



Universidades Lusíada

Oliveira, João Cosme Teixeira de

Investigação no crime organizado : métodos ocultos de investigação a partir da actuação do agente infiltrado

<http://hdl.handle.net/11067/1937>

Metadados

Data de Publicação	2015
Resumo	<p>O crime organizado é uma criminalidade em claro desenvolvimento e que acarreta um grave prejuízo para a sociedade, tornando-se necessário combatê-lo. Porém, este combate não se tem afigurado fácil, em virtude de não existir um conceito comumente aceite, quer no ordenamento jurídico português, quer em termos internacionais e porque estas organizações adoptam uma estrutura fechada e de absoluto silêncio, de modo a protegerem-se contra a invasão de elementos das autoridades de investigação crimina...</p> <p>Abstract: Organized crime is a crime in course development and leads to serious damage to society, making it necessary to fight it. However, this fight has not initially been easy, given that there is no commonly accepted concept, either in Portuguese law or by international standards and because these organizations adopt a closed and absolute silence structure in order to protect themselves against the invasion of elements of the criminal investigation authorities. Therefore, and given that the fig...</p>
Palavras Chave	Direito, Direito penal, Crime organizado, Investigação, Investigação Criminal, Métodos, Agente infiltrado
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-19T13:52:36Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**INVESTIGAÇÃO NO CRIME ORGANIZADO
MÉTODOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO -
A PARTIR DA ACTUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO**

João Cosme Teixeira de Oliveira

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto, 2015



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**INVESTIGAÇÃO NO CRIME ORGANIZADO
MÉTODOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO -
A PARTIR DA ACTUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO**

João Cosme Teixeira de Oliveira

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Orientador: Fernando Torrão

Porto, 2015

“A verdade material não é um valor supremo, contrariamente à dignidade da pessoa humana, à sua integridade, à sua liberdade de pensar e conhecer sem qualquer coação, interpelação, provocação”

Fernando Gonçalves, Manuel João Alves, Manuel Monteiro Guedes Valente in “O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado - Comentado e Anotado - Legislação Complementar”. pp. 33 Coimbra: Almedina.

Agradecimentos

A realização deste trabalho é o resultado de muitas horas de trabalho e é importante expressar os meus profundos agradecimentos a algumas pessoas que me ajudaram nesta etapa da minha vida.

O meu primeiro profundo agradecimento destina-se ao orientador deste trabalho, o Professor Doutor Fernando Torrão, pela sua paciência, conselhos, motivação e disponibilidade, desde a fase inicial, até o momento final da conclusão desta dissertação.

Agradeço também aos meus pais, pelo enorme investimento que realizaram em mim e na minha educação, e pelo incentivo e apoio que me deram nesta etapa académica da minha vida.

Índice

Agradecimentos	I
Índice	II
Resumo	IV
Resumo em Inglês.....	V
Palavras-chave	VI
Lista de abreviaturas	VII
Introdução	1
1. Criminalidade organizada.....	4
1.1 Evolução histórica	4
1.2 Características.....	7
1.2.1 Vertente Transnacional.....	7
1.2.2 Corrupção	8
1.2.3 Estrutura.....	9
1.2.4 Actividades	9
1.2.5 Criminalidade altamente organizada – art. 1º alínea m) Código Processo Penal	11
1.2.6 Criminalidade Organizada – Lei 5/2002 de 11 de Janeiro.....	13
1.2.7 Conceito.....	15
1.4 Crime organizado em diplomas internacionais.....	19
2. Métodos ocultos de investigação.....	24
2.1 O regime constitucional da restrição dos direitos fundamentais	27
2.2 A nova concepção “securitária” do direito penal – O direito penal do inimigo	32
2.3 O princípio da proibição da auto-incriminação – <i>Nemo Tenetur se Ipsum Accusare</i>	34
3. Regime das proibições de prova	37
3.1 Regime das nulidades	40
3.2 O efeito à distância	43
4. “Homens de Confiança”	46
4.1 Agente encoberto	47

4.2 Agente infiltrado	48
4.3 Agente provocador.....	51
4.4 Os “homens de confiança” na ordem jurídica portuguesa.....	57
4.4.1 Enquadramento histórico-legislativo	57
4.4.2 Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal – lei 101/2001, de 25 de Agosto	58
4.4.2.1 Artigo 1º (Objecto)	58
4.4.2.2 Artigo 2º (Âmbito de aplicação).....	60
4.4.2.3 Artigo 3º (Requisitos)	61
4.4.2.4 Artigo 4 (Protecção de funcionário e terceiro) e 5º (Identidade fictícia)	64
4.4.2.5 Artigo 6º (Isenção de responsabilidade)	66
4.4.3 Art. 6º da lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro – Registo de voz e imagem ..	69
5. Localização geográfica	73
5.1 Localização e identificação através de dados celulares	73
5.2 Localização celular como medida cautelar – art. 252º-A CPP	75
5.3 Localização e identificação através de GPS	79
6. Os “arrepellidos”	83
6.1 O “arrepellido” e o RJAE	84
6.2 O “arrepellido” e a investigação do crime organizado	86
6.3 Valor probatório das declarações do “arrepellido”	89
Conclusão	93
Bibliografia	96

Resumo

O crime organizado é uma criminalidade em claro desenvolvimento e que acarreta um grave prejuízo para a sociedade, tornando-se necessário combatê-lo. Porém, este combate não se tem afigurado fácil, em virtude de não existir um conceito comumente aceite, quer no ordenamento jurídico português, quer em termos internacionais e porque estas organizações adoptam uma estrutura fechada e de absoluto silêncio, de modo a protegerem-se contra a invasão de elementos das autoridades de investigação criminal.

Desse modo, e tendo em conta que o combate a esta criminalidade se mostra essencial, tem vindo a surgir meios que permitem uma investigação e repressão mais eficazes.

Um desses meios é o recurso ao agente infiltrado, que se vai introduzir numa organização criminosa e desse modo obter provas que permitam sustentar uma acusação eficaz, com a finalidade de suprimir aquela organização criminosa. É assim um método que apresenta um inegável contributo no confronto com esta criminalidade, permitindo às instâncias de investigação criminal ultrapassar aquela barreira de muito difícil transposição, que é a sua estrutura fechada. Daí a escolha, para o tema desta dissertação, do estudo da utilização da figura do agente infiltrado no contexto da investigação do crime organizado.

No âmbito desta matéria será analisado o seu enquadramento jurídico e das problemáticas que acarretam. Não podemos deixar de, no presente trabalho diferenciar esta figura face as outras modalidades de “homens de confiança” (o agente encoberto e provocador).

No entanto, estes meios não se restringem só a figura dos agentes infiltrados. Assim, será, também, objecto de análise, os métodos de obtenção de provas através do recurso ao registo da voz e imagem (artigo 6º da lei 5/2002, de 11 de Janeiro); a localização geográfica; e, as declarações do “arrependido”. Tratam-se de métodos de obtenção de provas que contribuem para uma investigação mais eficaz e que podem interligar-se com a prática de uma acção encoberta.

Resumo em Inglês

Organized crime is a crime in course development and leads to serious damage to society, making it necessary to fight it. However, this fight has not initially been easy, given that there is no commonly accepted concept, either in Portuguese law or by international standards and because these organizations adopt a closed and absolute silence structure in order to protect themselves against the invasion of elements of the criminal investigation authorities.

Therefore, and given that the fight against this crime proves essential, has emerged means to a more effective investigation and prosecution.

One such means is the use of the undercover agent, who will introduce a criminal organization and thereby obtain evidence to support an effective prosecution, in order to suppress this criminal organization. So is a method that has an undeniable contribution in confronting this crime, allowing criminal instances overcome that barrier very difficult to overcome, which is a closed structure. Hence the choice for the theme of this dissertation, the study mainly from the use of the figure of the undercover agent in the investigation of organized crime.

Under this matter will be considered the legal framework and problems that entails. We can only, in this study differentiate this figure compared with the other terms of "confidence men" (covert and agent provocateur).

However, these means are not only restricted to the undercover agent. So, will also be examined, the methods of obtaining evidence through the use of voice recording and image (Article 6 of Law 5/2002 of 11 January); geographical location; and the statements of "co-defendant". These are evidence methods that contribute to a more effective investigation and can interconnect with the practice of a covert action.

Palavras-chave

Crime organizado;

Agente infiltrado;

Métodos ocultos de investigação;

Direitos fundamentais;

Investigação criminal;

Lista de abreviaturas

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Art. – Artigo

Cfr. – Conferir

JIC – Juiz de Instrução Criminal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRL – Tribunal Relação de Lisboa

RJAE – Regime Jurídico das Acções Encobertas

V.g. – Por exemplo (*verbi gratia*)

PJ – Polícia Judiciária

N.º - Número

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Proc. – Processo

DL – Decreto-lei

TC- Tribunal Constitucional

N.º - Número

Introdução

Na sociedade actual com as novas inovações tecnológicas, verificadas nos últimos anos e a um ritmo nunca antes visto, tem-se assistido a um grande volume de trocas comerciais entre países e a um elevado fluxo migratório de pessoas. O que se tem traduzido na chamada “globalização”. Este fenómeno leva a que as fronteiras dos países sejam ultrapassadas, acarreta novos riscos, e origina um enfraquecimento por parte das autoridades dos Estados, tanto na sua capacidade de investigação como de repressão.

Este tipo de sociedade contribuiu para o aparecimento de um novo tipo de criminalidade assente no anonimato e na rapidez em que se processam as trocas financeiras, e que é auxiliada pelos novos meios tecnológicos e informáticos – a criminalidade organizada.

O crime organizado “abraçou” a globalização e a cada vez maior “desregulação” dos mercados financeiros para se modernizar e expandir as suas actividades, transformando-se, assim, numa das formas de criminalidade que mais preocupações têm originado na sociedade.

