181&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=181&tabela=leis). Acesso em 18 de março de 2019.

163 Cf. AC nº 578/98, o TC considerou não haver necessidade prévia de inquérito a decorrer para efeitos da atuação de agente infiltrado no âmbito da prevenção criminal. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html>. Acesso em 17 de março de 2019.

164 Cf. LOUREIRO, “não se vê como uma actividade de prevenção criminal possa ocorrer em tais circunstâncias. Se não há qualquer inquérito ou processo, será obvio que a polícia, ou alguém a seu mando, irão actuar sem qualquer controlo!”. LOUREIRO, op. cit., p. 192.

solicitação de quem se dedique a essas atividades’ visa claramente afastar do âmbito da norma a figura do agente provocador”<sup>165</sup>.

Contudo, a provocação continuou a ser a tônica da crítica de LOUREIRO, que a justificou a partir da nova redação conferida ao artigo 59 da seguinte forma: “para além do alargamento dos pressupostos de facto, o agente infiltrado (?) já não é aquele que se limita a aceitar a droga que lhe oferecem mas, também, aquele que entrega droga a quem lha solicite. Não estaremos já a meio do caminho do percurso para a provocação ao crime?!”<sup>166</sup>. Reconhecemos, neste particular, que a referida lei, ao permitir a entrega do produto, acabou por estimular uma forma de provocação ao crime.

Crítica. Por tudo o que defendemos quando tivemos a oportunidade de tratar da tipicidade processual, somos críticos dos regramentos que antecederam o atual RJAÉ, por não apresentarem procedimentos para o desencadear da intervenção estatal e não permitirem, com isso, o estabelecimento de parâmetros mínimos que assegurassem “o mínimo existencial” para as liberdades passíveis de afetação, a exemplo da ausência de previsão quanto à necessidade de autorização judicial e de apresentação de relatórios da operação, a observância estrita da proporcionalidade etc. Como visto, tal tarefa não poderia, a nosso sentir, ficar adstrito simplesmente à prudência judicial e ao subjetivismo das decisões, pois diante estaríamos de técnica especial de investigação com elevado potencial de dano aos DGLIF.

Estamos, neste sentido, com PRADO, para quem “é imperiosa a reserva de lei qualificada, embora haja na doutrina quem defenda a atividade criativa do juiz. A prévia estipulação legal da possibilidade de instituição de expediente orientado a reduzir o âmbito normativo da tutela contra a autoincriminação compulsória constituiria o mínimo indispensável para validar juridicamente a intervenção policial retratada na denúncia”<sup>167</sup>. Há de se estabelecer medidas de controle adequadas contra os abusos sempre possíveis<sup>168</sup>.

A lei tratada na sequência deste estudo procurou observar a necessidade de prever

---

165 ONETO, op.cit., p. 113.

166 LOUREIRO, op. cit., p. 192.

167 O autor ainda afirma que “a lei que disciplina os meios de obtenção de prova dessa natureza necessita ser rigorosa quanto a seus requisitos, submetendo-se aos critérios que os juristas alemães Piroth e Schlink denominam de reserva de lei proporcional ou qualificada, sem abertura para analogias”. PRADO, *Infiltração policial...*, op. cit., p. 715-716.

168 SILVA manifestou preocupação neste sentido. SILVA, Germano Marques da. Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?). In: *Lusitana. Revista de Ciência e Cultura. Direito*. Série II. Nº 3. Lisboa: Universidade Lusitana, 2005, p. 81.

procedimentos mínimos para garantir a fiscalização do atuar estatal e evitar abusos. Constitui, embora não isenta de críticas fundadas, a lei qualificada que inexistia no ordenamento jurídico processual penal português até então.

#### 6.2- A lei nº 101/2001, de 25 de Agosto

A lei nº 101/2001<sup>169</sup>, de 25 de Agosto, revogou expressamente os artigos 59 e 59-A, ambos da lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, além do artigo 6º da lei nº 36/94, de 29 de Setembro, e estabeleceu o regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção, investigação e repressão criminal.

A definição de acções encobertas encontra-se nº 2 do art. 1º da lei<sup>170</sup> e pode ensejar a atuação, v.g., de agentes encobertos, infiltrados ou infiltrados com identidade fictícia<sup>171</sup>.

O novo regime ampliou substancialmente o catálogo de crimes cuja prevenção e repressão admitem o recurso à infiltração de agentes. Além do tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, dos crimes de corrupção e da criminalidade económico-financeira, a novel lei apresenta um rol que vai desde homicídio voluntário (desde que o agente não seja conhecido), tráfico de pessoas e branqueamento de capitais aos relativos ao mercado de valores mobiliários, dentre outros<sup>172</sup>.

Além da sua óbvia utilidade para a investigação de outros crimes, uma outra razão para a ampliação do âmbito de aplicação das acções encobertas foi apresentada pelo

---

169 Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=89&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis). Acesso em 18 de março de 2019.

170 “aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados neste diploma, com ocultação da sua qualidade e identidade”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=89&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis). Acesso em 28 de março de 2019.

171 No âmbito da repressão criminal, considera-se agente encoberto, para os fins deste estudo, aquele que oculta a sua condição de policial ou de terceiro sob o controle da Polícia Judiciária, sem se infiltrar no âmago de uma organização ou grupo criminoso, para investigar um fato isolado. Agente infiltrado, aquele que ingressa na organização criminoso ou no grupo criminoso e efetivamente participa de suas atividades. Agente infiltrado com identidade fictícia é aquele que, não obstante configurar-se infiltrado, em razão do tempo de duração da infiltração e à periculosidade da medida, foi necessário que adquirisse identidade fictícia. Em sentido similar, DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Criminalidad organizada*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 48.

172 Trata-se do artigo 2º da lei nº 101/01, após alterações sofridas pela entrada em vigência da lei nº 60/13, de 23 de Agosto, e lei nº 61/15, de 24 de Junho. Os diplomas legais modificadores encontram-se disponíveis, respectivamente, em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1973&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1973&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=)  
[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2351&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2351&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=). Acesso em 18 de março de 2019.

Ministro da Justiça à época (António Costa): o fato de, nos termos da Convenção Europeia relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal<sup>173</sup> entre os Estados Membros da União Europeia, Portugal ter se comprometido a admiti-las em investigações internacionais não somente voltadas à repressão ao tráfico de drogas e à corrupção<sup>174</sup>.

Com a entrada em vigor da lei n.º 104/01<sup>175</sup>, de 25 de Agosto, houve ampliação do âmbito subjetivo das ações encobertas ao se permitir fossem realizadas por funcionários de investigação criminal de outros Estados.

A investigação criminal, ainda carente de definição neste trabalho, é legalmente considerada como sendo “o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade, descobrir e recolher as provas no âmbito do processo”<sup>176</sup>, consoante a nova lei de investigação criminal. Ademais, faz parte do sistema normativo processual penal<sup>177</sup> e presta-se à finalidade de assegurar garantias aos investigados, a exemplo de impedir acusações sem o mínimo respaldo fático-probatório.

O próximo tópico procurará abordar a questão da investigação criminal realizada através da infiltração de agentes voltada às finalidades preventivas.

6.2.1- <<*Mais vale prevenir que remediar*>>. Notas sobre a admissibilidade da infiltração de agentes voltada à prevenção criminal

As considerações até aqui desenvolvidas estiveram concentradas na finalidade repressiva da infiltração de agentes, ou seja, enquanto meio extraordinário de obtenção de

173 A Resol. da AR n.º 39/94, de 12 de Setembro, aprova, para ratificação, a Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal. Disponível em: [http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy\\_of\\_anexos/convencao-europeia-de4263/downloadFile/file/STE\\_030.pdf?nocache=1200413821.16](http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/convencao-europeia-de4263/downloadFile/file/STE_030.pdf?nocache=1200413821.16). Acesso em 18 de março de 2019.

174 GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *O novo regime...*, op. cit., p. 12.

175 A referida lei promoveu modificações na lei da cooperação judiciária internacional em matéria penal (lei n.º 144/99, de 31 de Agosto) e passou a permitir tal atividade por parte de funcionários de investigação criminal de outros Estados, com estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portugueses e nos demais termos da legislação aplicável. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=188&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=188&tabela=leis). Acesso em 18 de março de 2019.

176 Art. 1.º da lei n.º 49/08, de 27 de Agosto. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1021&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1021&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=). Acesso em 21 de março de 2019.

177 O art. 262.º, n.º 1 do CPP estabelece o âmbito de aplicação do inquérito (conjunto de diligências com a finalidade de investigação de um crime). Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis). Acesso em 03 de março de 2019.

prova no processo penal. Ocorre que, conforme nº 1 do artigo 1º da lei nº 101/01, de 25 de Agosto, tal técnica especial de investigação criminal também cumpre finalidades preventivas, o que demanda, mesmo que de forma sucinta, breve análise para completa compreensão do seu alcance, de acordo com o regime jurídico das ações encobertas.

Mas de que prevenção criminal se trata? O artigo 272º, nº 3, da CRP<sup>178</sup> atribui à Polícia esta função preventiva, a qual deve ser exercida com observância das regras gerais sobre polícia, com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e não devem ser utilizadas para além do estritamente necessário, *ex vi* dos nºs 1 e 2 do citado artigo. Pensamos tratar-se de prevenção criminal *stricto sensu* (função de prevenção em sentido estrito) - a par do princípio da subsidiariedade que deve vigorar em relação às ações encobertas e que demanda uma interpretação restrita de seus conteúdos realizadores -, consistente “na adopção de medidas adequadas para certas infracções de natureza criminal (...), medidas essas que visam a protecção de pessoas e bens, a vigilância de indivíduos e locais suspeitos, sem que se restrinja ou limite o exercício dos direitos, liberdades e garantias do cidadão”<sup>179</sup>.

SILVA aponta que um modo de atuar preventivamente no combate à criminalidade organizada é através das investigações pro-activas, especialmente tratada na lei nº 36/94, de 29 de Setembro, a qual estabelece medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira<sup>180</sup>. Conforme artigo 1º, nº 3 daquele diploma legal, as ações de prevenção compreendem: a) a recolha de informações relativamente a notícias de factos susceptíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime; b) a solicitação de inquéritos, sindicâncias, inspeções e outras diligências que se revelem necessárias e adequadas à averiguação da conformidade de determinados actos ou procedimentos administrativos, no âmbito das relações entre a Administração Pública e as entidades privadas.

Ademais, o regime jurídico das ações encobertas quando voltadas à prevenção

---

178 Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis). Acesso em 19 de março de 2019.

179 GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *O novo regime...*, op. cit., p. 28-29.

180 O autor afirma somente ser possível o uso das investigações pro-ativas, quando as mesmas puderem afetar direitos fundamentais, “no domínio de infracções especialmente graves (princípio da gravidade e proporcionalidade), com recurso a meios previstos em lei (princípio da legalidade), de modo subsidiário e sempre com sujeição a controlo das autoridades judiciárias, nos mesmos termos estabelecidos para a actividade processual”. SILVA, *Meios processuais...*, op. cit., p. 79.

criminal difere daquele cujas finalidades são repressivas. Naquele caso, a lei prevê a necessidade de prévia autorização do juiz de instrução criminal, mediante proposta do MP, conforme artigo 3º, nº 4, sendo que a atribuição e competência para a iniciativa e decisão é do magistrado do Ministério Público que oficia junto do Departamento Central de Investigação e Acção Penal e do juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal, consoante nº 5 do mesmo artigo da lei.

No tocante ao assunto, COSTA ANDRADE defende ser mais fácil admitir a intervenção do *homem de confiança* quando este prosseguir “finalidades exclusiva ou prevalentemente preventivas”<sup>181</sup>. O autor cita WOLTER, para quem “pelo menos em relação a perigos concretos e imediatos de atentado contra a vida ou a perigo correspondente de sacrifício grave da integridade física de terceiros”, o recurso a esta técnica especial de investigação ganha contornos mais delineados de legitimidade. Ademais, segundo pondera, esta admissibilidade poderá configurar-se “sempre que a perseguição de eventuais agentes, lograda através do *homem de confiança*, se integre em programas de repressão e desmantelamento do terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada”<sup>182</sup>.

PEREIRA entende da mesma forma, embora com fundamentação diversa. Afirma que o recurso ao *homem de confiança*, quando este visa provar a prática de crimes, ofende o direito à integridade moral, viola o artigo 25 da CRP e constitui método proibido de prova. Contudo, conforme seu entendimento, quando a sua intervenção tiver como finalidade impedir a consumação de um crime ou a reincidência do agente, “já não estaremos situados no plano processual da proibição da prova, mas antes perante uma conduta cuja licitude é definida de acordo com os juízos de ponderação que enformam a justificação penal (artigo 31º e seguintes do Código Penal)”<sup>183</sup>.

No mesmo sentido, FERREIRA MONTE, para quem a base da atuação estatal com objetivo eminentemente repressivo, punitivo, leva a um comportamento imoral, inaceitável, por parte do Estado, diferentemente quando o problema é analisado à luz das

---

181 O autor sustenta, em geral, a inadmissibilidade da intervenção do *homem de confiança* com finalidades única ou exclusivamente repressivas, ou seja, para investigar crimes já consumados. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, op. cit., p. 232-234.

182 Ibidem, p. 232.

183 PEREIRA, Rui Carlos. O consumo e o tráfico de drogas na lei penal portuguesa. In: *Revista do Ministério Público*. Ano 17º. Jan-Mar. N. 65. Lisboa: Revistas do S.M.M.P., 1996, p. 59-76.

finalidades preventivas. Assim, “a acção dos agentes de confiança, quer infiltrados, quer provocadores, deve ser teleologicamente fundada na prevenção e nunca com fins meramente repressivos”<sup>184</sup>.

PRADO discorda deste entendimento e defende a ilegalidade da infiltração voltada “prospectivamente, compreendendo-se neste quadro as hipóteses de crimes futuros”, em razão da possibilidade dos “pseudo-autores das infrações penais” serem incitados a cometer crimes”<sup>185</sup>. O “olhar” de MARTINS também é crítico em relação à finalidade preventiva. Assevera que “se a investigação recuar para o montante da ação criminosa, numa atitude preventiva da iminência de risco para a segurança, então o risco para as liberdades dos cidadãos também aumenta exponencialmente, pelo que a intervenção do Direito, designadamente das leis já existentes, interpretadas em conformidade com a CRP, torna-se mais premente”<sup>186</sup>.

Entendemos que a atuação estatal através de métodos ocultos constitui “área movediça e de proposições conflitantes”, mas que encontra-se justificada por necessidades de conferir eficácia à administração da justiça penal e que “não deixa de estar norteadada ou regida por determinações de um foro estritamente político”<sup>187</sup>. Desta maneira, nos posicionamos assertivamente pela possibilidade de utilização do homem de confiança em investigações que visem tanto a prevenção quanto a repressão criminal, desde que observados os limites normativos da intervenção estatal.

Questão interessante diz respeito ao fato de determinadas investigações possuírem finalidades preventivas e repressivas, o que nos leva ao próximo espaço de desenvolvimento das ideias.

---

184 MONTE, Mário Ferreira. Anotação ao relatório da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, processo nº 25829/94, Francisco Teixeira Castro contra Portugal. In: *Scientia Iuridica – Revista de direito comparado português e brasileiro*. T. XLVI. Universidade do Minho, 1997.

185 PRADO, *Infiltração policial...*, op. cit., p. 723.

186 MARTINS, op. cit., p. 513.

187 LIMA tem a convicção de que se trata de “Um Mal Necessário”. A autora cita FERREIRA MONTE, para quem a atuação do agente infiltrado encontra-se justificada por razões de política criminal e deve estar teleologicamente fundada na prevenção. LIMA, Sônia Silva Brito. *O agente infiltrado. O problema da legitimidade no processo penal do Estado de Direito e na experiência brasileira*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 369.

## 6.2.2- COSTA ANDRADE e as investigações de campo avançado

COSTA ANDRADE assinala que até tempos atrás era possível demarcar com segurança as fronteiras que separavam a repressão (de crimes) e a prevenção (de perigos).

A repressão criminal estava ligada à ideia de realização da justiça criminal, voltada para o passado e buscava responder contrafaticamente à suspeita da prática de infração penal, conforme regulamentada no ordenamento processual penal e realizada pela Polícia, Ministério Público e Tribunais<sup>188</sup>. No segundo caso, visava apenas prevenir um perigo concreto de ameaça a bens jurídicos, estava voltada para o futuro e atrelada à atividade de polícia *stricto sensu* (diferentemente da polícia investigativa, órgãos de polícia criminal) de competência da Administração Pública<sup>189</sup>. Fundamentalmente determinantes eram, portanto, conforme o autor, “a conexão temporal entre a intervenção das autoridades e o evento sobre o qual projectam a sua actuação: um crime supostamente cometido ou o perigo, que poderá projectar-se em lesão sobre os bens jurídicos”.

Ocorre que os desafios da criminalidade organizada impuseram uma intervenção mais “*pró-activa*” de ambas as instâncias, com recurso crescente aos meios ocultos de investigação que geralmente acabam por revelar “(...) ‘crimes’ que podem vir a acontecer ou perigos que podem vir a actualizar-se”, de modo a impor a presença sempre crescente da “investigação de campo avançado”, alterando-se as formas tanto do lado da prevenção de perigos quanto da justiça criminal<sup>190</sup>.

Tais investigações de campo avançado são realizadas pelas mesmas polícias, sejam elas polícia criminal ou polícia em sentido técnico e passaram a apresentar características menores ou maiores de repressão e prevenção, fator de dificuldade para enquadramento das atividades de acordo com o critério temporal da intervenção estatal (o

---

188 Sob outro enfoque, a repressão é ligada à ideia da função da pena com carácter retributivo e “representa a imposição de um mal justo contra o mal injusto do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o Direito”. O autor cita HEGEL como um dos precursores desta noção retributiva da pena, para quem o crime pode ser definido como a negação do direito e a pena como negação da negação, e KANT, o qual defende a justiça retributiva “como bem inviolável, um imperativo categórico segundo o qual todo aquele que mata deve morrer”. GONÇALVES, Vinícius Abdala. *O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 24. Este posicionamento, conforme nosso entendimento, viola o princípio democrático que impede a realização do “mal” pelo Estado, em respeito à dignidade da pessoa humana. Desta maneira, entendemos que a pena deveria cumprir simplesmente funções preventivas. Desenvolvidamente, neste sentido, MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

189 COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 129.

190 *Ibidem*, p. 130.

autor afirma que o critério perde a sua “fecundidade heurística”<sup>191</sup>.