Isto acarreta maiores dificuldades para as autoridades policiais dos diversos estados, o que tem levado a que seja quase unânime, a tese que são necessários novos meios para uma efectiva investigação criminal, uma vez que os meios ditos “tradicionais”, não se tem mostrado ajustados para lidar com este fenómeno criminal.

Daí, que se verifique, cada vez mais, nas legislações dos países europeus, a preocupação com este tipo de criminalidade, através do surgimento de um cada vez maior número de instrumentos jurídicos que permitem adoptar uma resposta preventiva e repressiva, mais eficazes. Estes novos instrumentos jurídicos são designados como métodos ocultos de investigação. No entanto, estes novos métodos não trazem só a vantagem de permitir uma investigação mais eficaz, também acarretam preocupações, pois estes contendem com os direitos fundamentais dos visados, num grau mais elevado do que os métodos “tradicionais”.

Temos nesta matéria dois pólos em confronto, um referente a eficácia da justiça penal, isto é, que se proceda da forma mais eficaz ao combate do crime organizado, e outro referente aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente para os visados da aplicação destes novos instrumentos de obtenção de provas.

Pelo exposto pretendemos na nossa dissertação fazer a referência à investigação do crime organizado através da utilização de uma agente infiltrado, onde teremos um agente

que se vai introduzir dentro de uma organização criminosa, e no seguimento dessa actuação vai obter provas que permitam desmantelar essa organização. O agente vai ter através desta actuação um conhecimento da forma como a organização criminosa se estrutura, os elementos que a constituem e a forma como actua. É, nesses termos, um método oculto de investigação.

No entanto, este conhecimento, embora seja de valor inegável, poderá não ser suficiente para uma supressão dessa organização criminosa. É, assim, necessário socorrer-se de outros métodos, tais como o registo de voz e imagem, nos termos da lei 5/2002, de 11 de Janeiro; a localização geográfica; e as declarações dos “arrepentidos”. Estes métodos têm a particularidade de poderem ser utilizados a partir da actuação do agente infiltrado, isto é, após a aplicação de uma acção encoberta poder-se-á tornar relevante o uso de um destes métodos para aumentar o “conjunto” probatório sobre um determinado visado.

Pense-se, por exemplo, numa situação no âmbito de uma acção encoberta, o agente infiltrado se vê na necessidade de proceder ao registo de voz ou imagem dos membros da organização criminosa.

Assim, entendemos fazer uma incidência sobre a figura do agente infiltrado (e dos “homens de confiança”), e dos cada vez mais usuais, métodos de investigação criminal que com ele podem ser articulados.

O problema principal que pretendemos responder com a elaboração deste trabalho, é se será possível efectuar-se uma investigação eficaz do crime organizado, através da utilização de uma acção encoberta? Fazendo uma referência à forma como os métodos atrás aludidos se podem conjugar com a utilização de uma acção encoberta e qual será o seu valor probatório. Para respondermos a este problema dividimos o nosso trabalho em seis capítulos.

No primeiro capítulo, iremos referir-nos ao crime organizado, mencionando a sua evolução história, características, e a legislação referente ao crime organizado e altamente organizado, tanto no âmbito português como internacional, pois, como já vimos, a preocupação com o desenvolvimento desta criminalidade não é um problema estritamente de um país. Iremos ainda proceder, através da análise das suas características mais comuns, à definição de um conceito de crime organizado, que se tem demonstrado uma actividade de difícil concretização.

O segundo capítulo vai incidir sobre os métodos ocultos de investigação, fazendo uma abordagem geral sobre estes métodos de consagração mais recente, referindo a problemática dos direitos fundamentais que com eles conflituam e do direito ao silêncio.

Para concluir este capítulo, iremos fazer uma breve referência a uma nova teorização para o direito penal, que prevê um direito penal mais “securitário”, como forma de resposta mais eficaz para os novos riscos decorrentes da criminalidade recente.

No terceiro capítulo, iremos aludir ao regime das proibições de prova no CPP, uma vez que, como estamos a falar sobre métodos de obtenção de prova, impõe-se fazer uma referência a cominação legal, que ocorrerá quando essas provas não foram obtidas nos termos da lei.

Já no capítulo quarto iremos, referir-nos a figura dos “homens de confiança”, nomeadamente a figura do agente infiltrado. Podemos afirmar que a prática de uma acção encoberta, corresponde ao meio de obtenção de prova mais usual e “mais vantajoso” numa vertente de aquisição de provas para a investigação do crime organizado.

Neste capítulo, vamos referir as três modalidades de “homens de confiança”: agente encoberto, infiltrado e provocador. Referindo os comportamentos que estes podem adoptar em conformidade com a lei, os limites das suas actuações e aludido ao regime legal que regula as acções encobertas, a lei 101/2001, de 25 de Agosto. E ainda fazendo uma breve referência quanto ao registo de voz e imagem, previsto na lei 5/2002, de 11 de Janeiro, quanto aos direitos fundamentais com que conflitua e as problemáticas que origina.

Quanto ao capítulo quinto, este irá incidir sobre as localizações geográficas, que são um meio que conjugado com as acções encobertas permitem obter um “pacote probatório” muito relevante. Através deste meio é possível saber-se o paradeiro dos membros da organização, podendo estabelecer-se um nexos espacial entre um crime e a localização desses membros. Aqui verifica-se a importância de uma cooperação entre ambos os métodos de investigação, através da acção encoberta determina-se a identidade dos membros da organização e com a localização geográfica vai-se estabelecer esse nexos.

Por fim, no último capítulo, o seu tema é os “arrepentidos”. Também são uma figura com relevância probatória acrescida, no contexto do crime organizado, porque estas declarações, também permitem aos órgãos de polícia criminal conhecer os membros da organização, as actividades que desenvolvem e ter acesso a outros meios de prova. Muitas vezes só com estas declarações se conseguirá a obtenção dessas provas, uma vez que não se mostrará possível proceder-se a uma acção encoberta.

1. Criminalidade organizada

O crime organizado é um dos fenómenos criminosos que tem cada vez mais importância na actualidade, em virtude de ser um tipo de criminalidade em elevado desenvolvimento e expansão, e que acarreta graves consequências para a sociedade.

Estas consequências tanto podem ser jurídicas, devido aos bens jurídicos que viola, que são essencialmente bens jurídicos de natureza pública, devido a criminalidade organizada se dedicar, na maior parte das situações, aos designados crimes sem vítima. Políticas em virtude de as organizações criminosas utilizarem a corrupção dos poderes públicos como forma a evitarem ser “detectadas” e aumentar os seus lucros, continuando, assim a prática das suas actividades. E económicas, pois estas organizações através do branqueamento de capitais, vão investir o lucro ilícito em actividades/empresas lícitas, ora isto podem levar a que uma parte do sistema económico de um país esteja “dependente” (especialmente em países com grandes carências financeiras e com um regime político frágil) deste tipo de organizações criminosas. É, assim, compreensível a qualificação da criminalidade organizada como um problema a escala mundial. (Braz, 2010: 271, 275)

Centrando-nos em Portugal, verifica-se que este fenómeno é considerado como uma das ameaças à segurança interna. Tendo em conta que o país, em virtude da sua localização geográfica, é um estímulo para estas organizações, essencialmente para inserir produtos ilícitos (v.g. estupefacientes) no contexto europeu. (Relatório Anual de Segurança Interna, 2013: 30)

1.1 Evolução histórica

Esta criminalidade teve um elevado desenvolvimento durante o século passado e essencialmente nos últimos anos desse século, em virtude do desenvolvimento tecnológico, económico e social. Este desenvolvimento originou um maior interesse por parte de quem estuda estes fenómenos e elevou este tipo de criminalidade à que mais danosidade acarreta para a vivência em sociedade.

No entanto, a criminalidade organizada não teve aí a sua génese, sendo um fenómeno já anteriormente recorrente no mundo criminal, embora não da forma como na actualidade se apresenta, onde temos grupos criminosos estruturados como se fossem uma “verdadeira empresa”, tendo em vista o lucro originado da prática das suas actividades.

Podemos afirmar que foi a partir da década de 20, durante a “Lei Seca” nos Estados Unidos da América que se verificou o aparecimento das organizações de crime organizado

como hoje as conhecemos, com uma estrutura hierárquica, onde cada membro possui uma função específica. Estas organizações viram uma oportunidade vantajosa na elevada procura pelos produtos alcoólicos, devido a sua proibição e que originava elevados lucros. Com o fim desta proibição a procura esbateu-se, no entanto, estas organizações não se desmantelaram, procurando outras áreas de negócio que fossem bastante lucrativas, assim, o crime organizado virou-se para outras actividades ilícitas, como por exemplo o tráfico de estupefacientes, devido ao “boom” do seu consumo que se verificou a partir dos anos 50 do século anterior.

Na verdade, verificamos uma das principais características do crime organizado que é a sua adaptabilidade, tanto em termos de actividades onde se desenvolve, pois quando surgem novas oportunidades de negócios o crime organizado tem tendência a deslocar-se para esses “novos mercados”. Como em relação ao espaço onde são praticadas, visto que procuram sempre jurisdições onde seja mais difícil a actuação das autoridades judiciárias e policiais de modo a suprimir estas actividades. (Davin, 2007: 8-9)

Na nossa apresentação optámos por enunciar três tipos de organizações que se dedicavam à prática de crimes classificados como organizados e, que se foram desenvolvendo ao longo dos anos, contribuindo para uma evolução no próprio crime organizado: as tríades chinesas, a yazuka japonesa e a máfia.

As tríades chinesas tiveram origem no séc. XVI com o propósito de resistência ao poder político que dominada a China na época, só se tendo expandido para fora do seu país, durante o século XIX devido a um fluxo migratório elevado entre a China e os EUA. Tendo-se posteriormente fixado noutros países (como nos países europeus) no séc. XX, em virtude da alteração do fluxo migratório para esses países. A estrutura desta organização criminosa assenta em graus hierárquicos, onde se designa os membros de acordo com um número e onde se atribui uma função específica em função de cada nível da estrutura.

A origem da Yakuza japonesa remonta ao séc. XVIII, entre os “bakuto”, que eram jogadores profissionais, e os “tekiya”, que se tratavam de vendedores de rua. Caracterizavam-se por em cada território existir um chefe, que dividia as tarefas e as mercadorias pelos elementos dos grupos. O não cumprimento das suas ordens, por parte dos elementos do grupo, levava a castigos físicos para o prevaricador, de modo a que este não voltasse a repetir o mesmo acto e desencorajar actos semelhantes dos outros membros, podendo mesmo, nos casos mais extremos, levar a morte do elemento que não cumpriu as suas ordens. Sendo que o desenvolvimento desta organização foi paralelo ao desenvolvimento económico do Japão (onde esta organização tem o seu principal “teatro

de operações”), tendo-se expandido para outras actividades, através de práticas ilícitas, como a corrupção ou extorsão. (Davin, 2007: 60 e ss)

Por fim, o último modelo de organização de crime organizado que nos propusemos apresentar é a máfia. A máfia surgiu em Itália nos finais do séc. XVIII, inícios do séc. XIX, no entanto, esta máfia não actuava como hoje é conhecida (por uma estrutura que comete um variado número de crimes), tinha como objectivo uma função de “reação” contra o domínio estrangeiro e de pacificação social. (Albrecht, 2010: 79) Tal como inicialmente as tríades chinesas, o seu objectivo primordial era político.

A internacionalização da máfia verificou-se com a emigração para os EUA de italianos, no início do séc. XX, tendo a máfia se aproveitado da instituição, da já referida “lei seca”, para se dedicar a venda de substâncias proibidas (álcool), estruturando-se em grupos com uma hierarquia piramidal, caracterizados por uma estreita lealdade, que se designavam por “famílias”. Estes grupos actuavam num determinado espaço territorial, tendo chegado mesmo a haver um encontro entre as principais “famílias” que actuavam no território dos EUA e que foi promovido pelo líder da máfia de Chicago, Al Capone, em Atlantic City, de modo a definir-se a área territorial de actuação de cada grupo. Com o objectivo de manter o controlo destes territórios e a continuação das suas actividades ilícitas: recorriam à violência física, que se podia consubstanciar mesmo em homicídios; e a corrupção de entes públicos, seja de políticos ou mesmo agentes da autoridade.

Devido aos enormes lucros obtidos através das actividades ilícitas, estas “famílias” puderam expandir o leque de actividades ilícitas praticadas, como por exemplo: o controlo dos sindicatos das actividades portuárias, que no período da 2ª guerra mundial, tinham uma importância acrescida decorrentes da menor oferta de bens, do racionamento dos mesmos e da importância que tinha o transporte de produtos por via marítima; igualmente, adquirindo empresas lícitas, em diversas áreas como por exemplo, construção civil, casinos ou jogo financeiro, de modo a “camuflar” os lucros ilícitos como sendo lícitos.

Em resposta a esta evolução do crime organizado, foram adoptadas nos EUA, novas leis que permitiram o recurso a determinados meios de obtenção de prova, tais como o recurso a figura do agente infiltrado e às declarações do “arrependido”, que permitiram um combate mais eficaz a este fenómeno criminal. Um exemplo da aplicação destes métodos ocorreu no caso “*Pizza Connection*” de 1985, onde foram utilizados como meios de prova, agentes infiltrados e as declarações de “arrependidos” de modo a se conseguir uma base provatória para condenar os suspeitos. (Davin, 2007: 63 e ss)

Em termos Europeus o incremento do crime organizado deveu-se a dois factores: a partir da década de 70, com a expansão dos mercados de droga, que originou uma elevada procura; nos finais dos anos 80, com a queda do muro de Berlim e a abertura das fronteiras territoriais dos países de Leste, o que originou um aumento da migração de sujeitos destes países para a Europa ocidental. Como tal, a partir dos anos 90, verificou-se uma mudança no sentido de atribuir uma maior importância a este fenómeno, pois até então, os poderes públicos atribuíam um papel subsidiário à criminalidade organizada em relação a criminalidade comum ou, também designada, de “massas”. (Albrecht, 2010: 73)

1.2 Características

1.2.1 Vertente Transnacional

A globalização, o desenvolvimento dos meios de comunicação e a maior “desregulação” dos mercados financeiros foi muito fértil para o desenvolvimento deste tipo de criminalidade. Estas estruturas evoluíram e tornaram-se mais dinâmicas, derivada a uma maior capacidade de modernização e económica, o que origina dificuldades na sua repressão, pois as instâncias formais de controlo (tanto judicial, como os órgãos de polícia criminal), têm uma menor capacidade de adaptação aos novos meios tecnológicos e aos fenómenos criminais que daí decorrem. (Braz, 2010: 270) Esta dificuldade é acrescida devido a uma força policial, que, por vezes, não tem as competências necessárias para a investigação do cada vez maior conjunto de crimes praticados e que apresenta uma desproporção de recursos disponíveis, face as organizações de crime organizado. (Grilo, 2012: 12)

Este fenómeno criminal tem maior níveis de implantação e difusão, em relação aos países em vias de desenvolvimento, o que tem origem na fragilidade em termos económicos ou políticos que estes países geralmente apresentam. Para além deste fenómeno de expansão para países mais “frágeis”, o crime organizado desenvolveu uma faceta transnacional, onde desenvolve as suas actividades ilícitas em mais do que um país, com vista a obtenção de (um maior) lucro através do desenvolvimento de novas actividades, e que decorre de uma maior capacidade de movimentação dos seus membros, dos fluxos de capitais e desenvolvimento dos negócios. (Braz, 2010: 270-271) Um exemplo apontado é a eliminação dos produtos tóxicos, instituída pela legislação europeia, que é muitas vezes levada por estas organizações para os países em desenvolvimento (v.g. países africanos ou de leste), aproveitando assim uma nova actividade económica que se

desenvolveu, e utilizando a corrupção, frequentemente, como forma de obter a concordância das autoridades destes países, ou explorando a sua ignorância. (Davin, 2007: 111) Daí que a doutrina tenha vindo a avançar que no combate do crime organizado, já não se torna tão revelante uma distinção entre políticas internas ou externas, pois as ameaças provém dos dois vectores. (Aas, 2013: 433)

Como tal torna-se necessário que haja uma resposta igualmente transnacional para a repressão desta criminalidade. Esta resposta não se tem mostrado fácil devido as diferentes legislações dos países tanto a nível penal como processual penal. Contudo, tem-se verificado um esforço no contexto europeu para melhorar a cooperação entre os estados. Este esforço legislativo é demonstrado em dois aspectos: na definição que o direito processual penal aplicável será o do Estado que inicia a diligência de investigação criminal; e no “*princípio do reconhecimento mútuo, por parte dos estados membros*”. O que originou uma menor intervenção das autoridades políticas e que permitiu agilizar o processo. (Guedes Valente, 2009: 180)

Embora seja inegável o contributo destas alterações jurídicas, para uma melhor cooperação na investigação da criminalidade organizada, compartilhamos da opinião de Manuel Monteiro Guedes Valente, ao considerar que não são suficientes. É necessário que se proceda a uma “*harmonização das legislações penais e processuais penais*”, para ultrapassar as situações de inconsistências e que se traduzem inevitavelmente em dificuldades investigatórias e de recolha de prova. (Guedes Valente, 2009: 181)

Não obstante na Europa se tenham fomentado – se bem que, ainda, de forma lenta – a melhoria da investigação e da cooperação entre os estados, não podemos menosprezar a vertente extra-comunitária, pois como vimos, na maior parte das situações o crime organizado provém desses países (v.g. países do norte de África, derivado a proximidade geográfica com o continente Europeu). Como tal, torna-se necessário fomentar a cooperação investigatória também com esses países, algo que deverá ser realizado através de diplomas internacionais, essencialmente no âmbito das Nações Unidas (cfr. ponto 1.4).

1.2.2 Corrupção

Podemos então dizer que uma das práticas mais frequentemente utilizadas por esta criminalidade é a corrupção dos poderes públicos, de modo a dificultar a investigação e continuar com as suas actividades ilícitas. Como tal, e tendo em conta a cada vez maior capacidade económica destas organizações, deve-se ter em conta o combate a este fenómeno de modo a combater o próprio crime organizado. (Braz, 2010: 271)

1.2.3 Estrutura

Na génese deste epifenómeno criminal encontramos uma organização que surge devido a uma correlação entre os seus membros para um trabalho conjunto, mas que é autónoma destes, tendo uma vontade própria, e onde os seus actos se dirigem a obtenção de determinados objectivos. Sendo que esta organização é constituída para se prolongar no tempo, podendo mesmo verificar-se uma alteração de membros, sem que os objectivos ou a própria organização sejam afectados. (Davin, 2007: 100-102) Estas organizações adoptam uma estrutura que corresponde a uma verdadeira empresa, onde temos elementos que têm uma função pré-definida na estrutura, existindo separação de funções, e que são recrutados tendo em conta o seu “know how”, de acordo com a estratégia do grupo (v.g. numa organização que se dedica a prática de actividades ilícitas no mercado financeiro, é necessário que tenham elementos com conhecimentos sobre esta temática). Impondo-se entre o grupo um grande controlo hierárquico e graves consequências para quem violar as ordens que se encontram definidas, daí que possámos falar de uma “*lei do silêncio*”, o que se traduz numa acrescida dificuldade em termos de investigação. (Grilo, 2012: 12) Consolidando-se em diferentes níveis hierárquicos (geralmente em termos piramidais, onde os estratos superiores correspondem aos “líderes” da organização), e em que em cada nível das organizações, geralmente, existe incomunicabilidade entre os membros (Martins, 2013: 16), isto é, estes não se relacionam entre si, o que levanta grandes dificuldades em termos de investigação, pois mesmo que as autoridades consigam deter um elemento da organização, na maior parte dos casos, ele não consegue passar a informação sobre os outros elementos.