FERREIRA conclui positivamente no mesmo sentido ao assentar “(...) nem sempre ser fácil traçar a linha de separação entre prevenção e repressão pois, em múltiplas situações, a actividade de polícia torna difícil a separação da acção preventiva da acção repressiva devida ao continuum que se estabelece entre ambas e à dupla natureza das medidas”<sup>192</sup>.

A partir do reconhecimento desta nova situação, COSTA ANDRADE acompanha proposta do Tribunal Constitucional alemão, datado de 27-07-2005, e sugere uma divisão quadripartida da questão. Além da prevenção e da repressão, propõe a divisão da investigação de campo avançado em duas novas categorias: providência para a perseguição (futura) de crimes (*Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten*) e combate preventivo ao crime (*vorbeugende Bekämpfung von Straftaten*)<sup>193</sup>.

No primeiro caso, de índole eminentemente repressiva, a busca é pelas provas para ulterior perseguição e punição de infrações penais não praticadas, mas que no futuro revelam-se prováveis. Contudo, a perseguição assume forma nitidamente preventiva sob a perspectiva temporal. No segundo caso, “trata-se apenas de prevenir e afastar perigos (crimes) possíveis antes de se atingir o limiar do perigo concreto”<sup>194</sup>.

Constituem, portanto, de acordo com este entendimento, nova forma de atividade de polícia, ao lado do modelo tradicional já evidenciado neste estudo.

Essa divisão proposta encontra implicações no campo das proibições de prova e, neste particular, o desenvolvimento das ideias precedentes encontra justificativa prática. COSTA ANDRADE anota ser natural que a prevenção demande maior urgência e apresente dignidade superior quando comparada à repressão, a justificar que “os pressupostos e condições das acções de intromissão e devassa preordenadas à prevenção de perigos sejam menos exigentes, relativamente às acções correspondentes do lado do processo penal”<sup>195</sup>.

Pois bem. O problema a enfrentar diz diretamente sobre a possibilidade de

---

191 Ibidem, p. 130.

192 FERREIRA, Luís Fiães. *A prevenção da criminalidade*. II Colóquio de Segurança Interna. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna - I.S.C.P.S.I. Coimbra: Almedina, 2006, p. 74.

193 COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 131.

194 Ibidem, p. 131.

195 O autor exemplifica da seguinte forma: “salvar a vida de A em perigo, é manifestamente mais urgente e relevante do que perseguir B, suspeito da morte de C”. Ibidem, p. 132.

utilização de dados, provas ou notícias auferidas a partir de ações de prevenção serem utilizadas no processo penal. Ou o contrário: quando provas legalmente obtidas em processo penal possam ser utilizadas no contexto da atividade policial de prevenção de perigos e, caso positivas as respostas, em que medida.

### 6.3- Âmbito de aplicação

PEREIRA destaca o fato da infiltração de agentes, enquanto espécie de ação encoberta, ser naturalmente admitida por um número significativo de países, voltada a investigar infrações penais de natureza grave, na maioria das vezes de caráter transnacional<sup>196</sup>. Ademais, ressalta a excepcionalidade ou *ultima ratio* deste meio de obtenção de prova enquanto medida de elevada restrição das liberdades, voltada que deve estar, portanto, à apuração de infrações penais classificadas como graves.

No que à potencialidade de danos relativa a estas ações encobertas pertine, COSTA ANDRADE aduz, com espeque em julgado do Tribunal Constitucional Federal datado de 27-02-2008, haver meios de investigação com tal potencial de lesividade e devassa que somente devem ser admitidos para salvaguardar “bens jurídicos de transcendente importância (*überragend wichtige Rechtsgüter*) do indivíduo (vida, integridade física e liberdade) ou da comunidade (...), cuja ameaça contende ‘com os fundamentos ou a subsistência do Estado ou com os fundamentos da própria existência do Homem’”<sup>197</sup>.

Aqui cabe uma adição a essa afirmação. Somente deverá ser posta em prática, mesmo para aquelas infracionais de elevada gravidade, quando não exista outro meio de obtenção de prova menos gravoso aos DGLIF, como já tivemos oportunidade de assentar quando tecemos considerações sobre o PP, mas especificamente sobre o subprincípio da necessidade. Ainda a título argumentativo e com amparo em PEREIRA, podemos afirmar exemplificativamente que “seria totalmente inoportuno e desproporcional a infiltração de

---

<sup>196</sup> O autor ressalta também o fato de tal meio de obtenção de prova ter sido acolhido como técnica de assistência judicial contemplada na convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados membros da União Européia. Agente infiltrado virtual (Lei 13441/17): primeiras impressões. In: *Revista eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás*. V. 33, 2017, p. 99-100. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_12/8-ArtigoFlavio\\_Layout%201.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_12/8-ArtigoFlavio_Layout%201.pdf). Acesso em 15 de março de 2019. A previsão retratada encontra-se no artigo 14 da referida convenção. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:C2000/197/01&from=pt>. Acesso em 16 de março de 2019.

<sup>197</sup> COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 124.

agentes policiais para a investigação de um simples grupo de pessoas que praticam furtos esporádicos próximos a uma escola”<sup>198</sup>.

Uma análise do rol de crimes previstos na lei nº 101/01, de 25 de Agosto, nos leva à crença de que as acções encobertas são de fato admissíveis pelo ordenamento processual penal português no âmbito da prevenção e da repressão de crimes de natureza grave<sup>199</sup>.

A propósito do tema, FIGUEIREDO DIAS<sup>200</sup> entendem que os crimes do catálogo devem possuir “(...) natureza adequada às características sócio-criminológicas do fenómeno da criminalidade organizada<sup>201</sup> e deve ser de particular gravidade”<sup>202</sup>. Tal raciocínio se justifica pelo fato de que tais medidas foram inicialmente consagradas para o enfrentamento a esta forma de criminalidade.

Por sua vez, a lei nº 109/09<sup>203</sup>, de 15 de Setembro, conhecida como lei do cibercrime, em seu artigo 19º prevê a admissibilidade do recurso às acções encobertas previstas na lei 101/01, de 25 de Agosto, nos termos previstos neste diploma legal, no decurso de inquérito relativo a outros crimes também de elevada gravidade<sup>204</sup>.

---

198 PEREIRA, *Agente infiltrado...*, op. cit., p. 101.

199 Eis o catálogo: “a) homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido; b) contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes; c) relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados; d) escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns; e) tráfico de pessoas; f) organizações terroristas, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo; g) captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão; executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas; i) roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios; j) associações criminosas; l) relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; m) branqueamento de capitais, outros bens ou produtos; n) corrupção, peculado e participação económica em negócio e tráfico de influências; o) fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção; p) infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia; q) infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional; r) contrafacção de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem; s) relativos ao mercado de valores mobiliários”.

200 FIGUEIREDO DIAS, *A criminalidade organizada...*, op. cit., p. 28.

201 O autor cita como exemplos de tais crimes os praticados com o propósito de lucro ou os de força, de alta gravidade e que contam com a participação de ao menos dois participantes, com divisão de tarefas, de natureza duradoura e por tempo indeterminado; aqueles que utilizam estruturas empresariais e análogas; que utilizam da força ou de outros meios para causar medo; que servem da mídia, da economia, da administração pública, da influência política. *Ibidem*, p. 28.

202 Tal gravidade, cf. FIGUEIREDO DIAS, deve ser medida pelas molduras penais cominadas legalmente para os crimes. *Ibidem*, p. 28.

203 Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1137&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis). Acesso em 20 de março de 2019.

204 São crimes “previstos na própria lei do cibercrime, assim como os cometidos por meio de um sistema informático, quando lhes corresponda, em abstracto, pena de prisão de máximo superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos

SINTRA analisa criticamente o catálogo e, de acordo com nosso convencimento, com razão, não vislumbra plausibilidade na exclusão de alguns crimes, com repercussões no panorama internacional, como o tráfico de obras de arte e a falsificação de documentos<sup>205</sup>.

Noutro sentido, há que se ressaltar a necessidade de interpretação restritiva com relação ao catálogo de crimes previstos nas leis, “ante à danosidade social qualificada em geral associada a estes meios”, os quais devem ser definidos, obrigatoriamente, observando-se critérios de proporcionalidade, tanto no que diz respeito à gravidade das infrações penais quanto no que tange às exigências de ordem criminalísticas para as suas investigações<sup>206</sup>.

Fora dos casos legalmente admitidos, o recurso à infiltração de agentes constitui ilícito e as provas obtidas a partir da utilização deste meio são proibidas face o artigo 125 do CPP<sup>207</sup>. Ademais, provas assim obtidas podem ser consideradas inadmissíveis no processo em virtude de constituírem abusiva intromissão na vida privada (artigo 32º, nº 8 da CRP<sup>208</sup>), no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular, conforme teor do artigo 126º, nº 3 do CPP<sup>209</sup> e também por, em situações particulares, não observarem o PP, a exemplo da utilização deste meio

---

em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as infracções económico-financeiras, bem como os crimes consagrados no título IV do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos”.

205 SINTRA, op. cit., p. 80. WITTMAN conta a sua história real enquanto agente do FBI infiltrado, em investigações de “crimes contra a arte” em: WITTMAN, Robert; SHIFFMAN, John. *Infiltrado – a história real de um agente do FBI à caça de obras de arte roubadas*. Trad. MARTINS, Alexandre. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

206 COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 114. Afinal de contas, ainda conforme o autor, “(...) não seria consonante com as exigências constitucionais o quadro normativo que autorizasse o recurso a um meio particularmente invasivo para investigar um crime relativamente benigno, para o qual nem sequer estivessem consignados meios menos gravosos. Ibidem, p. 114.

207 Art. 125º - “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php? ficha=101&artigo\\_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php? ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=). Acesso em 20 de março de 2019.

208 Art. 32º, nº 8 da CRP: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php? nid=4&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php? nid=4&tabela=leis). Acesso em 20 de março de 2019.

209 Artigo 126º, nº 3 do CPP: “Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php? ficha=101&artigo\\_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php? ficha=101&artigo_id=&nid=199&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=). Acesso em 20 de março de 2019.

excepcional de obtenção de prova para pesquisar a ocorrência de crime de apequenada gravidade.

#### 6.4- Requisitos

O recurso à infiltração de agentes e, de resto, às ações encobertas, devem obedecer a certos requisitos. Em primeiro lugar, deve-se verificar a presença ou não de indícios concretos suficientes que apontem para a prática pretérita ou atual de infração penal constante do RJAE ou mesmo que esta encontra-se em vias de consumação, com delimitação dos tipos penais e indicação das pessoas que estarão sujeitas à ação estatal, de modo a permitir a devida fundamentação e motivação da ordem judicial necessária à deflagração da operação.

Este suporte fático-jurídico é indispensável à admissão de uma operação capaz de ensejar restrição de liberdades, a bem da prevenção e da repressão criminal. COSTA ANDRADE alerta para essa necessidade de verificação em concreto de uma *suspeita fundada* sobre as infrações penais previstas no catálogo<sup>210</sup>.

Nesta seara, avulta a importância dos papéis da PJ e do MP para apresentação cabal das mencionadas razões fático-normativas, sob pena de indeferimento da medida. Esta decisão judicial, obrigatoriamente fundamentada, devidamente motivada, permitirá aferir, a partir do cotejo da perspectiva penal punitiva com a perspectiva penal garantista, a convivência harmoniosa ou não dos DGLIF com o interesse constitucionalmente protegido relativo à administração da justiça penal.

Comungamos do entendimento de ONETO, de que o recurso à ação encoberta exige, no entanto, a presença de um outro pressuposto, a saber: que tais indícios concretos sobre a existência de um dos crimes do catálogo foi cometido ou está em vias de ser consumado possibilitem o seu enquadramento no âmbito do terrorismo ou da criminalidade grave ou altamente violenta, “de acordo com fundamento teleológico do seu regime jurídico, traçado por opções de política criminal face às consequências da globalização do fenómeno criminal”<sup>211</sup>.

---

210 O autor refere-se à “suspeita baseada em factos concretos e definida segundo limiares de plausibilidade ou probabilidade, graduados – v.g., suspeita simples, suspeita forte, etc. - em função do potencial de devassa do meio”. Por fim, sustenta também que o juízo de suspeita deve existir e ser referente ao momento em que autoridade competente decide sobre o pedido de admissão. COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 114.

211 ONETO, op.cit., p. 206.

PACHECO assevera que os requisitos genéricos para coleta e produção de prova através da infiltração de agentes são os mesmos daqueles previstos para as provas em geral, a saber: admissibilidade (legalidade, tipicidade), proporcionalidade em sentido amplo e possibilidade<sup>212</sup>.

Teceremos considerações sobre o requisito da possibilidade por já termos enfrentado os demais de maneira desenvolvida neste estudo.

Antes de mais, vale ressaltar que a observância estrita dos requisitos para esta medida excepcional e de elevado potencial gravoso serve tanto para evitar a banalização da infiltração como também para evitar abusos e excessos por parte do Estado e, desta forma, proteger DGLIF.

Pois bem. Para PACHECO, o requisito da possibilidade deve ser entendido como a capacidade de determinado meio de obtenção de prova ser realizado segundo as leis naturais e o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, bem como segundo os recursos humanos, materiais, tecnológicos e financeiros concretamente disponíveis<sup>213</sup>.

A experiência dos serviços de inteligência nos leva à crença de que para pôr-se em prática uma operação de infiltração, é necessário cumprir determinados planos de atuação previa e minuciosamente elaborados. Defendemos, neste particular, que a lei processual penal deveria prever a necessidade de um plano de infiltração e, da maneira como enfrenta a questão PACHECO, também haveria de contemplar um plano de operação, por considerá-los indispensáveis à análise da legalidade ou ilegalidade da medida, ou mesmo acerca da sua possibilidade concreta de realização, se a mesma deve ser realizada na modalidade *light cover* ou *deep cover*<sup>214</sup> etc. Revelam-se também indispensáveis, a nosso sentir, para que se possa realizar um controle jurisdicional efetivo da operação em andamento.

Mesmo diante do atual RJA, o qual não prevê a exigência de apresentação dos referidos planos, entendemos que as autoridades competentes deveriam exigí-los, pelas

---

212 Comungamos deste entendimento, segundo o qual o meio de obtenção de prova deve ser adequado, necessário, proporcional e possível, com nítidas repercussões nos estudos da infiltração de agentes ou das ações encobertas, a par de considerações já desenvolvidas e conforme outras que ocuparão espaço no decorrer do trabalho. PACHECO, *Direito processual...*, op. cit., p. 858.

213 O autor exemplifica a aplicação de tal requisito: “Se, requisitando a movimentação bancária dos últimos dez anos, não temos capacidade humana de análise, por que não determinar um período menor, que traga menor ônus ao requisitado e maior eficiência analítica ao requisitante?” PACHECO, *Direito processual...*, op. cit., p. 752.

214 Tais modalidades serão abordadas adiante, de maneira desenvolvida.

razões apresentadas, sob pena de se reconhecer que, a par da ausência de informações fundamentais ao efetivo controle das ações estatais, o pedido esbarra na barreira imposta pelo requisito da possibilidade. ONETO prefere enquadrar o problema não no campo da possibilidade e sim no campo da adequação, enquanto requisito intrínseco à própria operação de infiltração<sup>215</sup>. Neste caso, haveria de se observar a adequação da medida aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto<sup>216</sup>.

De qualquer forma que se enfrente a questão, sob quaisquer das óticas, a consequência inafastável é que não vislumbramos como possível o deferimento de um pedido de infiltração de agentes quando o mesmo se apresente carente de informações que deveriam obrigatoriamente estar contempladas nos planos de infiltração e de operação, a exemplo de recursos humanos, materiais, tecnológicos, financeiros, mecanismos de proteção à pessoa do agente, dentre outros concretamente disponíveis e necessários à regular deflagração, desenvolvimento e encerramento da operação<sup>217</sup>.

Neste sentido, SOUZA, a propósito de estudo sobre o modelo de infiltração praticado por órgãos federais de investigação norte-americanos, informa que o pedido de infiltração deverá descrever os riscos da operação, custos financeiros, riscos para os envolvidos, violações às garantias constitucionais (a exemplo do sigilo das comunicações, inviolabilidade do domicílio, intimidade etc.), assim como os crimes que possivelmente poderão ser praticados pelo agente<sup>218</sup>.

Não se trata de exigir a exposição legal do *modus* de atuar do agente infiltrado na operação encoberta, bem como as técnicas de inteligência criminal que se utilizará para os fins de melhor conhecer a estrutura interna e operacional da suposta organização criminosa, e sim de procurar observar o mínimo legislativo necessário para que o Estado

---

215 ONETO, op.cit., p. 187.

216 LIMA defende posição que nos parece se aproximar deste entendimento. Sustenta que o subprincípio da adequação possui caráter empírico e que a aptidão da medida deve ser medida quer quantitativa quer qualitativamente. Assim, para que as medidas “alcancem os fins previstos no caso concreto, (aptas pela sua própria natureza para no caso concreto realizar o fim pretendido) hão de ser qualitativamente adequadas”. LIMA, op. cit., p. 248.

217 Sobre a necessidade da lei processual tratar de questões procedimentais de forma clara e precisa, de modo a diminuir a ampla margem de incerteza que ainda impera no âmbito das ações encobertas, remetemos ao que tivemos oportunidade de afirmar quando do tópico relativo à tipicidade processual (legalidade).