Podendo até os membros destas organizações estarem “infiltrados” na estrutura dos próprios estados, cometendo crimes que lesam a própria comunidade em favor da organização a que pertencem (pense-se, por exemplo, numa organização criminosa que tem como uma das suas práticas o mercado da construção civil, e um dos seus membros faz parte de um governo de um determinado país, beneficiando esta organização através da concepção de obras públicas, que visa aumentar os rendimentos obtidos pela organização criminosa). (Barak, 2009: 53)

1.2.4 Actividades

O seu principal objectivo é a obtenção do lucro, podendo no entanto, determinados fenómenos do crime organizado pretender a obtenção primária de outros objectivos, tais como o terrorismo, onde a sua prática tem em vista principalmente a obtenção de

objectivos políticos, contudo também o terrorismo tem com objectivo o lucro (embora seja um objectivo secundário) de modo a financiar as suas actividades de cariz político. Daí a utilização de uma panóplia de actividades de modo a obter o lucro máximo, podendo estas ser lícitas ou ilícitas. Em relação às actividades lícitas mais utilizadas, temos por exemplo: a área da construção civil; a área económico-financeira; ou actividades que se relacionam com o mercado de importação/exportação.¹ A sua prática visa diminuir o risco de serem detetadas e “camuflar” proveitos que tenham origem ilícita. (Braz, 2010: 273) Quanto às actividades ilícitas mais frequentemente praticadas, estas são a transacção de merdadorias ilícitas (v.g. tráfico de estupefacientes, armas ou pessoas); actos de violência que têm em vista intimidar ou “proteger” a organização; o jogo ilegal; a lavagem de dinheiro; extorsão; a criminalidade de “colarinho branco” (na qual se incluem a lavagem de dinheiro, o tráfico de influências e a corrupção); e a já referida eliminação de produtos tóxicos. (Barak, 2009: 51) A conjugação destas actividades tem originado uma grande dificuldade de controlo e repressão por parte do estado, daí que se fale num estado “enfraquecido”, face a estas organizações criminosas (Aas, 2013: 434). Estando-se a verificar que o surgimento de novas actividades se encontra intrínsecamente ligado ao desenvolvimento tecnológico. (Fernandes, 2001: 36)

A obtenção destes elevados lucros poderá originar que estas organizações, possuam uma elevada influência na economia do país em que praticam as actividades criminosas. Podendo esta influência, em conjugação com a corrupção – que como já vimos, é uma das práticas mais utilizadas –, levar a um domínio, por parte destas organizações, do poder legislativo e até do poder judicial. (Guedes Valente, 2009: 160)

Embora avancemos com estes exemplos de actividades praticadas, uma enumeração taxativa dos crimes, não se afigura possível, devido a já referida faceta do crime organizado de praticar um vasto número de crimes, sob pena de excluirmos novas actividades desenvolvidas recentemente por parte do crime organizado. (Davin, 2007:108)

Tal como já referimos, como a prática dos ilícitos incide, frequentemente, sobre bens jurídicos com natureza colectiva, isto acarreta uma maior dificuldade em contextualizar a real extensão da lesão provocada pela violação dos mesmos, mitigando o

¹ V.g. a notícia do Jornal de Notícias de 28 de Abril de 2014, com o título “*Três mil quilos de cocaína escondidos em polvo estragado*”. Onde foi acusada uma empresa de importação de peixe congelado, de transportar três toneladas de cocaína escondidas no contentor que continha o peixe importado. O objectivo era facilitar o transporte, encobrendo a actividade ilícita, utilizando-se para tal uma empresa lícita como “fachada”.

sua danosidade, para além de consubstanciar uma maior dificuldade na obtenção da prova. (Braz, 2010: 275)

Ainda que a sua danosidade seja mitigada, actualmente, cada vez mais este fenómeno tem estado sobre os “holofocos” da sociedade, devido à maior projecção que a comunicação social lhe tem dado. Isto leva a que na sociedade se verifique um sentimento de fragilidade face a esta criminalidade, devido ao crescimento galopante que tem tido, uma fragilidade do estado em o combater – devido a sua natureza transnacional –, e da forma como é transmitido ao público em que é este fenómeno é “empolado”. (Fernandes, 2001: 40-42) Esta situação é mais flagrante em relação ao terrorismo, basta pensar-se no atentado ao “*Charlie Hebdo*” e o assalto ao supermercado, ambos em Paris, que devido à projecção mediática que teve, levou a um surgimento de um sentimento de insegurança na Europa.

1.2.5 Criminalidade altamente organizada – art. 1º alínea m) Código Processo Penal

Em Portugal encontramos, logo no artigo 1º alínea m) do Código Processo Penal, com a epígrafe definições legais, uma definição de criminalidade altamente organizada. Segundo este artigo, criminalidade altamente organizada são: “*as condutas que integram crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influências, participação económica em negócio ou branqueamento*”.

Esta alínea foi introduzida pela lei 48/2007, tendo sido posteriormente alterada pela lei 26/2010, que consagrou a redacção actual. (Gaspar, et al, 2014: 12)

Os crimes de tráfico de estupefacientes que este artigo se refere são os que se encontram previstos nos artigos 21º a 23º e 28º do decreto-lei 15/93, de 22 de Janeiro, que se trata da Legislação de Combate à Droga. É então de excluir o crime de tráfico de menor gravidade, previsto no art. 25º do mesmo diploma legal, como caso de criminalidade altamente organizada.² (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 07P3780, 2007)

E outra não podia ser a solução por duas ordens de razões: na lei 5/2002 de 11 de Janeiro (que trataremos de seguida) e que incide sobre o combate à criminalidade organizada, consagra-se um regime especial de recolha de prova quanto ao tráfico de estupefacientes referentes aos artigos 21º a 23º e 28º da já referida legislação de combate à

² No mesmo sentido, o Acórdão do STJ de 25/07/2008, processo n.º 2531/08 – 5ª secção.

droga. Como tal, o legislador não pretendeu incluir neste regime o crime de menor gravidade, ora não o incluindo neste catálogo de crimes que constitui crime organizado, não é aceitável que se depreenda que seja possível de ser incluído no catálogo de crimes da criminalidade altamente organizada, já que a expressão “altamente” parece-nos significar um desvalor e gravidade ainda mais acentuada que a criminalidade organizada “normal”.³ O outro argumento é que englobar o crime de menor tráfico na criminalidade altamente organizada seria incluir situações criminosas que se poderiam situar num âmbito longínquo de uma situação de crime organizado.

Em relação aos crimes de tráficos de pessoas que consubstanciam criminalidade altamente organizada, estes são os que se encontram previstos no art.º 160 do Código Penal, não se incluindo os crimes previstos na lei 23/2007 de 4 de Julho, no artigo 183º (Auxílio à emigração ilegal) e no artigo 185º (Angariação de mão-de-obra ilegal). Pois não resultou do debate parlamentar a intenção do legislador de consagrar estes crimes no respectivo catálogo.

Quanto aos crimes que consubstanciam associação criminosa, no âmbito desta alínea m), refere-se aos crimes consagrados no artigo 299º do CP (Associação criminosa), no art. 184º da lei 23/2007 de 4 de Julho (Associação de auxílio à emigração ilegal), no art. 89º da lei 15/2001 de 5 de Junho (igualmente, com a epígrafe, Associação criminosa) e, o crime previsto no art. 28º da decreto-lei 15/93 de 22 de Janeiro (Associações criminosas).

Na opinião de Paulo Pinto de Albuquerque esta norma é inconstitucional, pois viola o artigo 34 número 3 da Constituição da República Portuguesa, que estabelece o conceito constitucional da criminalidade altamente organizada, ao incluir crimes como a participação económica em negócio, a corrupção e o tráfico de influências. Em relação a estes últimos dois crimes são crimes em que, geralmente, o seu florescimento não se verifica de forma altamente organizada mas sim através do contacto entre duas pessoas. (Albuquerque, 2011: 48-49)

Esta definição tem uma importância acrescida em termos penais, pois consagra um conjunto de crimes a que vão ser aplicadas medidas mais gravosas em determinados regimes previstos no código processo penal (v.g. art.º 202 número 1 alínea c), referente ao

³ Embora exista na doutrina opiniões divergentes, tais como de João Gouveia de Caires. que considera que poderá haver situações em que a criminalidade altamente organizada não será mais lesiva que o crime organizado. (Caires, 2012: 464) Não nós parece a melhor solução, pois se o legislador não pretende-se introduzir no CPP, uma criminalidade mais lesiva do que a prevista na lei 5/2002, de 11 de Janeiro, na reforma de 2007, limitar-se-ia a tipificar o catálogo de crimes dessa lei, e enunciando-os como criminalidade organizada. Ora, não o fez, tenho ainda tipificado o crime de tráfico de pessoas que não se encontra previsto naquele catálogo.

conjunto de crimes que leva a aplicação da prisão preventiva; ou, o artigo 215 número 2, que consagra o prazo máximo de prisão preventiva). (Gaspar, et al, 2014: 17)

1.2.6 Criminalidade Organizada – Lei 5/2002 de 11 de Janeiro

Quanto à criminalidade organizada esta encontra-se referida na lei 5/2002 de 11 de Janeiro. Augusto Silva Dias é da opinião que do artigo 1º desta lei, ao enumerar-se um conjunto de crimes, podemos extrair uma definição legal de criminalidade organizada (Dias, 2010: 24), não nós parece, e concordamos com a posição de João Gouveia de Caires, que o conceito de criminalidade organizada não se possa reduzir a um mero conjunto de crimes. (Caires, 2012: 463)

Esta lei visa a consagração de três instrumentos jurídicos: “*a quebra do segredo profissional*” (capítulo II); “*o registo de voz e imagem*” (capítulo III);” e *a perda de bens a favor do Estado*” (capítulo IV). (Caires, 2012: 457) E enumera um conjunto de crimes aos quais irão ser aplicadas estas medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira: o tráfico de estupefacientes (referente aos crimes previstos nos artigos 21º a 23º e 28º do decreto-lei 15/93 de 22 de Janeiro), o tráfico de armas, a corrupção, o peculato, a participação económica em negócio, branqueamento de capitais, associação criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e tráfico de menores e contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda.