218 O autor refere-se, sobretudo, à atuação do Federal Bureau of Investigation (FBI) e mencionados no Code of Federal Regulation. SOUZA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial – parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 67-75.

possa cumprir a ação estatal restritiva de liberdades fundamentais<sup>219</sup>.

Á guisa de conclusão, podemos dizer que devem ser apresentadas às autoridades competentes para admitir e controlar a operação de infiltração, dados que comprovem utilidade, adequação e necessidade na utilização desta técnica excepcional de investigação. Devem ser apresentadas também aqueles elementos capazes de demonstrar que a maneira como se pretende desenvolver a operação não ocasionará violação inaceitável às liberdades, ou seja, que atuará o Estado voltado a observar os limites impostos pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Por fim, não menos importante, devem ser apresentadas informações que demonstrem a viabilidade, a possibilidade de desenvolvimento das ações, na forma e na modalidade pretendida de infiltração, sob pena de indeferimento.

#### 6.5- Controle judicial

O controle judicial das ações encobertas constitui novidade no RJAÉ e buscou preencher lacuna legislativa neste sentido, “assumindo o *controllo esterno* como garantia dos Direitos Fundamentais do *arguido* ou *suspeito* postos em causa com aquelas acções”<sup>220</sup>. Trata-se de medida que procura assegurar, com eficácia, a “tutela preventiva dos direitos de uma pessoa (normalmente o arguido) exposta à invasão e à devassa e sem qualquer possibilidade de assegurar a sua própria defesa”<sup>221</sup>.

FARIA COSTA assinala que as atividades levadas a efeito pela polícia nos âmbitos da prevenção e da repressão criminal submetem-se ao princípio da eficácia. Para alcançá-la, leciona também a necessidade de se garantir “um espaço de excepcional iniciativa própria” à polícia, temporalmente limitado, nos termos do artigo 248º do CPP, de modo que “a realização da justiça se não esgote em mero formalismo ineficaz nem se reveja em pura manifestação de coacção”<sup>222</sup>. No mesmo sentido, MATA MOUROS pondera que “se em sistemas como o nosso ainda não é permitida a negociação da impunidade de delinquentes no âmbito de um processo criminal, é já tempo, todavia, de encarar como realidade as margens de discricionariedade deixadas à polícia na sua

---

219 PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 412.

220 JESUS, op. cit., p. 177.

221 COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 117- 118.

222 FARIA COSTA, José de. As relações entre o Ministério Público e a Polícia. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. V. LXX, 1994, p. 230-231.

actuação no terreno”<sup>223</sup>.

Contudo, é preciso não descurar que as operações encobertas constituem “campo aberto” para ampla restrição de liberdades individuais e, conforme pondera MATA-MOUROS<sup>224</sup>, não é possível simplesmente “colocar a eficiência acima da legalidade”.

Para evitar que isso aconteça, a citada autora atribui às autoridades judiciárias a responsabilidade de estarem mais atentas à realidade policial, o que nos parece ser necessário levar em conta no âmbito deste estudo, pois, não obstante o estabelecimento de parâmetros legais para o desencadeamento de uma operação de infiltração válida e eficaz, os magistrados do Ministério Público e as autoridades do Poder Judiciário caracterizam-se como órgãos de fiscalização capazes de garantir a concretização do equilíbrio que se busca entre a eficácia da administração da justiça penal e o respeito às liberdades individuais.

Tais autoridades são responsáveis também por garantir o respeito ao procedimento previsto em lei e a proporcionalidade de técnicas especiais de investigação ou meios de pesquisa de prova capazes de afetar tais liberdades.

COSTA ANDRADE ressalta, no que tange à danosidade das medidas ocultas de investigação (as quais qualifica como certas e drásticas e de vantagens incertas e aleatórias), a importância da atuação de um juiz independente e neutro para proteção dos direitos fundamentais, o qual deve atuar de modo a superar as deficiências de baixa regulamentação da matéria. Cita, ademais, julgado do Tribunal Constitucional Federal que se pronunciou sobre a necessidade de tal juiz cumprir suas funções como forma de uma representação compensatória do arguido, em razão do mesmo não possuir condições de defender seus interesses naquela fase do processo, dado o caráter oculto da medida<sup>225</sup>.

Voltemos à lei. De acordo com o RJAE, há necessidade de autorização da operação por parte do competente magistrado do MP, autoridade judiciária incumbida da direção da investigação criminal em cada fase do processo<sup>226</sup>, o que apenas reforça a

223 MATA-MOUROS, op. cit., p. 109.

224 Ibidem, p. 110.

225 Para o autor, “sendo um dos raros – porventura mesmo o único – actos em que é chamado a decidir sem poder cumprir o mandamento *audia-tur et altera pars*, o juiz tem de assegurar ele próprio o que o Tribunal Constitucional impressivamente apoda de ‘representação compensatória’”. Aponta, a título exemplificativo, a solução encontrada por SCHÜNEMANN, ao sugerir a atuação de um advogado a funcionar junto ao JIC para sindicalizar a admissibilidade e a legalidade da medida em cada caso concreto, estando, portanto, obrigado ao sigilo. COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, op. cit., p. 118.

226 A lei nº 49/08 (lei de organização da investigação criminal), prevê em seu artigo 2º, nº 1, caber à autoridade judiciária competente em cada fase do processo a direção da investigação. O nº 4 do referido artigo de lei ainda prevê que “os órgãos de polícia criminal actuam no processo sob a direcção e na

intenção já consagrada no código de processo penal ao atribuir a este órgão a legitimidade para promover o processo penal (art. 48<sup>o227</sup>) e dirigir o inquérito (art. 53, n<sup>o</sup> 2, alínea “b”<sup>228</sup>).

De acordo com o RJAE, o controle jurisdicional opera em dois momentos distintos, nomeadamente quando da análise acerca da admissão da operação e no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após o termo dela<sup>229</sup>. Ressalte-se, neste sentido, que o próprio Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias já havia manifestado preocupação e se posicionado formalmente quanto à necessidade de controle judicial em ambos os momentos<sup>230</sup>.

Com relação ao primeiro momento, a lei n<sup>o</sup> 101/01, de 25 de Agosto, disciplina que a realização de ações encobertas no âmbito do inquérito depende de prévia autorização do MP (autoridade judiciária), devendo, contudo, ser comunicada ao juiz de instrução para validação<sup>231232</sup>. Desta maneira, entendeu o legislador impor controle judicial (autoridade judicial) autônomo, além da autorização por parte do competente magistrado do Ministério Público, de forma a cumprir o quanto preceituado no artigo 32<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 4, da CRP<sup>233</sup>. Cabe, portanto, ao JIC verificar a regularidade procedimental do pedido, procedendo-se à

---

dependência funcional da autoridade judiciária competente, sem prejuízo da respectiva organização hierárquica”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1021&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1021&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=). Acesso em 21 de março de 2019.

227 “O Ministério Público tem legitimidade para promover o processo penal, com as restrições constantes dos artigos 49.<sup>o</sup> a 52.<sup>o</sup>”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis). Acesso em 21 de março de 2019.

228 “Compete em especial ao Ministério Público: (...) b) dirigir o inquérito;”. Disponível em: . Acesso em 21 de março de 2019.

229 Cf. art. 3<sup>o</sup>, n<sup>os</sup> 3, 4, 5 e 6 da lei n<sup>o</sup> 101/2001, de 25 de Agosto. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=89&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis). Acesso em 22 de março de 2019.

230 Cf. GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *O novo regime...*, op. cit., p. 20.

231 Art. 3<sup>o</sup>, n<sup>o</sup> 3: “A realização de uma acção encoberta no âmbito do inquérito depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=89&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis). Acesso em 22 de março de 2019.

232 JESUS ainda pondera que “se no momento da sua validação, *a posteriori*, se verificasse estarem ausentes os requisitos previstos no n<sup>o</sup> 1, essenciais à legitimação da técnica de investigação em causa, a única solução viável à resolução do problema seria a declaração de nulidade da prova, sendo certo, contudo, que a mesma não evitaria, a violação, já consolidada, da esfera de privacidade dos arguidos ou suspeitos”. JESUS, op. cit., p. 70.

233 Artigo 32.<sup>o</sup> (garantias de processo criminal): “4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis). Acesso em 22 de março de 2019.

apreciação dos requisitos elencados no artigo 3º, nº 1 da lei nº 101/01, além de, “através de sua tarefa valorativa, verificar a incidência dos princípios da *Necessidade, Adequação e Proporcionalidade em sentido estrito*”<sup>234235</sup>.

Entendemos, ademais, conforme CARLOS e FRIEDE, que a decisão judicial não pode deixar de: a) especificar a organização na qual o agente será infiltrado, com descrição de seus principais membros (caso possível); b) apontar a imprescindibilidade da medida (subsidiariedade); c) pontuar as principais tarefas do agente a partir dos objetivos da operação e o local onde a mesma se desenvolverá; d) conferir um prazo de duração da infiltração; e) apontar medidas necessárias para a segurança do agente; f) descrever quais mecanismos que possibilitarão o eficaz acompanhamento da operação; g) assinalar que o agente não poderá constituir-se agente provocador; h) observar a necessidade de sigilo da operação<sup>236</sup>.

Prevenção. No que diz respeito à prevenção criminal em sentido estrito, a lei também exige proposta do MP dirigida ao JIC, por ser da sua responsabilidade a direção da investigação criminal. Contudo, a lei operou modificações sensíveis, conferindo ao juiz de instrução criminal (JIC) a tarefa de decidir sobre a conveniência ou a oportunidade na utilização das ações encobertas. Note-se que não cabe ao MP decidir, mas apenas o poder de propor, diferentemente como ocorre no caso de recurso a esta técnica especial visando a repressão criminal.

No que tange ao segundo momento do controle jurisdicional sobre a operação encoberta, a lei determina que a PJ (e não o próprio agente encoberto) faça relato da intervenção à autoridade judiciária competente (MP) no prazo de quarenta e oito horas após o termo dela. Em posse deste relato, somente quando reputar absolutamente indispensável em termos probatórios é que tal autoridade ordenará a sua junção ao

---

234 Cf. JESUS. Para a autora, “se é verdade que a admissibilidade deste mecanismo não se determina automaticamente, por referência a requisitos específicos, de verificação imediata, é igualmente certo que a oportunidade então em causa não pode resultar de uma apreciação iminente subjetiva, sob pena de se pôr em causa a certeza e a segurança jurídicas”. JESUS, op. cit., p. 67.

235 Já tivemos oportunidade de desenvolver a temática relativa ao PP. Por considerá-lo de importância destacada para o exame das ações encobertas, tal princípio ganhou espaço próprio neste trabalho, embora tenha incidência em todos os momentos da operação (encoberta ou infiltrada), desde a sua validação, passando pela fase de desenvolvimento, até o seu término.

236 CARLOS; FRIEDE, op. cit., p. 34-36. Não obstante os autores terem apresentado suas considerações a par do regime jurídico brasileiro para a infiltração, tais elementos constituem o conteúdo mínimo, de acordo com o nosso convencimento, de uma decisão judicial de admissão, independentemente de constituírem ou não requisito legalmente estabelecido por resultarem da própria interpretação sistemática do RJAE.

processo.

Ressalte-se que no campo da infiltração de agentes há especial dificuldade em se alcançar efetividade no controle dos atos praticados pelos agentes, conforme assinala ONETO: “a fiscalização dos actos praticados pelo agente infiltrado por parte do Ministério Público ou pelo Juiz de Instrução Criminal deve ter ainda em consideração as diversas formas de actuação policial, cujo controlo se manifesta por vezes difícil de cumprir”<sup>237</sup>. Com efeito, a atuação policial nos casos concretos podem tomar formas diversas, geralmente a descoberto de quaisquer meios que possam corroborá-las, advindo desta evidência a necessidade de um controle alargado, efetivo sobre a operação de infiltração, a bem das liberdades sujeitas à restrição e da eficácia da medida.

Conforme artigo 3º, nº 6 da lei, apenas o MP, enquanto autoridade judiciária competente para direção da investigação, terá acesso às informações prestadas pela PJ, finda a operação encoberta. Excluiu-se, portanto, deste processo de conhecimento, o juiz que a admitiu, consubstanciando certa descontinuidade do processo de fiscalização e controle por parte da autoridade judicial. Tal descontinuidade foi fator de críticas que procuravam atribuir ausência de boa técnica legislativa, capaz de enfraquecer o regime de garantias e respeito às liberdades previstos no RJAE.

MATA-MOUROS, embora descreva algumas razões utilizadas geralmente para procurar justificar a desnecessidade de apreciação judicial neste momento<sup>238239</sup>, acaba por concluir pela necessidade de efetivo controle judicial (heterônomo) também nesta fase. A citada autora procura justificar seu entendimento ao afirmar que a autoridade judicial (na qualidade de garante dos direitos do cidadão) tem o dever de conhecer todas circunstâncias e causas capazes de justificar restrição de direitos fundamentais da pessoa visada pela diligência, a exemplo da determinação de uma prisão.

---

237 ONETO, op.cit., p. 190.

238 A saber: 1- “o ‘dominus’ da investigação criminal é o Ministério Público e não o juiz, àquele cabendo a presidência do inquérito, limitando-se a intervenção judicial, neste fase processual, às situações assinaladas”; 2- a autora também assevera ser geralmente prematuro decidir, no inquérito, sobre a validade ou não da prova, posto que uma decisão sobre a sua admissibilidade ou não a partir da realização de uma ação encoberta no âmbito de um concreto processo requer, ao menos tendencialmente, uma ampla análise da prova coletada, a partir do contraditório, “à ampla cognoscibilidade de toda a prova produzida, também por parte do arguido, o que em fase de inquérito se encontra vedado (...)”. MATA-MOUROS, op. cit., p. 111.

239 Ademais, conforme ainda a citada autora: “é, assim, dentro destes condicionalismos que deverá ser compreendida toda a actuação jurisdicional durante o inquérito, sem o que poderia ficar irremediavelmente comprometido o princípio do acusatório, também expressamente acolhido no nosso sistema constitucional penal (art. 32º da CRP)”. Ibidem, p. 111.

Por fim, ainda afirma que tal exigência decorre do fato de caber ao juiz de instrução validar ou não a prática de determinado ato em sede de inquérito e, assim sendo, nada mais natural que tenha conhecimento e possa exercer controle sobre o quanto ocorrido na operação encoberta, de modo a aferir a conformidade ou não da “acção desenvolvida ao âmbito e limites constantes da autorização concedida”<sup>240</sup>.

Parece-nos que, neste particular, por se tratar de ato que se prenda diretamente com os direitos fundamentais, a boa técnica legislativa deixou de imperar no preceito legal ao não prever a necessidade de controle judicial, afastando-se da exigência contida no artigo 32º, nº 4 da CRP e artigos 268º e 269º, ambos do CPP<sup>241</sup>.

ONETO, neste sentido, sugere um paralelismo com o regime das escutas telefónicas (artigo 188º, nº 1 do CPP<sup>242</sup>), o qual “consagra a obrigatoriedade de o acto processual de escuta telefónica ficar documentado em auto” e cita o Acórdão STJ de 30-03-2000<sup>243</sup>, tendo o tribunal pronunciado no sentido de considerar tais medidas

---

240 MATA-MOUROS, op. cit., p. 112.

241 ONETO defende a necessidade de comunicação ao juiz para conhecimento e validação. Fundamenta que a exigência do deferimento da operação por parte do Ministério Público ocorre em respeito a uma interpretação sistemática amparada em mecanismo de *cheks and balances* e em homenagem à regra “quem age não decide” (a autora nos remete a CUNHA RODRIGUES [RODRIGUES, José Narciso da Cunha. O sistema..., p. 16] e propõe uma diferenciação entre as funções jurisdicionais dotadas de prerrogativas de independência e imparcialidade, as funções do Ministério Público caracterizadas pela autonomia e objectividade e, por fim, as funções dos órgãos de polícia criminal, caracterizadas pelas regras de legalidade, instrumentalidade e dependência funcional), mas “nunca dispensado, num momento ulterior, a sua remessa ao juiz de instrução criminal, que sobre a validade da acção encoberta terá, pelo menos nesta relação intersubjectiva, a última palavra”. ONETO, op.cit., p. 193. JESUS, a este propósito, remete-nos para o regime jurídico das apreensões, das buscas e das escutas telefónicas, “também meios de obtenção de prova [altamente] susceptíveis de violar DLG, ferindo a Dignidade da Pessoa Humana e, mesmo assim, ou por isso mesmo [diríamos nós] sujeitos à obrigatoriedade de transmissão das informações recolhidas ao juiz”. JESUS, op. cit., p. 72.

242 “O órgão de polícia criminal que efectuar a intercepção e a gravação a que se refere o artigo anterior lavra o correspondente auto e elabora relatório no qual indica as passagens relevantes para a prova, descreve de modo sucinto o respectivo conteúdo e explica o seu alcance para a descoberta da verdade”. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=199&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis). Acesso em 24 de março de 2019.

243 “30-03-2000. Proc. n.º 4/2000 - 5.ª Secção. Dinis Alves (relator). Costa pereira. Abranches Martins. Hugo Lopes. Escuta telefónica. Requisitos. Formalidades. I - Para que as escutas telefónicas possam ser legalmente admissíveis torna-se necessário: - que sejam ordenadas ou autorizadas por um juiz; - que respeitem a um dos crimes elencados nas diversas alíneas do n.º 1, do art.º 187, do CPP; - que haja um processo a correr, não podendo consistir numa investigação pré ou extra processual, mas pelo contrário, assentar numa suspeita suficientemente alicerçada da prática do crime; - que sejam fundamentadas na existência de “razões para crer que a diligência se revelará de interesse para a descoberta da verdade ou para a prova”. II - O auto a que se refere o n.º 1 do art.º 188.º, do CPP, destina-se tão somente a dar fé à operação de intercepção enquanto tal. Significa isso, que deverá mencionar, *inter alia*, o despacho judicial que ordenou ou autorizou a intercepção, a identidade da pessoa a que a ela procedeu, a identificação do telefone interceptado e os circunstancialismos de tempo, modo e lugar da intercepção, mas já não assim, a transcrição das gravações. III - Dado que as escutas telefónicas “são portadoras de uma danosidade social polimórfica e

constitucionalmente admissíveis somente quando realizadas em quadro de verdadeiro controle jurisdicional “e que obste a que eventuais situações perversas, ou de atropelo, possam ser geradas ou cometidas”<sup>244</sup>.