Tratando-se de um “*catálogo taxativo*”, no entanto, quanto ao disposto no capítulo II e III, estes poderão ser aplicáveis aos crimes previstos no artigo 1º número 1 da lei 36/94 de 29 de Setembro, no âmbito do artigo 1º número 3 da presente lei. Assim, o legislador pretendeu afastar a aplicação do capítulo IV (“*Perda de bens a favor do Estado*”), quanto aos crimes previstos no artigo 1º número 1 da lei 36/94 de 29 de Setembro. (Caires, 2012: 459) Comparando ambos os catálogos verificamos que estes não são totalmente idênticos, o que é natural visto que incidem em matérias, que embora próximas, são díspares. Portanto, esta ampliação da aplicação da lei 5/2002, só se verificará em relação aos crimes que não se encontram previstos no catálogo da mesma lei, pois se o tiverem, já estarão sujeitos ao âmbito da aplicação da lei 5/2002. Indo-se aplicar quanto a estas situações a perda de bens a favor do estado. (Caires, 2012: 460) Um exemplo é a corrupção que se encontra prevista na enumeração de ambas as leis (artigo 1º número 1 alínea e) da lei 5/2002, de 11 de Janeiro; e artigo 1º número 1 alínea a) da lei 36/94, de 29 de Setembro), assim irá ser aplicada, a este crime, a lei 5/2002 através do âmbito do artigo 1º número 1, e não do número 3.

Verifica-se que crimes como o tráfico de estupefacientes, armas, corrupção, branqueamento de capitais e a associação criminosa, consubstanciam tanto situações de criminalidade organizada como de altamente organizada. Enquanto o peculato, a participação económica em negócio, o contrabando e o lenocínio, só consubstanciam casos de criminalidade organizada. O legislador, em virtude da consagração dos catálogos dos dois artigos, considera que determinados tipos de crimes são praticados sempre de forma organizada. (Dias, 2010: 24)

Compartilhamos a crítica de Augusto Silva Dias, quanto à não consagração do tráfico de pessoas como crime organizado (e como tal susceptível da aplicação desta lei) e meramente o tráfico de menores, pois a lei 5/2002, de 11 de Janeiro, consagra um conjunto de medidas para crimes de elevada danosidade, ora o crime de tráfico de pessoas (seja ele de menores ou não) traduz-se num dos crimes que maior desvalor acarreta na sociedade, ao considerar-se o ser humano quase como “uma mercadoria”. Assim, deveria fazer parte do leque dos crimes que correspondem à criminalidade organizada, de modo, a serem aplicadas estas medidas mais severas em virtude do desvalor que acarretam, e da dificuldade de obtenção de prova acrescida.

Sendo que no número 2, encontra-se previsto que aos crimes como contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e tráfico de menores e contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda (alíneas j) a n) do art.º 1 número 1), só é aplicável este regime se forem praticados de forma organizada. Assim a contrário sensu, aos outros crimes previstos no respectivo catálogo do número 1, pode ser aplicado esta lei mesmo que não realizados de forma organizada. (Dias, 2010: 24)

Analisando ambos os catálogos, denota-se um certo grau de imprecisão contendo tanto crimes de elevada como de pequena gravidade. Ora, tendo em conta o princípio constitucional da proporcionalidade (do qual trataremos no próximo capítulo), a aplicação destas medidas excepcionais, que levam a uma restrição de direitos fundamentais dos cidadãos visados, só poderá ser feita tendo em conta situações de elevada gravidade e só em casos excepcionais, não se justificando a sua aplicação para crimes que são puníveis com pena de prisão de limite máximo inferior a três anos. (Davin, 2007: 107) O que leva a que na opinião de Augusto Silva Dias, o *“quadro descrito não pode deixar de causar insegurança jurídica se tivermos presente que a definição do que é criminalidade organizada funciona como pressuposto da aplicação de um regime processual e sancionatório mais severo, consistente em medidas fortemente restritivas de direitos e liberdades”*. (Dias, 2010: 25)

Sendo que através destes catálogos legais analisados, referentes ao crime organizado e altamente organizado, não se mostrou possível extrair um conceito legal de crime organizado. (Caires, 2012: 465) Como tal, iremos agora verificar se no âmbito doutrinário, conseguimos encontrar este conceito.

1.2.7 Conceito

Para a melhor investigação desta criminalidade torna-se exigível atingir um conceito concreto, tendo-se desenvolvido, nos tempos mais recentes, um maior estudo sobre este fenómeno. (Rawlinson, 2010: 292) Sendo que a abordagem para definir o conceito de crime organizado teve origem na criminologia. (Dias, 2010: 23) No entanto, devido a complexidade decorrente das variadas actividades em que o crime organizado pode incidir, e para outras para onde se pode expandir em virtude de um contínuo desenvolvimento, não tem sido fácil individualizar um conceito para o crime organizado.

José Braz procede a uma caracterização do crime organizado diferenciando-o da criminalidade comum. Assim, na criminalidade organizada temos uma estrutura hierárquica prolongada no tempo, de âmbito nacional ou internacional, que pratica actos ilícitos continuados, sistematicamente em grupo, de forma estratégica e de acordo com os objectos pré-definidos do grupo. (Braz, 2010: 269)

Para João Davin, a criminalidade organizada é a *“associação de duas ou mais pessoas criadas com o objectivo de cometer, de forma permanente ou sistemática, crimes”*. Sendo necessário que com o acordo destas pessoas, se pretenda criar a tal *“vontade”* própria da organização, que é autónoma dos seus membros. Considera que basta a existência destas duas pessoas, excluindo uma terceira, que tem sido avançada pela doutrina alemã, referente aos casos de associação criminosa. Devendo este acordo ter por objectivo a prática de crimes, mantendo quanto a prática destes uma estabilidade temporal, isto é, não se consubstanciando este acordo na mera prática de um simples crime. (Davin, 2007: 107-109)

Já Jorge Godinho individualiza as seguintes características destas organizações: *“a actuação em termos permanentes, a busca de lucros, a lógica empresarial de mercado, a existência de estruturas organizacionais hierárquicas ou divisão de trabalho, o carácter secreto da organização, a existência de especiais códigos de conduta ou ritos iniciáticos, e a actuação internacional”*. (Caires, 2012: 469)

Como podemos ver a doutrina tem avançado com diversos conceitos do que é a criminalidade organizada. No entanto, ainda não se verificou o surgimento de um conceito

maioritariamente aceite. Contudo, estas definições traduzem-se num contributo inegável como ponto de partida para a construção de um conceito que irá “orientar” a nossa apresentação, pois permitem reluzir as suas principais características.

Uma solução avançada para a formulação deste conceito, é associá-lo à realização do crime de associação criminosa. Esta posição acolhe fundamento na Decisão-quadro 2008/841/JAI de 24 de Outubro de 2008. Segundo esta decisão-quadro quando se verifica-se um dos crimes de associação criminosa previstos nas respectivas alíneas, existiria criminalidade organizada.

No entanto Figueiredo Dias, não concorda com esta solução, considerando que os conceitos de criminalidade organizada e crime de participação em organização criminosa são duas figuras díspares. (Dias, 2010: 25) Até porque a associação criminosa pode não tem por base a aquisição do lucro, enquanto que o crime organizado, como já vimos, centra-se na obtenção do mesmo. (Martins, 2013: 20) Contudo, considera que o conceito de criminalidade organizada deve incluir a prática de crimes de associação criminosa, pressupondo que para se haja a prática de um crime organizado se deve verificar um crime de participação em organização criminosa.

Em relação a esta segunda opinião, Augusto Silva Dias não concorda com esta posição de Figueiredo Dias, enumerando três argumentos que sustentam a sua opinião: que ao aceitar-se esta concepção, se estaria a esvaziar a importância do conceito de crime organizado, bastando que se verifique o crime de associação criminosa para a aplicação deste regime excepcional; por poder existir casos em que se pratica crimes de forma organizada e não se encontram previstos os elementos típicos do artigo 299 do CP; e, como último argumento, que o legislador na lei 5/2002, consagrou um conjunto de crimes que pode ser cometido de modo organizado e que são autónomos em relação ao crime de associação criminosa. (Dias, 2010: 26-27) Podemos ainda acrescentar outro argumento, pois uma associação criminosa pode-se construir tendo como objectivo meramente o exercício de um único acto criminoso, dispersando-se após atingir esse desiderato (Caires, 2012: 474), enquanto que, uma organização de crime organizado, forma-se para perdurar no tempo, cometendo diversos ilícitos criminosos.