6.5.1- Acerca da necessidade de apresentação de relatórios periódicos sobre a operação

Conforme já visto, o relato da PJ após o termo da operação encoberta visa possibilitar a avaliação da conformidade desta com os requisitos para a sua admissibilidade. Constitui importante meio de verificação do cumprimento dos termos da decisão que a admitiu. É a maneira através da qual se procura averiguar a forma como a operação está sendo realizada e, nomeadamente, se a mesma está cumprindo as funções para as quais fora planejada e colocada em prática.

No mesmo sentido, conforme ONETO, “a exigência processual de comunicação à autoridade judiciária dos actos praticados ao abrigo de autorização tem subjacente duas imposições – a primeira, dirigida à entidade policial, no sentido de a vincular aos precisos termos em que a autorização foi concedida; a segunda, destinada à autoridade judiciária, impondo-lhe a obrigação legal de aferir a conformidade da acção desenvolvida no âmbito e limites constantes da autorização concedida”<sup>245</sup>.

A depender da finalidade da ação estatal, a lei distingue a entidade competente para autorizá-la. Em se tratando de finalidade preventiva, conforme artigo 3º, nº 4 da lei nº 101/01, de 25 de Agosto, tal tarefa cabe ao magistrado do MP que funciona junto ao Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP). De outra forma, quando a operação encoberta tem por finalidade a repressão criminal, a autoridade competente é o

---

pluridimensional”, não é constitucionalmente admissível, que as mesmas possam ser realizadas fora de um quadro de verdadeiro controlo jurisdicional que garanta a salvaguarda de direitos e liberdades, e que obste a que eventuais situações perversas, ou de atropelo, possam ser geradas ou cometidas. IV - Porque assim é, a essencialidade dessa garantia não pode ficar dependente da existência ou não de meios humanos ou técnicos susceptíveis de num dado momento assegurar a “imediatez” das transcrições, quer pelas insuficiências existentes a esse nível, quer porque na normalidade dos casos, o material a processar ser relativamente extenso. V - Não são pois as transcrições, mas as próprias “fitas gravadas”, tal como decorre, *apertis verbis*, do art.º 188, n.º 1, do CPP, que com o auto de intercepção e gravação, deverão ser entregues ao Juiz de Instrução. VI - Este, depois de as ouvir, caso entenda existirem elementos com relevo para a prova, deverá, nessa altura, então sim, determinar a sua transcrição”. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/criminal2000.pdf>. Acesso em 24 de março de 2019.

244 ONETO, op.cit., p. 195.

245 Ibidem, p. 192.

magistrado do MP titular da direção do processo (magistrado do Ministério Público na fase de inquérito e magistrado judicial na fase de instrução). Em ambos os casos, o relato deve ser apresentado no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após o termo da operação.

Não nos parece suficiente a apresentação de apenas um único relato ao final da operação encoberta, já que a mesma poderá perdurar por longos períodos. Com efeito, defendemos também a necessidade da apresentação de relatórios periódicos, a cada 06 (seis) meses, fulcrados na prudência da autoridade judiciária competente e em critérios de razoabilidade, como forma de possibilitar o exercício de controle efetivo sobre o desenrolar das atividades levadas a efeito pelo agente.

É preciso que assim seja como forma de possibilitar controle efetivo sobre a operação, em respeito às finalidades para as quais foi a mesma admitida e, sobretudo, para procurar evitar violações e abusos, sobretudo aos DGLIF.

Na esteira do que defendemos, ONETO procura justificar seu posicionamento ao aduzir que o artigo 5º, nº 3 do RJAE define o prazo de 06 (seis) meses de validade para a identidade fictícia, a qual poderá ser prorrogada por períodos de igual duração, sem previsão de prazo limite para tanto (a autora aduz ser possível que o período da operação possa ser o prazo da prescrição do crime)<sup>246</sup>. De fato, este nos parece ser um parâmetro objetivo a observar sobre a necessidade da apresentação de relatórios periódicos, encontrado no próprio RJAE.

Não vislumbramos dificuldades na dita apresentação a cada 06 (seis) meses, já que incumbe à própria Polícia Judiciária fazê-lo, a par das informações que lhe são passadas pelo agente em campo, ante à provável impossibilidade de o próprio policial ou terceiro sob o controle da PJ colaborar na sua elaboração.

Em linha com o que ora se defende, para DELGADO MARTÍN, a decisão de admissão da operação deverá “(...) fixar momentos ou tempos para o traslado da informação que se vá obtendo na medida do desenrolar da operação, sem prejuízo de imediata comunicação de todos os dados relevantes as seguintes formas de exercer o controle jurisdicional”<sup>247</sup>.

---

246 Ibidem, p. 197.

247 Tal decisão também deverá: “a) contemplar as vias através das quais o agente encoberto deverá cumprir com seu dever de informação e, para isso, poderá designar um segundo agente, que pode ser um superior hierárquico, para que repasse a informação à autoridade competente quando a salvaguarda da integridade física de tal agente aconselhe tal cautela; b); estabelecer um concreto período de duração da medida, sem

Outros aspectos jurídico-operacionais merecem destaque neste trabalho, sobretudo porque deles depende a autoridade competente para admitir e controlar o desenvolvimento de uma ação encoberta, sem abusos ou excessos. Nunca é demais recordar o elevado potencial de dano às liberdades individuais, assim como o risco que pode estar sujeito o agente encoberto ou infiltrado.

O primeiro destes aspectos jurídico-operacionais diz respeito à necessidade de um plano de infiltração, o qual ONETO prefere considerá-lo requisito intrínseco à própria operação<sup>248</sup>.

#### 6.5.2- A necessidade de um plano de infiltração

Para que as autoridades judiciárias tenham condições de decidir sobre a admissibilidade da operação de infiltração, julgamos necessária a apresentação de informações sobre a necessidade da medida (recordamos aqui, neste particular, o que dissemos sobre as ações encobertas constituírem *ultima ratio*)<sup>249</sup>.

PACHECO, ao tratar das informações necessárias à análise do cabimento desta medida, desenvolve raciocínio sobre a importância de se aproveitar os sólidos conhecimentos sobre as *operações de inteligência*<sup>250</sup>. Para o autor, as cautelas e os marcos legais encontrados nas leis processuais penais não chegarão ao ponto de detalhamento e segurança exigidos pelas operações de inteligência. Assim argumentando, defende planejamento minucioso da operação de infiltração, com prévio estudo da situação, a possibilitar esmerada execução e controle, inclusive com previsão de medidas posteriores ao termo daquela<sup>251</sup>.

---

prejuízo de que, à vista dos resultados obtidos, possam ser decretadas sucessivas prorrogações”. Neste caso, deve-se ter em conta que a decisão que a admita deve reunir os mesmos requisitos, sobretudo os referentes à motivação, que aquela que autorizou inicialmente a medida, podendo a mesma ser denegada caso o juiz considere que a continuação da operação é inoperante ou desnecessária. DELGADO MARTÍN, op. cit., p. 93-94.

248 ONETO, op.cit., p. 187.

249 Enquanto técnica especial de investigação, a infiltração de agentes visa a “detecção e recolha de dados, notícias ou provas, não acessíveis de outro modo, que permitam caracterizar e antecipar cenários delituosos e elaborar planos de actuação fiáveis e consistentes que conduzam a subsequentes intervenções policiais com resultado de excelência”. SINTRA, op. cit., p. 71.

250 O autor faz referência à busca enquanto operação de inteligência atinente à fontes não abertas. Aduz que, embora a busca não tenha como objetivo a obtenção da prova processual e sim a produção de conhecimento que permita ao decisor de uma instituição decidir estrategicamente, desde que respeitadas as limitações de conteúdo e de forma estabelecidas na lei processual penal, tal procedimento pode ser sim utilizado na investigação criminal. PACHECO, *Direito processual...*, op. cit., p. 861 e ss.

251 O autor refere ainda ao necessário estudo da situação para elaboração do plano de infiltração, quando

Para o autor, um importante elemento do plano de infiltração é o plano de operações, o qual deve descrever elementos indispensáveis à execução e ao controle das atividades, como as informações fáticas apuradas, alvo e ambiente operacional; a missão, com detalhamento sobre o objetivo da infiltração e meios de provas a serem obtidos; a descrição dos recursos materiais, humanos e financeiros que poderão ser utilizados; treinamentos porventura necessários; medidas de segurança da operação; como se efetivará a coordenação e o controle em relação à pessoa de ligação; prazos de observância obrigatória; previsão de formas seguras de comunicação com o agente etc<sup>252</sup>.

Por óbvio, o plano de infiltração deverá especificar o que o agente pode ou não fazer, servindo, neste sentido, também para sua proteção, com descrição das condutas típico-penais que eventualmente poderá praticar, dependendo das circunstâncias dos casos concretos. Importante este balizamento, pois a partir dele o agente passará a responder somente pelos excessos injustificados que incorrer.

São, portanto, informações que, não obstante ausentes do RJA, constituem, a nosso sentir, requisitos indispensáveis para que a autoridade competente possa decidir com segurança e tenha condições de estabelecer os limites inultrapassáveis da ação estatal, como forma de prevenir abusos e salvaguardar DGLIF<sup>253</sup>.

PEREIRA comunga do mesmo entendimento e também defende a necessidade de um plano eficaz de infiltração, o qual obrigatoriamente deve contemplar: 1- a indicação de um agente extraordinariamente motivado e capacitado profissionalmente; 2- vasto dispositivo operacional, desenvolvido por pessoas ou equipes treinadas para este fim, com rigoroso mecanismo de controle e fiscalização de natureza operacional, hierárquica e judicial; 3- meios logísticos e humanos de cobertura destinados a garantir a segurança física do agente infiltrado e de seus familiares; 4- meios capazes de manter a identidade

---

“devem ser feitas análise da organização, análise do ambiente operacional, análise do agente (perfil adequado para o desempenho da missão, compreensão da missão e dos riscos dela decorrentes, entendimento das normas e das ordens a que está submetido, provas de idoneidade, credibilidade e confiança demonstradas em missões ou operações anteriores etc.), análise de risco (custo/benefício da infiltração do agente, riscos quanto à pessoa do agente infiltrado, riscos institucionais, medidas de segurança específicas e alternativas, medidas de controle especiais, ligações/comunicações de informações com oportunidade e segurança etc.)”. Ibidem, p. 859.

252 Ibidem, p. 859.

253 Também neste sentido, ZANELLA: “Para definir o alcance das tarefas, o autor do pleito de infiltração deve apresentar o plano operacional, o qual, embora não previsto em lei, soa-nos como primordial para que o juiz decida com segurança e estabeleça os limites da operação”. ZANELLA, op. cit., p. 240.

reservada do agente infiltrado durante toda a tramitação do processo judicial e posteriormente<sup>254255</sup>.

PEREIRA afirma também que a construção de um plano de infiltração deve obedecer a lógica das fases da própria operação e que constitui o que chamou de “estrutura operacional básica”, dividida em 08 (oito) fases ou momentos<sup>256</sup>: “1ª fase: recrutamento<sup>257</sup>; 2ª fase: formação<sup>258</sup>; 3ª fase: imersão<sup>259</sup>; 4ª fase: especialização da infiltração<sup>260</sup>; 5ª fase: infiltração propriamente dita<sup>261</sup>; 6ª fase: seguimento<sup>262</sup>; 7ª fase: pós-infiltração<sup>263</sup>; 8ª fase: reinserção<sup>264</sup>”.

---

254 PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 544-545.

255 Sobre a elaboração do plano de infiltração, DELGADO GARCÍA assinala a existência de duas fases distintas: uma fase prévia à infiltração e outra de desenvolvimento da mesma. Conforme leciona a referida autora, a primeira fase consistiria em apurar-se (i) “hipóteses em que a atividade encoberta é permitida”, (ii) “autoridade competente para autorizá-la” e (iii) “pessoas que podem atuar como agentes encobertos”. Já em momento posterior, no que tange à fase de desenvolvimento da infiltração, apurar (iv) “autoridade competente para controle e o modo de exercê-lo”, (v) “possível afetação de direitos fundamentais” e (vi) “possíveis infrações penais cometidas pelo agente encoberto”. DELGADO GARCÍA, Maria Dolores. El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada. In: *La criminalidad organizada ante la justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996, p. 70.

256 Note-se que o autor levou em consideração apenas a possibilidade de infiltração por parte de agente policial, excluindo-se, neste sentido, considerações sobre o particular que, sob o controle da polícia judiciária, pode também constituir-se agente infiltrado. PEREIRA, Flávio Cardoso. A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. In: GOMES, Luiz Flávio; TAQUES, Pedro; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009, p. 116-118.

257 A Polícia Judiciária difunde dentro de seus quadros informações acerca de sua necessidade objetivando captar policiais que já tenham alguma predileção por este tipo de investigação. Então, dentro do rol de policiais que se proponham à tarefa, seleciona aquele que apresente características pessoais e profissionais mais adequadas.

258 O policial selecionado é introduzido em programa de capacitação para desenvolver qualidades necessárias para uma infiltração. Nesta etapa, objetiva-se que o policial atinja um perfil ideal para ser inserido na organização que será investigada.

259 Estabelecer uma identidade falsa ao policial e implantá-la do ponto de vista psicológico. O policial tem que entender que passará um período simulando ser outra pessoa, de modo que deve incorporar outra personalidade.

260 Consiste nas atividades operativas de inteligência, em estudo ainda mais aprofundado sobre a organização e possíveis integrantes, o local da infiltração e outros aspectos já conhecidos para preparar o agente da melhor forma possível.

261 O agente infiltrado terá o primeiro contato com os integrantes da organização. Esta fase é considerada de grande risco e demanda monitoramento pela equipe de cobertura (e acompanhamento *in locu*, se possível for).

262 O agente infiltrado começa a colher provas e informações, repassando-as a uma “cobertura técnica”. Durante todo o período o agente segue monitorado pela equipe de cobertura.

263 Procedimento tático para retirar o agente do ambiente da organização criminosa. Devem ser buscadas as melhores alternativas visando a segurança do agente.

264 Reintegrar o agente à vida pré-infiltração, incluindo acompanhamento médico e psicológico para recuperação total de sua verdadeira identidade.

Passaremos a tecer considerações a respeito do conteúdo das etapas acima delineadas no próximo espaço de desenvolvimento, por ocasião do estudo relativo à pessoa do agente.

#### 6.6- Da pessoa do agente

PACHECO define agente infiltrado como “a pessoa introduzida, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional (“dado negado” ou de difícil acesso), em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa, ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crime de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles”<sup>265</sup>.

O RJAEE estabelece que podem constituir-se agentes infiltrados os funcionários de investigação criminal ou terceiro que atue sob o controle da PJ<sup>266</sup>. Entendemos que a lei ao se referir a funcionários de investigação criminal referiu-se apenas aqueles pertencentes aos quadros da PJ, embora a Lei de Organização da Investigação Criminal estabeleça a possibilidade de agentes da Polícia de Segurança Pública (PSP) e agentes da Guarda Nacional Republicana (GNR), dentro das suas áreas de competência, definida e atribuída por lei, cumprir as vezes de funcionário de investigação criminal desenvolvendo ações de prevenção e investigação, ou mesmo coadjuvando as autoridades judiciárias na investigação<sup>267</sup>.

São duas as razões do nosso convencimento: a primeira delas diz respeito à competência reservada da Polícia Judiciária para investigação criminal dos crimes previstos no catálogo do RJAEE, consoante art. 4º da lei 21/00, de 10 de Agosto; a segunda diz respeito ao fato de o legislador ter expressamente referido a possibilidade de terceiro atuar como infiltrado apenas sob o controle da PJ<sup>268</sup>.

<sup>265</sup> PACHECO, *Direito processual...*, op. cit., p. 856.

<sup>266</sup> Cf. art. 1º, nº 2 da lei nº 101/01, de 25 de Agosto. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=89&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis). Acesso em 27 de março de 2019.

<sup>267</sup> Cf. art. 3º da lei nº 21/00, de 10 de Agosto.

<sup>268</sup> Comungamos, neste sentido, do entendimento de GONÇALVES, ALVES e VALENTE. Para os autores, outras razões apontam para a mesmo convencimento: o fato do legislador ter se referido especificamente à PJ no art. 4º, nº 3 do RJAEE <<oficiosamente ou a requerimento da Polícia Judiciária>>, excluindo-se, portanto, a PSP e a GNR e, da mesma forma, no nº 2 do art. 5º do mesmo diploma legal <<a identidade fictícia é

Pois bem. Como visto no curso deste estudo, é bastante tênue a linha que separa a atuação do agente infiltrado e a provocação ampla e francamente inadmitida, o que requer do funcionário da investigação criminal e/ou do particular sob controle da PJ, “formação moral e ética muito forte e fundada em valores e princípios cimentados no respeito pelos direitos, liberdades e garantias individuais para que sua acção apenas seja informativa e não formativa do crime”<sup>269</sup>. Não somente a formação moral, há que se exigir do agente preparação técnica adequada para o desempenho da tarefa complexa da infiltração.

#### 6.6.1- Recrutamento

No que diz respeito ao recrutamento, PEREIRA assevera tratar-se do instante em que se decide quem, como encontrar e qual é o perfil que deve apresentar a pessoa que vai ser infiltrada no ambiente desejado<sup>270</sup>.

A partir das características do ambiente onde irá ocorrer a infiltração (se mafiosa, empresarial etc.), “de sua ordenação, tamanho, complexidade, local de atuação e outras características”<sup>271</sup>, deve-se traçar o perfil do agente. Tal media permite a identificação de experiência pretéritas do referido profissional na área e a vocação para a tarefa<sup>272</sup>.

Para esses casos, há basicamente duas formas de recrutamento em meio ao ambiente policial, conforme assinala PEREIRA. A primeira diz respeito à *captação*, a qual observaria um sentido de baixo para cima e que situa seu eixo nas características do sujeito

---

atribuída por despacho do Ministro, mediante proposta do director nacional da Polícia Judiciária>>, excluindo-se o director nacional da PSP e o comandante geral da GNR. Os autores admitem, obviamente, que policiais da PSP e da GNR funcionem como terceiro sob controle da Polícia Judiciária para fins do RJA. GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *O novo regime...*, op. cit., p. 42.

269 GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *O novo regime...*, op. cit., p. 11. Os autores fazem referência a um trecho do AC nº 578/98 do TC (já referenciado neste trabalho) no mesmo sentido: “(...) A técnica do agente infiltrado comporta, contudo, perigos vários: desde logo, se o funcionário de investigação criminal encarregado dessa missão não for pessoa de sólida formação moral e firmeza de carácter, pode facilmente deixar-se envolver nas actividades criminosas que investiga; depois, entre a actividade do agente infiltrado, que, disfarçadamente, procura ganhar a confiança dos suspeitos, para melhor os observar e obter informações sobre a sua actividade delituosa, e a do agente provocador, que induz à prática do crime, a diferença é, por vezes, bem tênue (...)”. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html>. Acesso em 17 de março de 2019.

270 PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 547.

271 ZANELLA, op. cit., p. 234.

272 ONETO, tendo como base a formação dos agentes infiltrados pelo *Federal Bureau of Investigations* (FBI), destaca a existência de dois níveis de seleção. No primeiro, testa-se a resiliência física e psicológica do candidato, assim como suas capacidades de improviso e representação. Já no segundo nível, as características concretas do caso são consideradas e a seleção volta-se aos requisitos condizentes à natureza do disfarce, tempo de duração da operação e meio criminoso em que o agente terá de infiltrar-se. ONETO, op.cit., p. 84-85.

(baixo) para prover as necessidades institucionais (acima). Neste caso, as autoridades policiais estabelecem um perfil que buscam para o agente e quando surge alguém com os requisitos desejados, inicia-se o processo de convite e convencimento para o trabalho<sup>273</sup>.

A segunda forma é a *seleção*. Consiste em procedimento no qual o órgão estatal difunde suas necessidades especializadas, escolhendo candidatos dentre um conjunto de pessoas previamente escolhidas com base na adequação das características profissionais e pessoais eleitas e desejadas. Trata-se, portanto, de procedimento com direcionamento contrário (de cima para baixo)<sup>274</sup>.

Constituem fatores capazes de influenciar a tomada de decisão quanto à escolha do agente em campo, o objeto da investigação e o tipo de organização criminosa (tráfico de armas, tráfico de drogas, corrupção etc.). Antes, tais fatores são decisivos quanto à modalidade de infiltração que se pretende levar a efeito.

De forma exemplificativa<sup>275</sup> e a partir da experiência norte-americana, as operações encobertas podem ser classificadas de acordo com o grau de envolvimento do agente e o tempo de duração, em duas espécies: infiltração leve (*light cover*) e infiltração profunda (*deep cover*)<sup>276</sup>.

São características da infiltração leve: não exige permanência contínua no ambiente destinado à infiltração e apresenta prazo de duração inferior a seis meses; demanda menor grau de (i) planejamento, (ii) supervisão e (iii) experiência profissional do agente; o agente mantém identidade e posição ocupada na estrutura policial; enseja menor risco para o infiltrado e, via de regra, possui objetivo preciso, “que pode consistir numa transação ou tão só um encontro para recolha de informações<sup>277</sup>. Ademais, pode assumir seis formas ou modalidades: 1- *decoy operation*; 2- *pseudo-achat*; 3- *pseudo-vente*; 4- *flash-roll*; 5- *livraison surveillé*; 6- *livraison contrôlée*<sup>278</sup>.

Na *decoy operation*, o agente se coloca na posição de vítima potencial em lugar

273 PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 547-548.

274 Ibidem, p. 548.

275 A intenção é demonstrar como primordialmente tais medidas foram adotadas no contexto do tráfico de estupefacientes nos Estados Unidos da América. As considerações seguintes estarão divorciadas de críticas sobre a legitimidade de tais “infiltrações” de acordo com o ordenamento jurídico português.

276 Cf. ONETO, com citação de FERREIRA, Vanessa P. Dias. Problèmes Posés par la Mise en Oeuvre des Opérations Undercover dans les Domaine de la Lutte contre le Trafic de Stupéfiants. In: *Révue de droit Penal et de Criminologie*. Ano 76. Bruxelas: 1996, p. 557-588. ONETO, op.cit., p. 81. Da mesma forma, ZANELLA, op. cit., p. 215.

277 ONETO, op.cit., p. 81.

278 Ibidem, p. 82. ZANELLA, op. cit., p. 215.

onde crimes são praticados e espera ser abordado criminosamente. Quando a abordagem acontece, agentes policiais intervêm e efetuam a prisão em flagrante e a colheita da prova<sup>279</sup>.

Na *pseudo-achat*, o agente passa por potencial comprador de produtos de origem ilícita, como um usuário de entorpecentes, p. ex., de forma a identificar o criminoso. Já na *pseudo-vente*, os polos são invertidos e o agente é quem apresenta-se como criminoso a propor a venda de materiais subtraídos ou de origem ilícita<sup>280</sup>.

Enquanto variante da *pseudo-achat*, a *flash-roll* caracteriza-se pela conduta do agente em apresentar-se aos pretensos vendedores de produtos de origem ilícita ou mercadorias proibidas com quantias em dinheiro (ou “maços de dinheiro”), objetivando celebrar um negócio<sup>281</sup>.

A *livraison surveillée* aproxima-se da entrega vigiada. Consiste em vigiar a passagem de mercadoria proibida ou de origem ilícita em determinado local, com retardamento da ação estatal, com a finalidade de efetivar a prisão dos responsáveis pelo tráfico, em busca de maiores elementos de prova. Na *livraison contrôlée*, reconhecida como uma variante da anterior, também há uma ação controlada por parte do Estado, mas não é o próprio agente que, dissimulando sua qualidade, realiza o transporte da mercadoria<sup>282</sup>.

Conforme assinala ZANELLA, com exceção feita a *livraison contrôlée*, nos modelos de *light cover* não há infiltração propriamente dita por ausência de ingresso do agente no âmago da organização criminosa, configurando-se, neste sentido, “medidas investigativas pontuais que não permitirão um aprofundamento na colheita de provas”, tampouco o seu desmantelamento<sup>283</sup>.

De igual forma, o direito norte-americano também trabalha com modelos ou divisões de infiltrações profundas, a saber: *sting operation*, *honey-pot operation*, *buy-bust operation* e *infiltration de réseaux* ou *de groupes*<sup>284</sup>. Nesta modalidade, o agente utiliza identidade fictícia própria para o ambiente onde pretende ser inserido para obter

---

279 ZANELLA, op. cit., p. 215. ONETO, op.cit., p. 82.

280 ZANELLA, op. cit., p. 215. ONETO, op.cit., p. 82.

281 ONETO, op.cit., p. 82. ZANELLA, op. cit., p. 216.

282 ONETO, op.cit., p. 83. ZANELLA, op. cit., p. 216.

283 ZANELLA, op. cit., p. 216.

284 ONETO, op.cit., p. 82. ZANELLA, op. cit., p. 216.

informação.

Assim, sob identidade fictícia, na *sting operation* o agente constitui empresa ou mesmo arrenda estabelecimento comercial e anuncia que comercializa produtos de origem ilícita, em especial, joias, cartões de crédito, armas e viaturas, com o objetivo de atrair mercadores criminosos. Para o sucesso da empreitada, utilizam, conforme salienta ONETO, a técnica de *scouting*, quando policiais fazem as vezes de verdadeiros marginais nos meios frequentados por criminosos e divulgam a existência do estabelecimento comercial, de modo a atrair os suspeitos a comercializarem mercadorias de origem ilícita<sup>285</sup>.

Não difere substancialmente da anterior a operação *honey-pot*, quando o agente adquire um estabelecimento comercial, a exemplo de um bar ou restaurante, objetivando atrair suspeitos de pertencerem a organizações criminosas para poder observá-los e colher informações<sup>286</sup>.

Já a *buy-bust* “é mais uma técnica de infiltração do que propriamente uma modalidade de *deep cover*”. Neste caso, no âmbito do tráfico de estupefacientes, o agente segue adquirindo pequenas quantidades de drogas, sem, contudo, realizar a prisão do suspeito, de maneira a ganhar a confiança do grupo criminoso e obter informações sobre a dinâmica do comércio espúrio. Já em poder das informações desejadas, procura adquirir quantidade considerável de estupefaciente para, então, realizar a prisão dos fornecedores<sup>287</sup>.

Por fim, a *infiltration de réseaux* ou *de groupes* traduz-se em operação de infiltração mais longa em específico ambiente criminoso para colher informações e provas a respeito da preparação de um crime, sua consumação, autoria, o papel de cada membro na organização criminosa etc. Há utilização de identidade falsa e a atuação do agente vai depender do ambiente onde a infiltração irá se desenvolver (tráfico de armas, drogas, corrupção etc.)<sup>288</sup>.

Segue-se, então, a fase de formação do agente, com a sua capacitação no sentido de que desenvolva ou adquira habilidades pessoais e profissionais (enfim, instrumentais) para o bom desempenho da tarefa de infiltração, as quais vão variar de acordo com o

---

285 ONETO, op.cit., p. 83. ZANELLA, op. cit., p. 216.

286 ONETO, op.cit., p. 82. ZANELLA, op. cit., p. 216.

287 Cf. ONETO, tal modalidade pode constituir-se na operação inversa, ou seja, quando os suspeitos são compradores de drogas, caracterizando, neste caso, uma *sell-bust*. ONETO, op.cit., p. 83-84.

288 ONETO, op.cit., p. 84. ZANELLA, op. cit., p. 216.

prévio monitoramento do ambiente onde a mesma ocorrerá<sup>289</sup>. PEREIRA aponta especialmente para aquelas habilidades de cunho psicológico condizentes com a dinâmica do engano e da dissimulação<sup>290</sup>.

#### 6.6.2– Treinamento: formação, imersão e especialização.

O treinamento do agente serve para conferir ao agente selecionado habilidades especiais, necessárias ao bom desempenho da infiltração<sup>291</sup>.

Esta etapa de treinamento será apresentada metodologicamente em três fases ou etapas distintas, a saber: formação ou capacitação, imersão com a aplicação de identidade fictícia e especialização.

Na primeira fase do treinamento, conforme ZANELLA, o agente deve procurar compreender qual é a sua missão, os riscos advindos da sua tarefa, normas e regramentos que irão balizar a sua atuação e as ordens as quais estará submetido. Desenvolverá também desenvolver técnicas gerais para qualquer infiltração<sup>292</sup>.

Já na segunda etapa de treinamento, considerada por PEREIRA a mais complexa do procedimento de estruturação de um plano de infiltração, o agente terá de se acostumar com a identidade falsa<sup>293</sup>. Para além dos novos dados pessoais, ficticiamente, terá também que assimilar, exemplificativamente, novo(a)(s): dados familiares, profissão, hábitos

---

289 Contudo, é possível lançar algumas habilidades gerais, normalmente referenciadas pela doutrina, como a expertise em investigações complexas, cf. CARLOS; FRIEDE, op. cit., p. 55. Porte físico compatível com as dificuldades da operação, inteligência aguçada, aptidão específica para determinadas missões, equilíbrio emocional vez que poderá ficar bastante distante do âmbito familiar por tempo indeterminado, sintonia cultural e étnica compatível com a organização a ser infiltrada, cf. PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 548. Poder de memorização e capacidade de persuasão, cf. BAREFOOT, J. Kirk. *Undercover investigation*. 3 ed. Newton: Butterworth-Heinemann, 1995, p. 17-18.

290 O autor afirma tratar-se de “armas cruciais para que ele consiga demonstrar a outros membros do grupo criminoso, sua vontade e capacidade para fazer parte do universo delitivo da organização criminoso”. PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 549. SINTRA assinala que “todos os funcionários de investigação criminal que aplicam técnicas especiais de investigação estão qualificados para o efeito após fase de recrutamento, seleção, formação e treino adequado com controlo psicológico especializado”. SINTRA, op. cit., p. 81.

291 Tal necessidade de treinamento e especialização foi reconhecida a nível internacional pela Convenção de Palermo, já referenciada neste estudo, *ex vi* do seu art. 29. PEREIRA cita Recomendação do Grupo de Trabalho Oficioso de Expertos sobre Técnicas Especiais de Investigação das Nações Unidas, o qual determina que “os agentes infiltrados deveriam receber formação especializada, que deveria incluir formação sobre a lei aplicável, em especial ênfase na instigação, provocação ou incitação”. PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 583.

292 O autor cita como exemplos: modelar o comportamento em situações sensíveis; pontos a observar e evidências a coletar; aprender a como utilizar os equipamentos eletrônicos que estarão ao seu dispor e a manter contato com a equipe de apoio; otimizar a persuasão e a memorização. ZANELLA, op. cit., p. 235.

293 PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 549.

alimentares, vocabulário, comportamentos, gestos e falsa biografia<sup>294</sup>. Trata-se de criar uma estória que permita a penetração no ambiente desejado e que ao mesmo tempo promova proteção à pessoa do agente.

BAREFOOT assevera que o fator mais importante para o sucesso da operação é o estabelecimento de uma estória de cobertura adequada<sup>295</sup>. Portanto, tais novidades deverão estar bem incorporadas, de modo a constituir meio eficaz a permitir a presença e permanência do agente em locais onde seria impossível, uma vez conhecida a sua real identidade e/ou qualidade.

Decorrida a etapa de imersão, é chegada a hora da especialização, ou seja, de conhecer de forma mais aprofundada e abrangente possível a dinâmica de funcionamento do grupo onde ocorrerá a infiltração. De grande importância, portanto, as informações já coletadas sobre essa dinâmica através das atividades de inteligência, sejam elas *coletas* ou *buscas*<sup>296</sup>.

ZANELLA defende a necessidade de criação de agências, unidades policiais especializadas, centros de formação voltados à infiltração de caráter permanente ou unidades regionais especializadas, com o escopo de formar, preparar os agentes de forma adequada e eficiente para a tarefa<sup>297</sup>. O autor propõe uma metodologia de funcionamento para os referidos centros de formação, levando-se em conta a divisão da etapa de treinamento como aqui referenciada.

Condizente à primeira fase, os formadores poderiam ser agentes com experiências práticas em infiltração e profissionais da área de segurança pública, de modo que uma vez deferida a medida, “(...) bastaria moldar o agente para as duas subfases seguintes”. Para o momento posterior, profissionais das áreas de psiquiatria e psicologia. Por fim, em relação à terceira subfase, formadores das áreas de inteligência (da segurança pública e órgãos

---

294 Tal nova biografia deve procurar ser resistente a investigações, sob pena de deixar de conferir proteção ao agente em campo.

295 BAREFOOT, op. cit., p. 36.

296 Cf. PACHECO, a coleta é a consulta em fontes abertas, como a internet, livros etc. Já a busca constitui levantamento de dados negados, referentes a fontes não-abertas. O autor aduz ainda a precedência histórica da busca enquanto atividade de inteligência em relação à própria investigação criminal. PACHECO, *Direito processual...*, op. cit., p. 862.

297 ZANELLA, op. cit., p. 237. Também sobre a necessidade imperiosa de criação de centros especializados de formação, ver PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 585. Este autor afirma que em países mais avançados em termos de técnicas especiais de investigação, as operações têm em suas unidades especializadas de agentes encobertos um departamento de infraestrutura com meios técnicos avançados e pessoal qualificado, inclusive para contribuir na organização da identidade fictícia do agente. *Ibidem*, p. 587.

colaboradores), da sociologia, sem olvidar da possibilidade de enviar-se convites a “(...) professores, pesquisadores e outros estudiosos que já tenham estudado aquela organização na qual haverá a infiltração”<sup>298299</sup>.

Enfim, a formação do agente deve procurar abordar todos os aspectos da futura atividade em campo e procurar assegurar que o mesmo possua conhecimentos jurídicos, psicológicos e técnicos para o exercício da tarefa<sup>300</sup>.

### 6.6.3- Infiltração propriamente dita e seguimento

Finalizado o período de especialização, inicia-se a parte prática da infiltração, quando o agente terá oportunidade de botar em prática os conhecimentos e as habilidades adquiridas ou aperfeiçoadas durante a sua preparação para ingressar no ambiente que fora previamente estudado, com o objetivo de obter informações e meios de provas, sem, contudo, violar injustificadamente DGLIF. É o início da construção da imagem do agente infiltrado perante os membros do grupo, o qual “(...) deverá estar disposto a estreitar laços de amizade e confiança (...)” para cumprir finalidades de prevenção ou de repressão criminal<sup>301</sup>.

Para PEREIRA, “a pedra angular deste momento da operação pode ser buscada no fato de que o infiltrado deve manter seus propósitos e objetivos, não deixando que a situação desenhada durante sua permanência junto ao grupo possa levá-lo a praticar atos de provocação de crimes ou até mesmo a prática de crimes que não tenham relação nenhuma com as metas previstas para o bom êxito de seu trabalho”<sup>302</sup>.