Avança, assim, com outra teoria para tornar o conceito de crime organizado conforme aos princípios constitucionais, *“que, reconhecendo embora a necessidade da intervenção legislativa, concede um amplo espaço à correcção interpretativa dentro dos limites impostos pelos princípios da separação de poderes e da reserva da lei. Na verdade, a intervenção legislativa é indispensável sobretudo no que tange à rectificação das*

disparidades entre o catálogo do artigo 1º do CPP e o do artigo 1º da Lei 5/2002, tendo em vista a uniformização daquele conceito na ordem jurídica nacional. Por seu turno, a interpretação correctiva, de sentido restritivo, permite adequar a objectividade dos catálogos de cada um dos preceitos ao princípio da proporcionalidade e à fenomenologia do crime organizado”. (Dias, 2010: 27)

Não sendo possível, em virtude do princípio constitucional da proporcionalidade, aplicar este regime a crimes de pequena gravidade sacrificando-se direitos e garantias do arguido. Um exemplo é o crime do tráfico de influências, que é punível com pena de prisão (ou mesmo pena de multa) entre 6 meses e 3 anos e ao qual segundo o artigo 1º alínea d) da lei 5/2002, é aplicado este regime excepcional. (Dias, 2010: 28) Como tal, deve-se relacionar o crime praticado com o conceito de crime organizado, de modo, a afastar os comportamentos, a que não seja exigível a aplicação deste regime excepcional, em virtude de não podermos considerar aquele crime como criminalidade organizada, mesmo fazendo parte do catálogo. É, assim, necessário que se realize *“uma redução teleológica do âmbito de aplicação do catálogo de modo a que o mesmo apenas possa abranger as realidades para as quais foi concebido: o combate à criminalidade organizada e económico-financeira”*, afastando-se a criminalidade de menor gravidade, e evitando-se uma aplicação desproporcionada deste regime jurídico. (Caires, 2012: 477)

É, igualmente para Augusto Silva Dias, necessário que os crimes previstos em ambos os artigos sejam praticados de forma organizada. Mesmo quanto aos crimes onde se admite que são essencialmente praticados de forma organizada (verificando-se uma presunção no artigo 1º número 2 da lei 5/2002), é passível de ser admitida prova em contrário. A sua concepção tem por base o artigo 2 alínea a) da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, onde se estabelece uma definição de grupo criminoso. Esta definição deve ser articulada e conjugada com os artigos em análise de modo a aferir-se se os crimes previstos no artigo 1º alínea m) e artigo 1º da Lei 5/2002, foram praticados de forma organizada ou não. (Dias, 2010: 28-29) *“Assim, a aplicação das medidas extraordinárias aos crimes previstos na alínea m) do n.º 1 do art.º 1.º do CPP e nas als. j) a n) do art.º 1.º da Lei carece da comprovação positiva da sua comissão de forma organizada, ao passo que a aplicação de tais medidas aos crimes referidos nas als. a) a i) do último preceito cede perante a comprovação negativa da sua prática organizada, isto é, perante a prova de que a sua realização não corresponde aos elementos da definição”.* (Dias, 2010: 29)

João Davin vai ainda mais longe considerando que mesmo que sejam praticadas estas actividades de forma organizada⁴, pode não se verificar um caso de crime organizado. Separando os conceitos de “forma organizada” de crime organizado, tendo para existir crime organizado de se verificar uma “organização”, isto é, aquilo que podemos designar como uma estrutura organizada, estabelecendo-se entre os seus membros, as relações hierárquicas naturais do crime organizado. (Davin, 2007: 103-104)

Outra teoria avançada para a definição deste conceito, tem por base a técnica dos exemplos-padrão apontada por Manuel Costa Andrade, que se aplicaria através da analogia, onde seria crime organizado os comportamentos que “*cumulativamente*” preencham algum dos crimes do catálogo da lei 5/2002, e aos quais se exigível que se verifique o emprego desse catálogo. Assim, não basta que esses comportamentos preencham o catálogo, deve-se fazer um juízo sobre se eles integram “a *categoria da criminalidade organizada*”. De modo, a excluir comportamentos que embora façam parte do catálogo, não se consustanciam em situações de crime organizado. Aplicando-se este raciocínio tanto para a criminalidade altamente organizada (prevista no art.º 1 do CPP), como para a criminalidade organizada (lei 5/2002, de 11 de Janeiro). (Caires, 2012: 470-471)

Esta concepção ao exigir que o comportamento esteja previsto no catálogo pode ser passível de uma crítica, que é de podermos excluir comportamentos que embora sendo valorados como crime organizado, não estão previstos no catálogo. Faltando um dos requisitos cumulativos para se considerar aquele comportamento como crime organizado. Concordamos com João Gouveia de Caires, ao considerar que esta crítica não tem fundamento, porque a lei deverá estar de acordo com as ocorrências da vida real, sendo da competência do legislador ter em conta o desenvolvimento ou as alterações a estas ocorrências e legislar de acordo, de modo a que esses comportamentos estejam, como tal, previstos no catálogo (sendo mais fácil verificar-se uma alteração legal no catálogo da lei 5/2002, do que ao CPP). Considerando o mesmo autor, que na circunstância do legislador ter estado “desatento” e não ter consagrado um determinado comportamento, que se considere como crime organizado, no catálogo, embora não se apliquem estes regimes àquela conduta, este estará sobre a alçada das outras normas do direito processual penal. (Caires, 2012: 472)

⁴ Pense-se, por exemplo, num caso de quatro indivíduos que pretendem assaltar uma dependência bancária, e para tal precisam do conhecimento e envolvimento de todos. Daí, decidem actuar de acordo com esse objectivo, verificando-se um entendimento entre eles para a prática daquele ilícito.

No entanto esta questão já nos parece um problema, pois embora se possam aplicar estas normas, muitas vezes estes meios “tradicionais” não se mostram ajustados para uma efectiva investigação. O próprio legislador teve em conta esta problemática ao consagrar os meios probatórios da lei 5/2002, de 11 de Janeiro, se este acha-se que os meios “tradicionais” fossem ajustados para esta investigação, não teria criado aquele diploma legal.

Contudo, tendo por base a consagração deste conceito, deve-se privilegiar a “*taxatividade*” do catálogo, pois embora apresente as desvantagens já enunciadas, estas são ofuscadas em face das vantagens apresentadas, que se traduzem em permitir mais facilmente a individualização de um conceito de forma mais segura, traduzindo-se em “*certeza e segurança jurídica*”. (Caires, 2012: 472)

Assim e tendo em conta os conceitos atrás enunciados e segundo a teoria proposta por Costa Andrade, podemos definir criminalidade organizada como as conductas praticadas de forma contínua, podendo ser lícitas ou ilícitas e sempre com vista a obtenção de um elevado lucro, por parte de uma estrutura hierárquica organizada, que tem vontade própria e objectivos estratégicos a cumprir, e onde se aplica uma disciplina interna rígida. Trata-se de um conceito bastante abrangente, mas tendo em conta as particularidades já enunciadas sobre o crime organizado, parece-nos o mais acertado.

1.4 Crime organizado em diplomas internacionais

No âmbito internacional tem-se verificado, nos últimos anos, uma grande preocupação com a criminalidade organizada, daí o surgimento de diversos instrumentos internacionais sobre esta matéria, essencialmente, no âmbito das Nações Unidas e do Conselho da União Europeia.

Esta preocupação é demonstrada logo no 5º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra na Suíça, em 1975, onde foi abordada a vertente lucrativa do crime organizado, a corrupção e o branqueamento de capitais.

O 6º Congresso das Nações Unidas, realizou-se em Caracas na Venezuela em 1980, onde se estabeleceram estratégias de prevenção do crime e houve uma preocupação quanto “*ao abuso de poder económico das grandes empresas transnacionais*”.

No 7º Congresso das Nações Unidas de 1985, adoptou-se o Plano de Acção de Milão, onde se considerava o crime como um problema global e recomendava uma acção conjunta dos estados para eliminar o tráfico de estupefacientes, o terrorismo e o crime

organizado, tanto no âmbito nacional como internacional. Tendo posteriormente a Assembleia Geral dando ênfase à prioridade de aplicação das recomendações por parte dos estados, reconhecendo a gravidade destas práticas criminosas, através das suas resoluções: 41/107 de 4 de Dezembro de 1986; 42/59 de 30 de Novembro de 1987; 43/99 de 8 de Dezembro 1988; do Conselho Económico e Social, resoluções 1986/10 de 21 de Maio de 1986; e 1987/53 de 28 de Maio de 1987.

Já em 19 de Dezembro de 1998, surge a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (também conhecida como Convenção de Viena), e que constitui o principal instrumento de direito internacional sobre a criminalidade organizada que se dedica à prática de tráfico de estupefacientes. Embora o seu objecto seja, essencialmente o tráfico de estupefacientes, esta convenção tem a particularidade de ter consagrado *“a relação existente entre o tráfico ilícito e outras actividades criminosas organizadas com ele conexas que minam as bases de uma economia legítima e ameaçam a estabilidade e a soberania dos Estados”*. (Davin, 2007: 88) Até porque o tráfico de estupefacientes se tornou numa das actividades centrais das práticas destas organizações, derivado ao seu potencial imensamente lucrativo. (Martins, 2013: 15)

Posteriormente, consagrou-se os Princípios Orientadores para a Prevenção e Repressão do Crime Organizado, no 8º Congresso das Nações Unidas de 1990, realizado em Havana, Cuba, e que teve uma grande incidência no crime organizado. Neste documento consagrou-se um conjunto de medidas que se dividiram em medidas nacionais e de cooperação internacional para prevenir, investigar e combater o fenómeno do crime organizado. Os pontos que nos merecem maior atenção são:

“2. Deveriam promover-se a pesquisa sobre as estruturas do crime organizado e a avaliação da eficácia das contramedidas existentes, dado que as mesmas podem contribuir para assegurar, em bases mais sólidas, os programas de prevenção. Por exemplo, a pesquisa sobre a corrupção, respectivas causas, natureza e efeitos, as correspondentes ligações com o crime organizado e com as medidas anticorrupção, constitui um requisito necessário para elaborar programas de prevenção.

9. Deveria dirigir-se a atenção sobre os novos métodos de inquérito penal e sobre as técnicas elaboradas nos diversos países para seguir "a pista do dinheiro". São importantes, a este respeito, as ordens, emanadas das autoridades competentes, prevendo a produção ou a busca e a apreensão de qualquer documento relacionado com a pista do dinheiro, nomeadamente as ordens dadas às instituições financeiras no sentido de

fornecerem todas as informações que permitam descobrir ou seguir a dita pista, nomeadamente dados precisos sobre as contas pertencentes a uma pessoa determinada ou sobre toda e qualquer transacção de mercadoria suspeita ou não habitual, com a obrigação de indicar estas últimas à autoridade competente. Os bancos e outras instituições financeiras não deveriam prevalecer-se do princípio da confidencialidade, perante uma ordem emitida pela autoridade judicial competente.