Nesta fase também atuará a equipe de apoio (ou suporte), subdivida em cinco setores (ou subequipes): a) acompanhamento direto; b) monitoramento técnico; c) análise

---

298 ZANELLA, op. cit., p. 238.

299 Desenvolvidamente sobre a dinâmica de recrutamento e de formação dos agentes infiltrados pelo FBI, ver FERREIRA, Vanessa P. Dias. Problèmes Posés par la Mise en Oeuvre des Opérations Undercover dans les Domaine de la Lutte contre le Trafic de Stupéfiants. In: *Révue de droit Penal et de Criminologie*. Ano 76. Bruxelas: 1996, p. 557-588. ONETO, op.cit., p. 84-86.

300 PEREIRA também ressalta a necessidade do agente possuir conhecimento sobre as atividades que praticará e, em especial, acerca da utilização de meios técnicos de vigilância e contra-vigilância, técnicas de entrevista e interpretação, a legislação penal e processual penal correlata, além da planificação e do modo como a operação será executada. Ademais, pontua também que o agente deve possuir integridade moral, autocontrole e que tenha usufruído de experiências pretéritas de outros profissionais infiltrados. PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 585.

301 Ibidem, p. 550.

302 Com relação a este último aspecto, o autor ainda pontua a importância de obediência à proporcionalidade como forma de eximir o agente de responsabilidade criminal. PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 550.

de informações e dados; d) proteção; e) coordenação (direta e indireta)<sup>303</sup>.

Envolvendo policiais que terão contatos com o agente infiltrado, a equipe de acompanhamento direto cumpre a função de receber as informações passadas por ele, assim como as provas ou meios de prova pelo mesmo amealhados, para posterior repasse à equipe de coordenação<sup>304</sup>.

Consoante leciona ZANELLA, cabe a esta equipe de acompanhamento direto elaborar relatórios parciais da operação da infiltração, muitas vezes de difícil, senão impossível elaboração por parte do próprio agente<sup>305</sup>. Tal raciocínio está em consonância com nosso entendimento acerca da necessidade da apresentação de relatórios periódicos da operação de infiltração, a cada seis meses, de forma a permitir controle efetivo por parte das autoridades judiciárias.

A equipe de monitoramento técnico é responsável por, nos estritos limites autorizados pela decisão que admitiu a operação, manter a vigilância eletrônica do agente (neste sentido, busca também protegê-lo, além de ter a função de armazenar informações e provas), procedendo-se à captações e à gravações de imagens e áudios, mantendo controle das conversações telefônicas e escutas ambientais e monitorização por sistema GPS, por exemplo<sup>306</sup>.

À equipe de análise de informações cabe a tarefa de receber os dados transmitidos pelas equipes de acompanhamento direto e monitoramento técnico, analisá-los e produzir relatórios técnicos - a exemplo da transcrição de conversas telefônicas -, os quais serão anexados aos relatórios parciais e final da operação<sup>307</sup>.

Incumbe à equipe de proteção garantir a segurança do agente, fazer com que o mesmo exerça suas funções dentro de situações de risco razoavelmente controláveis, de modo a não expor sua integridade física ou sua vida em risco e, para tanto, conforme salienta ZANELLA, deve procurar manter-se em distância razoável, sem ser percebida<sup>308</sup>.

303 Cf. ZANELLA, op. cit., p. 241.

304 ZANELLA assinala ainda caber à equipe de acompanhamento direto repassar as orientações da equipe de coordenação ao agente em campo, quando esta não o fizer diretamente. Ibidem, p. 241.

305 A título exemplificativo, o autor pontua a possibilidade deste comportamento do agente poder gerar desconfiâncias nos integrantes da organização. Ibidem, p. 241.

306 Ibidem, p. 242.

307 Ibidem, p. 242.

308 Em certas situações que demandem atuação imediata para salvaguardar a vida e a incolumidade física do agente, como a descoberta da real identidade do infiltrado, o autor salienta caber à equipe de proteção efetivar o seu imediato resgate. Ibidem, p. 242. PEREIRA aduz que organizações criminosas, de forma geral, costumam conhecer os procedimentos utilizados pelas forças de segurança e adotar contramedidas para

Em relação ao tema e a partir de experiências práticas, SINTRA aduz que os agentes da PJ que aplicam técnicas especiais de investigação dispõem de segurança em sua tríplice vertente, legal, ética/moral e física, “actuam sempre com monitorização próxima, sob responsabilidade de um supervisor sénior (...) e dispõem de adequado suporte logístico, instalações, equipamentos e veículos não identificáveis com a actividade policial”<sup>309</sup>.

Por fim, cabe à equipe de coordenação o comando operacional, zelar pela eficiência da finalidade perseguida pela infiltração e pela segurança do agente, procedendo-se a orientações de cunho jurídico e também operacional, de forma direta ou através da equipe de acompanhamento direto<sup>310</sup>.

A partir da obtenção das informações e/ou do material probatório, passa o agente pelo momento de buscar uma forma segura e eficiente de deixar o grupo ou ambiente onde está infiltrado.

#### 6.6.4- Pós-infiltração e reinserção

Alcançada a finalidade da operação, o momento de deixar o grupo requer cautela, por constituir momento sensível, pois capaz de ocasionar suspeitas sobre a real identidade e propósito do agente e, desta maneira, trazer prejuízos para sua vida, integridade física e psicológica, sem olvidar também a de seus familiares<sup>311</sup>. Assim, a precaução encontra justificativa também ante à possibilidade de retorno do agente ao ambiente infiltrado para complementar seu trabalho de busca por informações e provas<sup>312</sup>.

Uma vez fora do grupo e do ambiente onde se desenvolveu a operação, afastado das pessoas as quais vinha mantendo contato e fora de perigo, passa o Estado à obrigação

---

dificultar a investigação, a exemplo de ações para detectar seguimentos policiais, uso limitado de telefones com emprego de linguagens encobertas, uso de cabinas telefônicas para conversações importantes, trato somente com pessoas de absoluta confiança etc., a demandar maior esforço e imaginação por parte dos grupos policiais de investigação. PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 582.

309 Cf. o autor, a preocupação com a segurança do agente deve prevalecer sobre quaisquer outros aspectos, até mesmo o relativo ao sucesso da operação. A própria exposição desnecessária dos intervenientes da operação constitui objeto da segurança. SINTRA, op. cit., p. 81.

310 ZANELLA assenta a importância da integração entre MP e PJ para o sucesso da infiltração, como tal contemplada no manual de infiltração do departamento federal de polícia investigativa dos EUA (FBI). ZANELLA, op. cit., p. 243.

311 A descoberta da identidade do agente ou mesmo uma suspeita fundada sobre isso demandaria sua imediata retirada do ambiente infiltrado pela equipe de proteção, cf. ZANELLA, op. cit., p. 243.

312 PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 551-552.

de proceder à reinserção do agente à sua vida pgressa, proporcionando ao mesmo ajuda psicológica para que possa resgatar seus hábitos de vida anteriores à infiltração, inclusive incluindo-o em programa de proteção próprio<sup>313</sup>.

#### 6.7- Regras de proteção do agente

Para bem compreender o regime legal de proteção do agente inaugurado pelo RJAE, é necessário assimilar primeiramente “que as investigações realizadas através de ações encobertas, como é o caso da infiltração de agentes, estão necessariamente *envoltas* num *clima de risco* e de *intimidações* de conteúdo, extensão e natureza desconhecidos e imprevisíveis”, conforme pondera JESUS<sup>314315</sup>.

Assim sendo, almejando a sua proteção, o RJAE estabeleceu uma série de estratégias por reconhecer que, por atuar em domínio sensível e ficar sujeito a riscos extraordinários, o agente merece tutela diferenciada<sup>316</sup>. Iniciou por consagrar o princípio da liberdade e possibilitar a recusa em participar em uma ação encoberta, mesmo por parte de funcionários de investigação criminal, *ex vi* do art. 3º, nº 2 da lei<sup>317318</sup>.

A liberdade legalmente estabelecida para o particular em nada é capaz de ensejar maior atenção, mas assume contornos diferenciados quando abrange até mesmo o funcionário da investigação criminal, o qual poderá exercer o direito de não participar de ação encoberta mesmo sem motivação para o exercício da sua recusa.

Haveria de se indagar se não recairia sobre os funcionários da investigação criminal o dever de agir, baseado no compromisso assumido no momento da escolha da

---

313 O autor assinala que as dificuldades de relacionar-se no âmbito familiar do qual foi privado o agente pode decorrer do tempo de permanência do mesmo em ambiente criminoso, além de causar desconfianças quanto ao seu futuro e de sua família. PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 552. ZANELLA sugere um período de licença para que o agente possa ser acompanhado por equipe de psicologia ou psiquiatria, a depender dos casos concretos. ZANELLA, op. cit., p. 244.

314 JESUS, op. cit., p. 76.

315 O Ministro da Justiça à época, a propósito da exposição de motivos do RJAE, manifestou preocupação neste sentido: “A segurança dos agentes é outro domínio sensível, quer por actuarem juntos dos criminosos, quer por estarem sujeitos a eventuais represálias”. GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *O novo regime...*, op. cit., p. 16.

316 O próprio Estado Português, representado pelo Ministro da Justiça à época das discussões parlamentares da proposta de lei nº 79/VIII, asseverou tratar-se de risco extraordinário, não comum. *Ibidem*, p. 84.

317 *Ibidem*, p. 84.

318 Nas palavras do Ministro da Justiça à época das discussões parlamentares que aprovaram o RJAE: “São circunstâncias de risco anormal que, em meu entender, justificam que não se possa impor ao agente que se submeta a esse risco”. *Ibidem*, p. 84.

profissão e por se tratar de risco inerente a ela, de natureza previsível<sup>319</sup>. Entendemos pela negativa, por estarmos convencidos de que a lei procurou, em verdade, criar um sistema de proteção fundamentado justamente na posição contrária e aqui já assinalada, ou seja, considerando a existência de riscos extraordinários, não previsíveis, e “pretendeu abranger todos os que se encontrem na susceptibilidade de o fazer, sem qualquer distinção de condição ou qualidade”<sup>320</sup>.

Prosseguindo-se na tutela de proteção ao agente, o artigo 5º do RJAÉ procurou consagrar, de maneira inovadora, um regime de identidade fictícia em seu benefício, capaz de abranger o exercício concreto da investigação e suas repercussões jurídicas, assim como todas as circunstâncias da vida social<sup>321</sup>. Trata-se de mais uma “manifestação formal e material da preocupação de segurança exigível quanto ao agente encoberto, cujo risco não é comum, mas sim anormal, pelo que se impõe por necessidade e exigibilidade que os agentes encobertos actuem (...)” amparados por este regime<sup>322</sup>.

Contudo, é no tribunal que tal regime de identidade fictícia assume contornos de certa complexidade. Conforme já assinalado neste trabalho, o relato da ação encoberta somente será juntada aos autos a título excepcional, quando reputada indispensável em termos probatórios, por constituir medida própria de proteção de funcionário e terceiro<sup>323</sup>. A lei permite, outrossim, que tal juízo acerca da indispensabilidade da junção de tal relato aos autos seja postergada para o final do inquérito ou da instrução. Ademais, o juiz pode determinar, ainda, a comparência do agente encoberto em audiência de julgamento, por indispensabilidade da prova<sup>324</sup>.

Ora, se a lei considera que a simples juntada do relato aos autos já poderá ensejar risco para a integridade do agente, essa potencialidade de dano é ainda mais agravada com

---

319 JESUS, op. cit., p. 77.

320 Ibidem, p. 77.

321 A identidade fictícia é classificada como secreta e deve incluir a referência à verdadeira identidade do agente encoberto. Ademais, é atribuída por despacho do Ministro da Justiça, prevê prazo de duração de seis meses prorrogáveis por iguais períodos e permite ao agente a atuar sob identidade fictícia em todas as situações, inclusive no trato social. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=89&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis). Acesso em 29 de março de 2019.

322 GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *O novo regime...*, op. cit., p. 102.

323 JESUS parte de um raciocínio lógico-dedutivo para procurar explicar que a não junção aos autos do relatório das ações encobertas ou a sua junção somente quando absolutamente indispensável em termos probatórios, justifica-se, como regra, ante à possibilidade de violação das esferas de intimidade e de privacidade do arguido e também como salvaguarda da integridade dos agentes de investigação. JESUS, op. cit., p. 78.

324 Cf. art. 4º, nº(s) 1, 2 e 4 do RJAÉ.

a chamada do agente para prestar depoimento em Juízo.

A partir deste panorama delineado, percebe-se, portanto, um crescente grau de excepcionalidade a caracterizar a presença do agente em audiência, quando comparado à juntada, também excepcional, do relato da ação aos autos: se a juntada do relato já é tratada de maneira excepcional, com mais razão e grau de excepcionalidade deve ser considerada a presença de agente que atuou sob fictícia identidade em audiência, para preservação da sua segurança e de seus familiares.

Daí a razão de se permitir legalmente que, mesmo findo o prazo de duração conferida à identidade fictícia, o agente possa, de acordo com ela, apresentar-se em Juízo e prestar depoimento<sup>325</sup>. O legislador previu, portanto, a possibilidade de alargamento do programa de tutela do agente a uma fase de pós-investigação, crente dos riscos remanescentes após o período de infiltração e inerentes ao exercício da atividade encoberta.

Note-se que a lei, além de excluir a publicidade da audiência de julgamento, de modo a impedir a livre assistência do público à produção de certos atos, ou de parte deles, ampliou o âmbito de proteção ao impor a aplicação do regime de proteção de testemunhas em processo penal às testemunhas das ações encobertas, cf. art. 4º, nº 4 do RJAÉ, de modo a “(...) adotar um conjunto de soluções mais genéricas ou abrangentes, mas com provas dadas de eficiência”<sup>326</sup>.

Desta maneira, acabou por possibilitar a utilização de procedimentos previstos na lei nº 93/99<sup>327</sup>, de 14 de Julho, a exemplo do depoimento da testemunha “com ocultação da imagem ou com distorção da voz, ou de ambas, de modo a evitar-se o reconhecimento”, ou mesmo o recurso à videoconferência em se tratando de “crimes que devam ser julgados pelo tribunal colectivo ou pelo júri”<sup>328</sup>. A referida lei contempla dois programas de proteção de testemunhas, o primeiro intitulado Medidas Pontuais de Segurança<sup>329</sup> e o Programa

325 Cf. art. 4º, nº 3 do RJAÉ.

326 JESUS, op. cit., p. 80.

327 Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=234&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=234&tabela=leis). Acesso em 01 de abril de 2019.

328 Cf. arts. 4º e 5º da lei. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=234&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=234&tabela=leis). Acesso em 01 de abril de 2019. JESUS, op. cit., p. 81.

329 Cf. art. 20 da lei. Para fazer uso deste programa é necessário verificar a existência de perigo concreto capaz de justificar a aplicação de medidas pontuais de segurança, quando em causa crimes que devam ser julgados pelo tribunal colectivo ou pelo tribunal de júri. A lei prevê a possibilidade de indicar-se no processo residência diferente da residência habitual ou que não coincida com os lugares de domicílio previstos na lei civil, além de proteção policial extensiva a familiares ou outras pessoas que sejam próximas, dentre outras.

Especial de Segurança<sup>330</sup>, dependentes da verificação de requisitos próprios para cada um deles e “podendo abranger não somente a pessoa do agente mas também membros da sua família e pessoas mais próximas, quando seja previsível a afectação pelo perigo em causa”<sup>331</sup>.

6.8- Prazo de duração da operação e prorrogação da autorização para proceder à infiltração

A intervenção do agente (futuramente infiltrado) enquanto “instrumento da investigação processual penal” estará legitimada a partir da autorização concedida pela autoridade competente. É a partir deste momento que se possibilitam os primeiros trabalhos da investigação encoberta<sup>332</sup>.

Conforme pontua PEREIRA, a doutrina especializada tem se preocupado com o prazo de duração da operação por conta de duas razões fundamentais. A primeira delas diz respeito ao incremento do risco para o agente infiltrado, a partir da crença de que quanto maior o prazo de duração da operação, maior a possibilidade do mesmo ter sua real identidade e propósitos descobertos. A segunda é atinente à necessidade de limitar-se uma medida que é, por natureza, excepcional e dotada de alta potencialidade lesiva aos DGLIF<sup>333</sup>.

Com relação especificamente a este último aspecto, INCHAUSTI assevera que “o respeito ao princípio da proporcionalidade exige que o ataque à esfera de liberdade dos

---

São ordenadas oficiosamente pelo “Ministério Público ou a requerimento da própria testemunha, quando pendente o inquérito, ou pelo juiz que preside à fase em que o processo se encontra, findo aquele”. JESUS, op. cit., p. 81.

330 Cf. art. 21 da lei. A aplicação deste programa é mais exigente e o procedimento para concessão das medidas de tutela é diferenciado em relação ao anterior, sendo determinado por uma comissão especial. Está sujeita à verificação de requisitos cumulativos previstos nas alíneas “a”, “b” e “c” do citado artigo de lei e as medidas nele contempladas devem tomar lugar somente quando estritamente necessárias. São previstas medidas mais drásticas, nomeadamente a alteração do aspecto fisionômico da pessoa, a concessão de nova habitação no país ou no estrangeiro, dentre outras.

331 JESUS, op. cit., p. 81.

332 INCHAUSTI não descarta, contudo, a possibilidade lícita de haver um certo grau de inserção do agente no ambiente supostamente criminoso prévio à autorização judicial, sem conteúdo investigativo e apenas como forma de “abordagem”. Ressalta, contudo, ser somente a partir de dita autorização que se poderá dar início a uma “dimensão investigadora” dos trabalhos desenvolvidos pelo agente e somente a partir daí serão válidas as provas obtidas por ele. INCHAUSTI, op. cit., p. 217.

333 PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 570-571.

cidadãos se reduza ao tempo imprescindível para que se satisfaça o interesse público na persecução penal”<sup>334</sup>.