10. A intercepção das telecomunicações e o recurso à vigilância electrónica são também meios de luta eficaz, com a reserva, porém, de que os direitos do homem sejam devidamente respeitados.

14. Dadas as dimensões internacionais do crime organizado, é preciso elaborar urgentemente novos e eficazes acordos de cooperação, de âmbito mais global. A troca de informação entre os serviços competentes dos Estados membros é igualmente uma actividade importante que é preciso reforçar e desenvolver.

17. Deveriam elaborar-se estratégias específicas e métodos que visassem uma melhor delimitação entre mercados financeiros legítimos e mercado de capitais ilícitos”. (Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, 1990)

Estes pontos comprovam a preocupação face ao crime organizado, especialmente quanto aos estados com sistemas políticos e económicos mais fragilizados e, como tal, com menor capacidade de exercer uma função repressiva quanto a estas organizações. Dois dos principais focos são a recomendação de novos meios de obtenção de prova, tanto encobertos como técnicos, e a cooperação entre os diversos países, devido ao carácter transnacional deste tipo de criminalidade.

Em 1994, em Nápoles, reuniu-se a Conferência Ministerial Mundial sobre o Crime Organizado e, onde foi reconhecido o enorme desenvolvimento que o crime organizado obteve nos últimos anos.

Esta progressiva evolução do crime organizado originou a criação de um Comité, através da resolução 53/111 da Assembleia Geral das Nações Unidas, com vista a criação de uma convenção contra o crime organizado. (Davin, 2007: 88) O trabalho desenvolvido levou a criação da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada de 2000 (também conhecida como a Convenção de Palermo). Trata-se do principal texto internacional referente ao tema do crime organizado e que entrou na ordem jurídica portuguesa através da resolução da Assembleia da República n.º 32/2004.

Está enumerada no seu artigo 2º alínea a), que um grupo criminoso organizado é “*um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e actuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infracções estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material*”. (Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, 2000).

Embora seja inequívoca a utilidade desta definição (como já anteriormente demonstrados), ela é bastante “aberta”, para permitir um ajuste por parte dos países signatários para o seu ordenamento interno (Rawlinson, 2010: 292), o que, por outro lado, origina uma crítica, pois “*não vai muito mais além da descrição da cumplicidade (ou de um grupo)*”, perdendo-se uma oportunidade para uniformizar um conceito de crime organizado em termos internacionais (Albrecht, 2010: 75), o que na nossa opinião, dificulta a investigação, especialmente quando estamos frente a casos de criminalidade transnacional em que é necessária a cooperação entre os países.

Também no artigo 20º número 1 da respectiva convenção, se prevê que “*se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico o permitem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições previstas no seu direito interno, adoptará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas controladas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância electrónica ou outras formas de vigilância e as acções encobertas, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.*” (Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, 2000).

Como podemos verificar, o combate ao crime organizado por parte da ONU incide sobre os seguintes pilares: a criação de diversos textos internacionais que versam sobre a matéria e o seu cumprimento por parte dos estados signatários; o desenvolvimento da cooperação em termos das instâncias judiciais dos diversos países, devido ao carácter transnacional que o crime organizado apresenta; e, a consagração de novos meios de obtenção da prova e reforço das competências técnicas dos elementos das polícias investigatórias dos diversos países. (Braz, 2010: 267)

Incidindo agora no âmbito europeu, encontramos a Acção Comum do Conselho da União Europeia, que foi adoptada em 21 de Dezembro de 1998. Consagrando-se no artigo primeiro que uma organização criminoso é “*a associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista*

cometer infracções puníveis com pena privativa da liberdade ou medida de segurança privativa da liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infracções constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a actuação de autoridades públicas”.

No artigo 4º número 2 reforça-se a vertente de cooperação ao afirmar-se, “*sempre que vários Estados-membros sejam competentes para conhecer dos actos de participação numa organização criminosa, deverão concertar-se para coordenar os seus esforços a fim de exercerem eficazmente a acção penal, tendo em conta, nomeadamente, o local em que se encontrem os diferentes elementos da organização no território dos Estados-membros em questão*”. (Conselho da União Europeia, 1998)

O objectivo deste diploma foi a consagração de um conceito comum de crime organizado nos estados europeus e de uma maior cooperação entre os mesmos, para efeitos de uma investigação e repressão a este fenómeno criminoso mais eficaz.

Tal como já referimos quanto a Convenção da ONU sobre a Criminalidade Organizada Transnacional, também em relação a este diploma legal, não podemos dizer que consagra um conceito de crime organizado que consiga atingir a necessária uniformização entre os estados. Esta indefinição sobre o conceito de crime organizado leva a que em termos europeus se defenda deixar de falar sobre crime organizado e se passe a falar sobre rede criminosa, incidindo-se nas características das organizações. (Albrecht, 2010: 76)

2. Métodos ocultos de investigação

Como podemos ver o crime organizado acarreta consequências nefastas para a sociedade, como tal, torna-se imperioso que se proceda a um combate eficaz, e, desse modo, é necessário que se apliquem novos métodos de obtenção da prova – os métodos ocultos de investigação.

Os métodos ocultos de investigação são “*aqueles métodos que representam uma intromissão nos processos de acção, interacção, informação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que as mesmas disso tenham consciência, conhecimento ou disso sequer se apercebam*”. (Rodrigues, 2010: 37)

Podemos enunciar como parte do elenco destes meios de prova na investigação do crime organizado, e sobre os quais vai incidir o nosso estudo: os “homens de confiança”, onde se vai incluir a figura central do nosso trabalho, que é o agente infiltrado; a localização geográfica; o registo de voz e imagem e contributo dos “arrepentidos”.

Estes novos meios de obtenção de provas, embora já tendo surgido anteriormente, tiveram um elevado desenvolvimento nos últimos anos, fruto do progresso tecnológico, permitindo uma maior expansão dos meios já existentes e possibilitou o aparecimento de novos meios. (Costa Andrade, 2009a: 105) Conjugado a este desenvolvimento passou a existir uma nova concepção “securitária” do direito penal (cfr. ponto 2.2), que tem acarretado a diminuição das garantias dos cidadãos e a conseqüente violação dos seus direitos fundamentais. (Costa Andrade, 2009b: 528), existindo uma cada vez maior propeção para a utilização dos mesmos, face ao desenvolvimento que a criminalidade tem obtido, de modo a atingir-se uma maior eficácia na investigação criminal. (Rodrigues, 2010: 38) Foi assim fértil o “terreno” para a utilização massificada destes métodos.

A utilização cada vez mais recorrente a estes métodos não vai cessar, pois são estritamente necessários para a repressão dos fenómenos criminais (nos quais se enquadra o crime organizado), para além de com o progresso tecnológico existir uma tendência para estes métodos se expandirem. Todavia, estes métodos arrastam consigo consequências nefastas para os “alvos” dos mesmos, pois levam ao sacrifício de uma grande variedade dos seus direitos fundamentais, muitas vezes sem que estes se apercebam e consigam reagir contra eles. O professor Costa Andrade enumera um conjunto de direitos potencialmente violados: “*privacidade/intimidade, palavra, imagem, inviolabilidade do domicílio*”. (Costa Andrade, 2009a: 106) Podendo ainda acarretar consequências para as garantias do arguido, como sejam o direito a recusar prestar depoimento, o princípio *nemo*

tenetur se ipsum accusare (cfr. ponto 2.3) (ou o direito ao silêncio), o que leva a uma situação em que o arguido pode contribuir para a sua própria condenação de forma inconsciente. (Costa Andrade, 2009a: 107) Verificando-se em confronto o princípio da investigação (e da descoberta da verdade material) e os direitos fundamentais dos visados.

Como as investigações ocultas tem adquirido uma tão grande importância em determinados tipos de investigação criminal, isto leva a que a fase de julgamento se possa traduzir meramente na apresentação das provas obtidas através destes métodos, tendo o juiz um papel “menor”, em relação as entidades de investigação criminal. O que leva a que a doutrina afirme que o arguido no processo penal, se tem aproximado cada vez mais de um “*mero objecto do processo*”. (Costa Andrade, 2009a: 107)

Ser considerado oculto significa que o arguido só tem conhecimento deles depois de estes serem realizados, podendo a medida já ter violado os seus direitos fundamentais, o que impossibilita uma capacidade de reacção, mesmo que o arguido tenha razão, pois afigura-se de muita dificuldade que o arguido consiga provar que na altura de instauração da medida oculta, não existia uma suspeita que pode-se fundamentar a instauração deste meio de investigação, porque o próprio método oculto já pode ter aumentado a probabilidade da prática de um crime por parte do arguido. (Costa Andrade, 2009a: 107-108)

Não existe um “*sistema*” dos métodos ocultos de investigação no ordenamento jurídico português, antes se encontrando espalhados ao longo de vários diplomas legais, como por exemplo, temos a localização geográfica no código processo penal, os agentes encobertos na lei 101/2001, ou os registo de voz e imagem na lei 5/2002, existindo ainda outros meios que vão surgindo em virtude do progresso tecnológico e que não se encontram previstos em nenhum diploma legal. (Rodrigues, 2010: 48)

É, assim, criticável na opinião do professor Costa Andrade a inércia do legislador aquando da revisão ao código de processo penal de 2007, a não ter prestado destaque a estes métodos. Considerando que devia ter consagrado tal sistema, trazendo os métodos ocultos consagrados em diplomas extravagantes para o código de processo penal, tal como foi realizado pelo legislador alemão, e consagrar os novos meios que ainda não estão previstos na lei. (Costa Andrade, 2009a: 108-109)