O RJAÉ não prevê um prazo para a operação em si, mas o faz para os fins de validade da identidade fictícia. O referido regime estipula o prazo inicial de seis meses para validade da falsa identidade<sup>335</sup>. Assim, por razão lógica, ao considerarmos que o prazo de validade da identidade fictícia é mesmo o prazo inicial que a lei procurou definir para a própria infiltração<sup>336</sup>, é de se concluir que essa delimitação temporal visa, em certa medida, facilitar o controle da operação por parte da autoridade judiciária “encarregada de evitar abusos e atos de arbitrariedade que não tenham relação direta com a investigação encoberta” e que, para bem cumprir esta tarefa, deverá atentar para “a necessidade, a possibilidade e os riscos presentes” a partir do deferimento da medida<sup>337</sup>.

Embora seja possível afirmar, com amparo em doutrina especializada sobre a matéria, que “como regra as infiltrações requerem uma duração média aproximada de seis meses para tornarem-se eficazes”<sup>338</sup>, por se considerar ser este o tempo necessário para introduzir-se em uma organização e coletar informações, não é possível afirmarmos, genericamente e sem conhecimento das circunstâncias de cada caso concreto, que o referido prazo seja suficiente ou mesmo ideal para o alcance das finalidades perseguidas pela investigação, pois a eficácia da coleta de informações dependerá das particularidades de cada investigação, “(...) da estrutura material e humana colocada à disposição pelo Estado etc.”<sup>339</sup>.

Mas o RJAÉ também prevê a possibilidade de prorrogações por iguais períodos de duração, sem, contudo, estabelecer um prazo máximo para a operação ou mesmo um número limite de prorrogações permitidas. Não obstante, entendemos que a falta de menção a um prazo máximo de duração para a operação não pode significar que a mesma

---

334 INCHAUSTI, op. cit., p. 138.

335 Cf. art. 5º, nº 3.

336 FERRO, PEREIRA e GAZZOLA entendem que tais prazos devem ser equivalentes, por ser impróprio e arriscado manter o agente infiltrado sem que o mesmo possa valer-se da identidade fictícia. FERRO, Ana Luíza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada. Comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 205.

337 PEREIRA, *El agente...*, op. cit., p. 572.

338 Cf. INCHAUSTI, com citação de KRAUSHAAR, em nota de rodapé. INCHAUSTI, Fernando Gáscon. *Infiltración policial y “agente encubierto”*. *Estudios de Derecho Comparado*. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 139.

339 FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 204.

possa ser prorrogada *ad eternum*<sup>340</sup>. Não, pois isso poderia ocasionar restrições inconcebíveis aos DGLIF, ultrapassando-se a barreira da proporcionalidade.

Para avaliar-se a prorrogação da infiltração, o controle judicial deve centrar-se em verificar a presença dos requisitos para a própria procedência da mesma, de maneira a não estender indefinidamente a restrição das liberdades, a violar os núcleos intangíveis destas, o que poderia significar, em última análise, negar suas existências.

6.9- Limites de atuação. A não punibilidade do agente infiltrado ou a isenção de responsabilidade penal em situações específicas.

Há, basicamente, quatro formas possíveis de condutas que o agente está sujeito a praticar durante a infiltração, a saber: (i) aquelas que são penalmente irrelevantes; (ii) aquelas que, não obstante constituírem atividades típicas, não são punidas em virtude de uma causa geral de antijuridicidade ou de exclusão de responsabilidade; (iii) as que constituem atividades típicas e que encontram-se abrangidas pela causa de justificação prevista no RJAÉ, e; (iv) as que constituem atividades típicas e não encontram-se abrangidas pela causa de justificação prevista no RJAÉ, por nenhuma causa geral de antijuridicidade ou qualquer outra capaz de excluir a responsabilidade penal do agente<sup>341</sup>.

Como já enfrentado neste trabalho, durante a infiltração, podemos afirmar que o agente estará sujeito a situações que podem conduzi-lo à prática de fatos típico-penais para alcançar o êxito da operação ou mesmo para resguardar a própria vida e/ou a de seus familiares. O perigo de que isso aconteça, ou seja, de que pratique tais fatos ou participe em atividade criminosa cometida por outro membro da organização, “é diretamente proporcional ao grau de infiltração junto ao grupo delitivo: quanto maior é a integração na organização, maior o risco do infiltrado estar obrigado a realizar atos para ganhar a confiança dos demais membros”<sup>342343</sup>.

A não punibilidade do agente infiltrado nessas situações, conforme estabelece o

---

340 INCHAUSTI, op. cit., p. 138.

341 Desenvolvimento similar pode ser encontrado em: INCHAUSTI, op. cit., p. 278.

342 FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, op. cit., p. 218.

343 ZANELLA assevera que os crimes praticados durante a infiltração somente devem ser imputados ao agente “se a conduta praticada em meio à diligência for evitável e intolerável do ponto de vista do homem médio (...). Tudo dependerá da análise casuística, ou seja, do juízo de proporcionalidade do magistrado ao analisá-la, como determina a própria lei”. ZANELLA, op. cit., p. 207.

RJAE<sup>344</sup>, constitui causa legal de justificação<sup>345</sup> que visa, portanto, conferir maior grau de eficácia às ações do agente infiltrado em campo e, ao mesmo tempo, “(...) cumpre a importante função de reforçar, no policial (agente) infiltrado, o compromisso com uma investigação criminal calcada em princípios inerentes a um Estado Democrático de Direito, sinalizando-lhe que qualquer desvio poderá ensejar a devida responsabilidade penal”<sup>346</sup>.

Ganha relevo, nesta seara, razões de política criminal, de foro estritamente político e que “(...) pressupõem uma racional utilização dos meios adequados à prossecução (...)” dos objetivos estatais a alcançar, conforme alerta FARIA COSTA<sup>347</sup>. COSTA ANDRADE comunga do mesmo entendimento e atribui importância destacada às razões de política criminal na doutrina e na praxis das causas de justificação<sup>348</sup>.

É que a justificação, “enquanto valoração positiva da conduta típica pela ordem jurídica”<sup>349</sup>, impõe a não punibilidade do agente infiltrado nas circunstâncias elencadas legalmente, em razão da atribuição de valor à conduta típica, capaz de afetar e mesmo excluir o direito de defesa do sujeito passivo da causa de justificação<sup>350</sup>. Assim, “não punir determinada conduta que consubstancia um facto típico, como se pretende para o agente infiltrado no decurso de uma acção encoberta, não pode ser alheia à axiologia constitucional” e encontra explicação, como já dito, nas proposições político-criminais,

---

344 O art. 6º, nº 1 do RJAE estabelece não ser “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 comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma”.

345 ONETO refere a justificação como valoração positiva da conduta típica pela ordem jurídica. ONETO, op.cit., p. 177. Cf. MEIREIS, em razão da atuação do agente encontrar-se prevista e legitimada por lei, o mesmo “não será punido por exclusão da ilicitude pois encontra-se no exercício de um dever *ex officio*”. MEIREIS, *O regime...*, op. cit., p. 164.

346 CARLOS; FRIEDE, op. cit., p. 73.

347 Para o autor, “o moderno detentor do *ius puniendi* tem, necessariamente, que elaborar estratégias e definir táticas para atingir as finalidades que são a sua razão de ser (...) e esta atividade não deixa de ser norteada por determinações de foro estritamente político”. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 570.

348 O autor considera “nota caracterizadora da actual experiência das causas de justificação, o crescente peso da dimensão político-criminal da doutrina e na praxis deste sector do direito penal”. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal (Contributo para fundamentação de um paradigma dualista)*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 233.

349 Ao citar ROXIN e BRITO, ONETO parte de concepções distintas sobre as causas de justificação, mas que possuem traço fundamentalmente marcante: estarem sempre atreladas à regulação de valores ou interesses em colisão. ONETO, op.cit., p. 177. ROXIN, Claus. *Política criminal y estructura del delito – elementos del delito em base a la Política Criminal*. Barcelona: PPU, 1992, p. 77-78. BRITO, Teresa Quintela de. *O direito de necessidade e a legítima defesa no código civil e no código penal*. Lisboa: Lex, 1994, p. 23.

350 ONETO, op.cit., p. 178.

fundamento para o RJAE<sup>351</sup>.

De acordo com a referida causa de justificação, seria ilógico, portanto, “admitir-se a responsabilidade penal do agente infiltrado, já que ele foi autorizado a agir pelo Poder Judiciário. Assim, embora tecnicamente ele cometa ato previsto como ilícito no ordenamento, o legislador, por conveniência, optou por não lhe atribuir responsabilidade”, consoante pondera ZANELLA<sup>352</sup>.

Prosseguindo-se no desenvolvimento das ideias, passaremos a tecer considerações sobre as condutas praticadas pelo agente infiltrado abrangidas pela causa de justificação prevista no RJAE.

Como visto, em razão da necessidade vinculada às finalidades da investigação, observada a proporcionalidade, o agente estará isento de responsabilidade penal desde que não labore em atos de provocação de crimes. Encontram-se justificadas, portanto, as condutas praticadas que respeitem os seguintes requisitos: constituam consequências necessárias para o desenvolvimento da infiltração (necessidade), observem a proporcionalidade com a finalidade da atuação estatal e não constituam provocação ao crime<sup>353</sup>.

Conforme INCHAUSTI, a conduta criminosa deve ser levada a cabo visando o êxito da investigação (requisito da necessidade). Neste caso, a palavra investigação é capaz de englobar tanto a própria atividade de pesquisa de informação assim como aquelas atividades voltadas para forjar e manter a cobertura do agente, como a falsificação de documentos. Ademais, conforme o autor, tal exame de necessidade não deve ser feito *a posteriori* (de modo a averiguar-se até que ponto a conduta criminosa contribuiu ou não para a investigação) e sim *ex ante*, ou seja, mesmo que um exame posterior revele a desnecessidade da atuação criminosa do agente, não é de se deixar de aplicar a justificação se um exame anterior puder concluir acertadamente sobre a necessidade de levá-la a cabo<sup>354</sup>.

---

351 ONETO, op.cit., p. 159.

352 ZANELLA, op. cit., p. 208. Para CARLOS e FRIEDE, “(...) O Estado, ao inserir um de seus agentes no mundo do crime, de modo a desmantelá-lo, jamais poderia, em face de uma contradição lógica, exigir dele um comportamento conforme o Direito, ou seja, a não infiltração na organização criminosa”. CARLOS; FRIEDE, op.cit., p. 80.

353 Cf. INCHAUSTI, op. cit., p. 278.

354 Ibidem, p. 279.

Ao procurar delimitar o conteúdo da referida causa de justificação<sup>355</sup>, o legislador atentou para a observância do princípio da proporcionalidade<sup>356</sup>. Por ele deve entender-se que “somente deve consentir-se uma quebra da legalidade quando os resultados da conduta compensem os prejuízos que dela resultem”<sup>357358</sup>. INCHAUSTI leciona que o juízo de proporcionalidade há de ser aferido, assim como o da necessidade, também *ex ante*, ou seja, “colocando-se na situação do agente encoberto no momento prévio de decidir sobre a sua comissão”<sup>359</sup>.

Ora, diante da antinomia ocasionada entre a atividade estatal de investigação *vs* DGLIF, há que se indagar qual a extensão das causas de justificação previstas no RJAE. Em outras palavras, ao optarmos por uma avaliação penal-substantiva com a finalidade de buscar uma orientação para esta extensão, perquirir quais os bens jurídico-penais poderão ser postos em risco ou mesmo lesados pela ação do Estado (limite da intromissão estatal), a bem da prevenção ou da repressão à formas graves e gravíssimas da criminalidade, a exemplo do terrorismo, da criminalidade organizada, altamente organizada ou violenta.

ONETO propõe solução segundo a qual deve-se levar em consideração a axiologia-constitucional e não permitir-se lesão ou exposição a perigo de bens jurídico-penais que constituem núcleo essencial e que fundamentam a dignidade da pessoa humana, nomeadamente, a vida e a integridade física. Por outro lado, exsurge possível o sacrifício de bens jurídicos patrimoniais, excetuados os casos em que esses caracterizam-se essenciais à sobrevivência humana<sup>360</sup>.

---

355 As causas de justificação, para ONETO, “constituem precisamente uma categoria jurídico-dogmática reveladora das interconexões entre a política criminal e o direito penal, aqui se reflectindo o modo como aquela se molda à diversidade das novas realidades que a sociedade em permanente mutação vai formando”. ONETO, *op.cit.*, p. 177.

356 A lei, ao procurar coibir a prática de excessos, também demonstrou o quão importante é o PP para aferir eventuais responsabilidades penais. Reportamo-nos, neste particular, o que foi escrito a respeito do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

357 INCHAUSTI, *op. cit.*, p. 279. Para o autor, não é toda conduta necessária que está justificada. Somente aquelas que, levando-se “em conta os interesses presentes, não se possa dizer que haja sido desproporcionada”. *Ibidem*, p. 280.

358 Não há cabimento permitir-se que o agente infiltrado pratique crimes de homicídio para investigar, *v.g.*, corrupção. “Por outro lado, é admissível que o agente falsifique documento para auxiliar o grupo criminoso na prática de um crime financeiro”, *cf.* exemplo oferecido por ZANELLA. ZANELLA, *op. cit.*, p. 207. ONETO cita como exemplo de admissibilidade o furto de uma viatura para a entrega de determinada quantidade de estupefaciente, no âmbito de uma infiltração voltada a apurar o tráfico de drogas. ONETO, *op.cit.*, p. 181.

359 INCHAUSTI, *op. cit.*, p. 280.

360 A autora cita como exemplo a destruição de uma mala que contém insulina. ONETO, *op.cit.*, p. 183.

Conforme já assinalado neste estudo, é necessário proteger o núcleo fundamental dos DGLIF (espécie de “fronteira intransponível”), que não pode, em caso algum, ser violado, sob pena de constituir a própria negação das referidas liberdades<sup>361</sup>.

Passemos, então, à análise do requisito atinente à não provocação de crimes<sup>362363</sup>. Neste particular, percebe-se que o RJAE faz referência à punibilidade do agente enquanto instigador ou ator mediato<sup>364</sup>, acabando por negar também legitimidade à provocação<sup>365</sup>, esta, conforme já visto, francamente inadmitida em Estados que se almejam Democráticos e de Direito.

Conforme FIGUEIREDO DIAS, instigador “não é aquele que incentiva, nem que influencia a motivação do executor (...). É antes quem produz [neste] a decisão de atentar contra um bem jurídico-penal, através da comissão de um concreto ilícito típico”. Para o autor, a instigação deve ser interpretada em termos estritos, ou seja, quando apta a “determinar outra pessoa à prática de um facto ilícito típico (doloso)”<sup>366</sup>.

Para o reconhecimento da instigação (considerada pelo ordenamento jurídico português como uma forma de autoria), há, conforme preceitua o artigo 26º do CP<sup>367</sup>,

---

361 Cf. nota 151 (quando falamos do PP).

362 A provocação, como visto, “faz ‘nascer’ e ‘alimenta’ o delito o qual não seria praticado” não fosse a intervenção do provocador, determinando-se, sempre, a punição deste como autor, excetuando-se os casos “em que não haja execução do crime por parte do participante, ou começo de execução, nos termos do art. 26º, 3ª parte do Código Penal”, cf. GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *Lei e crime...*, op. cit., p. 260.

363 INCHAUSTI considera que a provocação ao delito pode ser encarada como uma outra concreção positiva dos requisitos da necessidade e da proporcionalidade: supõe um excesso intolerável e que não serve aos propósitos da investigação. INCHAUSTI, op. cit., p. 280.

364 “Os instigadores e os autores mediatos são autores morais”, cf. GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *O novo regime...*, op. cit., p. 104.

365 “Na verdade se a conduta do agente infiltrado, no âmbito de uma acção encoberta, também não fosse punível, no âmbito da instigação ou da autoria mediata, estaria a lei a admitir a figura do agente provocador (...), o que não deve confundir-se com a realidade do <<agente provocador>> que não é mais do que um simples autor mediato do crime, isto é, a pessoa que dolosamente, determina outrem à comissão do crime, o qual não teria cometido sem a sua intervenção”. GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *O novo regime...*, op. cit., p. 102-103.

366 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Tomo I. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 798-799. Para GONÇALVES, ALVES e VALENTE, o instigador ou autor mediato moral é o agente que, “dolosamente, determinar outra pessoa (o suspeito ou o investigado) à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução do facto ilícito, típico e culposo”. GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *O novo regime...*, op. cit., p. 104.

367 “O art. 26º do CP define como autor aquele que ‘executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução’”. Ibidem, p. 104.

necessidade de execução ou começo de execução do crime por parte do instigado, de modo a se confirmar o processo de determinação<sup>368</sup>.

Ademais, conforme artigo 6º do RJAÉ, a isenção de responsabilidade opera em relação aos atos preparatórios ou de execução de uma infração penal, expressão da intenção legislativa de referir-se a momentos díspares de formação do fenómeno criminoso.

Por outro lado, o autor mediato é aquele que executa o fato por intermédio de outrem e que “instrumentaliza” o *homem da frente*, a par do domínio da vontade, coagindo-o ou enganando-o ao cometimento do crime, até mesmo contra a sua vontade<sup>369</sup>. FIGUEIREDO DIAS leciona que “do ponto de vista estrutural existe pois sempre nesta figura um ‘homem de trás’ ou ‘da retaguarda’ - precisamente aquele por cuja autoria se pergunta – e um ‘homem da frente’, o executor, intermediário ou ‘instrumento’, que pode ser jurídico-penalmente irresponsável ou parcialmente responsável”, diferentemente da instigação, quando há efetiva responsabilização do *homem da frente*<sup>370</sup>.

Em ambas as situações (instigação ou autoria mediata), ao determinar por coação ou erro, ou mesmo criando no *homem da frente* a intenção criminosa, a lei considera o agente infiltrado autor e impõe a sua responsabilidade penal<sup>371</sup>. Assim, conclusivamente quanto a esta temática, podemos concluir que “o agente infiltrado que participe na prática de actos preparatórios ou de execução de um crime sob qualquer forma de comparticipação, desde que a mesma não consubstancie a autoria mediata ou a instigação à prática do mesmo, não será responsabilizado desde que ressalve a devida proporcionalidade quanto à sua acção”<sup>372</sup>.

---

368 FIGUEIREDO DIAS entende que a lei sublinhou de forma expressa a necessidade de que a determinação “conduza à prática pelo instigado de acto(s) que a revele(m) e execute(m)”, vale dizer, que a exteriorizem. FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal...*, op. cit., p. 809. Ademais, cf. JESUS, “na verdade, está em causa um fenómeno psicológico e interno, sendo necessário garantir a sua efectiva existência; assim, exige-se o dolo do instigado na realização da acção típica, e o duplo dolo do instigador [relativamente à determinação e quanto ao facto praticado], pelo que a instigação determina a punibilidade de ambos os sujeitos”. JESUS, op. cit., p. 85.

369 Cf. GONÇALVES, ALVES e VALENTE, o “autor mediato é quem executa o facto (ilícito, típico e culposo) por intermédio de outrem”. GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *O novo regime...*, op. cit., p. 104.

370 FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal...*, op. cit., p. 775-776.

371 “(...) Ao prever-se que, caso haja instigação ou autoria mediata, não haverá isenção de responsabilidade penal, o legislador ‘impõe ao agente encoberto um cuidado acrescido na forma como actua’”. GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *O novo regime...*, op. cit., p. 103.

372 GONÇALVES; ALVES; VALENTE, *O novo regime...*, op. cit., p. 104. Para os autores, “se o agente infiltrado instigar o suspeito ou o investigado a cometer o crime, ‘não porque tenha interesse na consumação daquele crime ou algo contra a vítima, mas porque tem, ao contrário, interesse em que o crime seja praticado

MEIREIS entende que, de acordo com a posição sistemática do agente em sua tarefa de infiltração, a comparticipação do mesmo deve restringir-se a uma forma de autoria e a uma forma de participação: co-autoria e cumplicidade, respectivamente. Conforme o autor, nunca pode ser o agente infiltrado a instigar ou a determinar ao crime, sob pena de converter-se em provocador, sendo-lhe apenas permitido atuar de maneira a “prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”<sup>373</sup>.

De maneira diversa, ONETO entende que, não obstante a co-autoria e a cumplicidade constituírem as formas de comparticipação mais frequentes, é possível também que o agente infiltrado converta-se em autor imediato. A autora cita como exemplo o caso de uma operação *pseudo-vente* ou *pseudo-achat*, em que o agente infiltrado comporte-se como potencial comprador de estupefacientes e transporte consigo parte da quantidade que tem para venda. Para a autora, a proposta de compra ou de venda da droga pode estar inserida no âmbito de uma fase avançada da operação e dos contatos, de modo a não configurar uma instigação. Por fim, aduz que considerar existente no caso uma forma de provocação seria “tornar inoperante as acções encobertas, nomeadamente quando visam atingir níveis operativos superiores da associação criminosa em que se insere”<sup>374</sup>.

Noutro sentido, hipótese diversa, mas também de interesse para desenvolvimento dos raciocínios, diz respeito à possibilidade do agente ter de praticar, p. ex., crime de homicídio quando no exercício da infiltração estiver correndo risco de morte ou mesmo de ter sua identidade ou qualidade descobertas<sup>375</sup>. Neste caso, comungamos do entendimento de ONETO por estarmos convencidos que, neste caso, o conflito de valores não diz respeito às finalidades da atuação estatal vs bem jurídico-penal lesado ou exposto a perigo<sup>376</sup>, deslocando-se para o âmbito do estado de necessidade desculpante, a depender das circunstâncias do caso concreto<sup>377</sup>.

---

ou tentado com o fim de que suceda um mal ao próprio investigado’, deixa de o ser e passa a ser um agente provocador, que é punido como autor”. Ibidem, p. 104-105.

373 MEIREIS, *O regime...*, op. cit., p. 164.

374 ONETO, op.cit., p. 146-150.

375 De acordo com o exemplo fornecido, entendemos ser necessário averiguar a presença de causa geral de antijuridicidade.

376 Para a autora, no decorrer da operação, desde que a infração penal vise atender às finalidades da investigação e seja observado o PP, o RJAÉ autoriza o agente infiltrado praticar atos preparatórios ou de execução de crime (coloque em perigo bens jurídico-penais), sobrepondo-se, desta maneira, “a eficácia da investigação criminal à colocação em perigo de determinados bens jurídicos”. ONETO, op.cit., p. 179.

377 Ibidem, p. 184.

## 7- Notas conclusivas

Conforme visto no decorrer deste estudo, por traduzir-se em restrições graves aos DGLIF, deve-se sempre atentar para o caráter excepcional da infiltração de agentes, a qual deve ter aplicabilidade apenas em situações que envolvam as formas mais graves da criminalidade, jamais podendo configurar-se como meio de prova ou de pesquisa de prova apta a alcançar a eficácia de toda e qualquer investigação criminal. Diante das naturais dificuldades investigativas, é premente evitar-se, neste sentido, a “fuga para frente”.

O caminho a percorrer no campo da infiltração de agentes é o da estrita verificação cumulativa de requisitos próprios, estreitos, vale dizer, o Estado somente estará legitimado a agir quando o amplo campo de restrição das liberdades mostrar-se adequada e proporcional ao alcance das finalidades investigativas almejadas.

No campo das ações encobertas, o princípio da proporcionalidade revela-se como importante mecanismo para apurar a legitimidade da atuação estatal e tem aplicação “transcendental”: na análise dos requisitos para pôr-se em prática a operação, no catálogo de crimes que possibilita a utilização do método oculto de investigação, na subsidiaridade própria deste meio excepcional de obtenção de prova ou mesmo na apuração dos contornos da atividade levada a efeito pelo agente em campo.

Para o fim especial de verificar a legitimidade da atuação do agente encoberto ou infiltrado, o RJAÉ apresenta carências de regulamentação que dificultam estabelecer em concreto um “limiar de intromissão” nos DGLIF. Tal carência fere o princípio da legalidade, o qual demanda clareza normativa quanto ao fundamento, fim e limites das restrições às liberdades. A ausência de regras preestabelecidas de um método excepcional de obtenção de prova incrementa a potencialidade danosa já ínsita ao próprio método e revela a necessidade de avanços legislativos e prudência judicial reforçada.

É exemplo da citada carência de regulamentação a ausência de previsão quanto à necessidade de apresentação de relatórios periódicos da operação, de importância fulcral para o efetivo exercício do seu controle por parte das autoridades competentes. A par disso, defendemos a necessidade da decisão judicial que admitir a operação exigir a apresentação de tais relatórios a cada seis meses.

Outro ponto de regulamentação precária diz respeito à possibilidade ilimitada de prorrogação da operação de infiltração, capaz de constituir fator capaz de negar existência

às liberdades, em virtude de suas contínuas e resistentes restrições ao longo do tempo. Neste sentido, ganha relevo e importância a decisão que admita ou não a operação, atenta à necessidade de verificação dos requisitos necessários e cumulativos que deverão estar presentes também em cada pedido de prorrogação.

Defendemos, ademais, que a lei deveria contemplar a necessidade de apresentação do plano de infiltração à autoridade responsável por admitir a operação, com detalhamento acerca da maneira como se pretende desenvolver as ações estatais (plano de operação), para que esta possua informações para averiguar a necessidade e a possibilidade de se levar a efeito o plano estatal previamente delineado. Tal exigência visa também facilitar o controle judicial sobre a operação, ao mesmo tempo que servirá como mecanismo de averiguação do grau de restrição que se pretende impor aos DGLIF. É através deste mesmo plano que tal autoridade deverá verificar se as medidas de proteção ao agente encoberto ou infiltrado são capazes de protegê-lo, se são eficazes neste sentido.

Como visto, tal plano também deverá especificar quais condutas típico-penais o agente poderá eventualmente praticar, servindo, assim, também para sua proteção, já que poderá vir a responder somente pelos excessos injustificados praticados.

Contudo, não obstante as carências de regulamentação apontadas, o histórico da evolução legislativa demonstra que o atual RJAE significou avanço significativo no trato da matéria quando comparado aos regramentos anteriores, os quais apresentaram-se laconicamente ao mundo jurídico, ora procurando apenas tentar legitimar uma conduta que se aproximava a de verdadeiro agente provocador, como no caso do DL nº 430/1983, de 13 de Dezembro, ora não prevendo a necessidade de autorização judicial para pôr-se em prática uma operação encoberta, como no caso do DL nº 15/93, de 22 de Janeiro.

Embora o avanço legislativo nos pareça evidente, é preciso pontuar a importância das instâncias responsáveis pelo controle eficaz sobre a operação de infiltração. O constante escrutínio das atividades levadas a efeito pelo agente encoberto ou infiltrado por parte do MP e do Poder Judiciário revela-se de fundamental importância por duas razões. Não somente como forma de evitar abusos e conseqüentes restrições desproporcionadas às liberdades afetadas pela ação estatal, mas também para colaborar com a eficácia da operação e o alcance das finalidades preventivas ou repressivas almejadas, a bem da coletividade.

## 8- Referências bibliográficas

ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Ano 1. Vol. 1. N. 4. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eacnj/mod/resource/view.php?id=47756>. Acesso em 05 de abril de 2018.

\_\_\_\_\_ *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAREFOOT, J. Kirk. *Undercover investigation*. 3 ed. Newton: Butterworth-Heinemann, 1995.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Criminalidade organizada e procedimento diferenciado: entre eficiência e garantismo. In: *FARIA COSTA, José de; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais. Visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 909-937.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Nascimento, SEBASTIÃO. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar o*

*conteudo de los derechos fundamentales vinculante para o legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAZ, José. *Investigação criminal*. 3 ed. 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. *Aspectos jurídico-operacionais do agente infiltrado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. V. I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal (Contributo para fundamentação de um paradigma dualista)*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_ *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

\_\_\_\_\_ *“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.

DELGADO GARCÍA, Maria Dolores. El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada. In: *La criminalidad organizada ante la justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996, p. 69-84.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. *Criminalidad organizada*. Barcelona: Bosch, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal. Tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Millennium, 2008.

EDWARDS, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Buenos Aires: Editora Ad-Hoc, 1996.

FARIA COSTA, José de. As relações entre o Ministério Público e a Polícia. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. V. LXX, 1994, p. 230-231.

\_\_\_\_\_ *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FERREIRA, Luís Fiães. *A prevenção da criminalidade*. II Colóquio de Segurança Interna. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna - I.S.C.P.S.I. Coimbra: Almedina, 2006.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada. Comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_ A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*. V. 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 11-30.

\_\_\_\_\_ Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. In: *AA. VV., Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Almedina, 1983.

\_\_\_\_\_ *Direito processual penal* (lições coligidas por Maria João Antunes). Coimbra, 1989, p. 93.

\_\_\_\_\_ O direito penal na <<sociedade do risco>>. In: *Temas*

*básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_ *Direito penal. Parte geral. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*. Tomo I. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da globalização*. Trad. Raúl Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *O novo regime jurídico do agente infiltrado. Comentado e anotado – legislação complementar*. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_ *Lei e crime. O agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*. Coimbra: Almedina, 2001.

GONÇALVES, Vinícius Abdala. *O agente infiltrado frente ao processo penal constitucional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*. 5 ed. V. 2. Coimbra: Almedina, 2013.

INCHAUSTI, Fernando Gáscon. *Infiltración policial y “agente encubierto”*. *Estudios de Derecho Comparado*. Granada: Editorial Comares, 2001.

JESUS, Solange. *O agente infiltrado como novo instrumento de política criminal. Sua expressão no ordenamento jurídico português*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º ciclo de estudos em Direito. Área de especialização: direito penal. Orientador: Professor Doutor Costa Andrade. Coimbra, 2009.

KIST, Dario José. *Prova digital no processo penal*. Leme (SP): JH Mizuno, 2019.

LIMA, Sônia Silva Brito. *O agente infiltrado. O problema da legitimidade no processo penal do Estado de Direito e na experiência brasileira*. Coimbra: Almedina, 2016.

LOUREIRO, Joaquim. *Agente infiltrado? Agente provocador! Reflexões sobre o 1º acórdão do T.E.D. Homem – 9 de junho de 1998. Condenação do Estado português*. Coimbra: Almedina, 2007.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal. Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

MARTINS, A. Lourenço. Novas tecnologias, investigação criminal e o cidadão em vias de transparência. In: *FARIA COSTA, José de; MIRANDA RODRIGUES, Anabela; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sônia (orgs.). Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel da Costa Andrade*. V. II. Direito penal e processual penal. *Studia Iuridica* 109. Ad honorem – 8. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 491-513.

MATA-MOUROS, Fátima. O agente infiltrado. In: *Revista do Ministério Público*. V. 85. Ano 22. Jan-mar. Lisboa, 2001, p. 105-120.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. In: *Revista diálogo jurídico*. V. 1. N. 5. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 24 de fevereiro de 2018.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. “Homens de confiança”. Será o caminho? In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). *II Congresso de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 81-101.

\_\_\_\_\_ *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. V. II. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *O direito penal emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_ *A determinação da medida da pena privativa de liberdade. Os critérios da culpa e da prevenção*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

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

MONTE, Mário Ferreira. Anotação ao relatório da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, processo nº 25829/94, Francisco Teixeira Castro contra Portugal. In: *Scientia Iuridica – Revista de direito comparado português e brasileiro*. T. XLVI. Universidade do Minho, 1997.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

ONETO, Isabel. *O agente infiltrado. Contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal. Teoria, crítica e práxis*. 7 ed, rev., amp. e atual. Niterói: Impetus, 2010.

PEREIRA, Flávio Cardoso. *El agente infiltrado desde el punto de visa del garantismo procesal penal*. 2 ed. Revisada y actualizada com la Ley Orgánica 13/2015 y la Ley 41/2015, 5 de outubro. Curitiba: Juruá, 2016.

\_\_\_\_\_ Agente infiltrado virtual (Lei 13441/17): primeiras impressões. In: *Revista eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás*. V. 33, 2017, p. 97-116. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs\\_12/8-ArtigoFlavio\\_Layout%201.pdf](http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_12/8-ArtigoFlavio_Layout%201.pdf). Acesso em 15 de março de 2019.

\_\_\_\_\_ A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência. In: *GOMES, Luiz Flávio; TAQUES, Pedro; CUNHA, Rogério Sanches (coords.). Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009.

PEREIRA, Rui Carlos. O consumo e o tráfico de drogas na lei penal portuguesa. In: *Revista do Ministério Público*. Ano 17º. Jan-Mar. N. 65. Lisboa: Revistas do S.M.M.P, 1996, p. 59-76.

PEREIRA, Sandra. A recolha de prova por agente infiltrado. In: *BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (coords.). Prova criminal e direito de defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2010.

PRADO, Geraldo. Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental. In: *WUNDERLICH, Alexandre (org.). Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002.

\_\_\_\_\_ Infiltração policial e instigação em cadeia: tensão no âmbito da legalidade processual penal: notas ao direito brasileiro. In: *FARIA COSTA, José de;*

MIRANDA RODRIGUES, Anabela; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia (orgs.). *Estudos em homenagem ao professor doutor Manuel da Costa Andrade*. V. II. *Stvdia Ivridica* 109. Ad honorem – 8. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 687-737.

RODRIGUES, Cunha. Os senhores do crime. In: *Revista portuguesa de ciência criminal*. Ano 9. Jan.-mar. Fasc. 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 07-29.

SANTOS, Cláudia Cruz. O direito processual penal, as suas finalidades conflituantes e alguns problemas de “burla das etiquetas”. In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia (org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. *Stvdia Ivridica* 109. Ad honorem – 8. V. II. Direito Penal. Direito Processual Penal. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017, p. 813-833.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. 2 ed. Lisboa: Verbo, 1999.

\_\_\_\_\_ Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos. In: *Direito e Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. V. VIII. Tomo 2. Lisboa, 1994, p. 27-34.

\_\_\_\_\_ Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?). In: *Lusíada. Revista de Ciência e Cultura. Direito*. Série II. Nº 3. Lisboa: Universidade Lusíada, 2005, p. 69-81.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos tribunais*. V. 798. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SINTRA, António. Técnicas Especiais de Investigação Criminal. Factor de segurança. In: *Investigação Criminal. Revista semestral de investigação criminal, ciências criminais e forenses*. N. 1. Lisboa: ASFICPJ – Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária, 2011, p. 66-84.

SOUZA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial – parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015.

VIEIRA, Renato Stanziola. “Agente infiltrado” - estudo comparativo dos sistemas processuais penais português e brasileiro (ou a imprescindibilidade da tipicidade processual como requisito da admissibilidade dos meios de pesquisa de prova em processo penal). In: *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 18. N. 87. Nov.-dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 188-231.

ZANELLA, Everton Luiz. *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado. Análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2016.

## 9- Referências jurisprudenciais

### 9.1- Europeias

#### 9.1.1- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Acórdão Teixeira Castro vs Portugal, de 08 de junho de 1998. O acórdão não encontra-se disponível no site do Tribunal: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/por&c>. Acesso em 05 de março de 2019. Podemos encontrá-lo na íntegra em: LOUREIRO, Joaquim. *Agente infiltrado? Agente provocador! Reflexões sobre o 1º acórdão do T.E.D. Homem – 9 de junho de 1998. Condenação do Estado português*. Coimbra: Almedina, 2007.

Acórdão Jalloh v. Germany, de 11 de julho de 2006. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Reports\\_Recueil\\_2006-IX.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2006-IX.pdf). Acesso em 12 de março de 2019.

### 9.2- Portuguesas

#### 9.2.1- Tribunal Constitucional

Acórdão nº 578/98, de 14 de Outubro. Disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html>. Acesso em 17 de março de 2019.

Acórdão nº 102/2000, de 22 de fevereiro. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000102.html>. Acesso em 05 de março de 2019.

#### 9.2.2- Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão nº 30-03-2000 (Proc. nº 4/2000). Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/criminal2000.pdf>. Acesso em 24 de março de 2019.