Esta solução merece o nosso anuimento traduzindo-se numa solução vantajosa. Pois, permite que se institua uma regime para os métodos ocultos, “*que tenha em linha de conta o paradigma constitucional ponderado e codificado em matéria de restrição ou limitação de direitos fundamentais para efeitos de investigação criminal*”, onde teríamos

requisitos mais gravosos conforme se aumentasse a danosidade desse método para os direitos do arguido, de acordo com o princípio da proporcionalidade, de modo a que não ocorra o que se verifica actualmente, onde temos métodos que interferem menos com os direitos do arguido mas que têm requisitos para a sua aplicação mais gravosos do que métodos que têm uma maior probabilidade de devesa dos direitos do arguido. (Rodrigues, 2010: 48) Individualizando cada método e estabelecendo uma diferença entre o potencial violador dos direitos fundamentais do arguido em relação a cada um deles, estabelecendo quase um regime “hierárquico”. Devendo-se estabelecer estes métodos para uma criminalidade mais gravosa (e não para as chamadas “bagatelas” penais), claramente referimo-nos a criminalidade organizada, sobre a qual incide o nosso estudo e que é a criminalidade mais gravosa no actual contexto, invocando-se um provérbio popular que é “combater o fogo com o fogo”, isto é, utilizando-se meios de prova que embora acarretem um grande potencial de devesa, são bastante eficazes só para a criminalidade que mais danosidade origina para a sociedade e para a qual os meios de prova tradicionais se mostram desajustados. (Rodrigues, 2010: 49) Sendo que o objectivo desta consagração é mitigar uma utilização exercitada destes meios de investigação. (Costa Andrade, 2009a: 110)

A utilização destes métodos levanta duas questões. A primeira corresponde a consagração do direito a recusar depoimento concedido ao arguido, quando se está no âmbito de uma investigação onde se utilizou um método oculto de investigação, pois a utilização deste método pode contrastar com este direito. (Rodrigues, 2010: 49-50) Pense-se numa situação de registo de voz, onde embora o arguido se recuse a prestar declarações, através do objecto do registo, isto é, das gravações, ele pode prestar declarações que o incriminam. Pretende-se com este direito evitar formas de auto-incriminação, isto é, que o arguido contribua para a sua própria condenação, e até mesmo têm implicações em terceiros, ao dispensá-los de prestar declarações, tanto no âmbito familiar (v.g. um familiar recusar prestar depoimento que pode condenar o suspeito) ou de segredo profissional (v.g. depoimento de um sacerdote religioso). (Costa Andrade, 2009a: 110) A outra questão refere-se a protecção do núcleo essencial da intimidade da vida humana, que é essencial a dignidade da pessoa humana (Rodrigues, 2010: 50) e que se estende a todos os métodos ocultos de investigação. Sendo que actualmente a doutrina afirma que a intimidade da pessoa humana deve ser preservada e como tal não pode ser violada por parte destes métodos de investigação, possuindo uma “*tutela absoluta*”. (Costa Andrade, 2009a: 111)

A expansão destes métodos – e o surgimento de novos – têm estado intimamente ligado com a evolução da tecnologia, contudo, do lado dos direitos fundamentais também se tem verificado uma “elasticidade”, tendo vindo estes a alargarem-se a situações que merecem protecção e que só decorrem derivado ao progresso tecnológico, sendo hoje entendimento que este alargamento ocorre mesmo sem consagração prévia (Rodrigues, 2010: 71-72), pense-se, por exemplo, no caso da internet que para além de permitir novos meios de obtenção de prova, originou um novo “espaço”, onde era necessária a protecção da pessoa humana e, assim, o âmbito de protecção dos direitos fundamentais alargou-se de modo a acarbar estas situações.

Estes métodos, no seu conjunto, relacionam-se com uma tríplice de matérias problemáticas: os direitos fundamentais; o "direito penal do inimigo"; e, o principio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Torna-se, como tal, necessário que se faça uma abordagem a estas matérias, iniciando-se esta análise, com os direitos fundamentais, mais concretamente, com o regime previsto para que se verifique uma restrição.

2.1 O regime constitucional da restrição dos direitos fundamentais

Já visto o confronto verificado entre a exigência da administração da justiça e a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, o que se traduz na impossibilidade de um exercício na sua plenitude de ambos, devemos agora analisar a solução para a resolução desta questão.

Esta solução encontra-se prevista no regime da restrição constitucional dos direitos fundamentais que vai “*por um lado, estabelecendo restrições aos direitos fundamentais em causa directamente ou por remissão para a lei ordinária; e, por outro lado, estabelecendo limitações aos interesses do processo penal interditando-lhe intromissões abusivas nos direitos em causa sempre que se pretenda obter prova, conseguindo desta forma a harmonia desejada por qualquer Estado de Direito*”. (Meireis, 1999: 169)

Este regime encontra-se previsto no artigo 18º da CRP. Este artigo prescreve um conjunto de pressupostos para que se aplique uma restrição de um direito fundamental. Podemos dividir estes pressupostos em pressupostos com natureza material – a restrição deve ser prevista na Constituição; vise salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; que se circunscreva ao necessário para salvaguardar esse direito (princípio da proporcionalidade); e que se verifique a salvaguarda do núcleo essencial do direito – e com natureza formal – exigência de uma lei geral e abstracta; a não

retroactividade da lei; e a reserva de lei restritiva por parte da AR ou do Governo. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 388)

A existência destes requisitos demonstra o propósito do legislador constitucional a consagrar um regime limitativo para a restrição dos direitos fundamentais. Embora para que se restrinja um direito fundamental seja necessário que se verifiquem pressupostos bastante restritos, o legislador afastou um regime excepcional de restrição dos direitos fundamentais. (Miranda & Medeiros, 2010: 317)

No âmbito da restrição de direitos fundamentais podemos ter as intervenções restritivas. Estas “*consistem em actos ou actuações das autoridades públicas, restritivamente incidentes, de modo concreto e imediato, sobre um direito, liberdade e garantia ou direito de natureza análoga*”. Um exemplo apontado por Gomes Canotilho e Vital Moreira é a aplicação judicial da prisão preventiva. Existindo uma vinculação destas intervenções restritivas aos princípios constitucionais da restrição dos direitos fundamentais. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 388)

Dever-se-á fazer uma separação entre a restrição de direitos fundamentais e a sua delimitação do âmbito de protecção do direito, só podendo haver restrição quando esse âmbito de protecção se encontra definido, como tal, a delimitação do âmbito do direito vai proceder uma possível restrição. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 388-389) Esta operação de delimitação do direito fundamental leva a que se excluam as ocorrências nele, que não tenham um âmbito constitucional. (Miranda & Medeiros, 2010: 369) A delimitação subdivide-se em três situações: quando é a própria Constituição que impõe um limite ao âmbito de um determinado direito fundamental, podendo a lei materializá-lo; quando a Constituição envia para a lei a demarcação de um aspecto de um direito fundamental, indo a lei desenvolver essa demarcação; e, por fim, quando a Constituição atribui à lei a possibilidade da demarcação do âmbito de protecção do direito. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 388-389)

Existem ainda casos em que se pretende através de lei incluir limites que não se encontram expressamente previstos no texto Constitucional, mas que em virtude de poderem acarretar um conflito com outros direitos, devem-se considerar como implicitamente decorrentes do texto Constitucional. Tratam-se das situações que a doutrina vulgarmente se refere como “*limites imanentes*”. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 389)

Para que se apliquem estas restrições, deve-se ter em consideração três limites: que a lei incida sobre um limite presente na Constituição e o concretize, isto é, embora não o prevendo expressamente podemos através da interpretação do direito fundamental ou dos

princípios constitucionais (Miranda & Medeiros, 2010: 367), encontrar implícito uma limitação ao mesmo; que seja necessário a limitação daquele direito, decorrente do confronto com um ou mais outros direitos fundamentais; e, que só seja restringido o absolutamente necessário para ultrapassar a situação de confronto dos direitos. É necessário que os bens em confronto tenham natureza constitucional, não sendo justificativo que se verifique uma restrição deste tipo, quando estamos perante um confronto de um direito fundamental expressamente consagrado na Constituição em relação a um direito de âmbito infraconstitucional. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 389-390)

Referimo-nos agora aos pressupostos previstos para a restrição do exercício dos direitos fundamentais e, como já enunciamos, que se divide em pressupostos com natureza material ou formal.

A primeira exigência é que a restrição esteja prevista na Constituição. Este pressuposto pode verificar-se em duas situações: numa, é a própria Constituição que prevê essa limitação, competindo à lei restritiva meramente se referir a norma constitucional; na outra, a Constituição consagra uma limitação mas não a particulariza, competindo a lei discriminar essa limitação. Não se podendo esquecer os casos anteriormente referidos (limites imanentes) onde a própria Constituição não prevê qualquer restrição, mas que ela se torna necessária em virtude da colisão do âmbito de protecção dos direitos fundamentais. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 391)

O segundo requisito é que a restrição terá de visar proteger um direito ou interesse constitucionalmente protegido. Denota-se a exigência que o direito seja constitucionalmente protegido, que o legislação constitucional pretendeu afastar que se restrinjam direitos para salvaguardar direitos que não tenham a mesma dignidade de um direito constitucionalmente previsto. Para além dos direitos previstos na constituição, também é causa justificativa de uma restrição de um direito fundamental um interesse constitucional que tenha uma ligação intrínseca com o direito fundamental que se visa restringir, embora nem todos os interesses constitucionais são causa justificativa para que se verifique uma restrição. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 391-392)

Como terceiro princípio material temos o princípio da proporcionalidade. Neste, visa-se fazer uma análise dos meios usados, tendo em conta o que se pretende atingir, e subdivide-se em três pressupostos: adequação; necessidade; e a chamada proporcionalidade em sentido estrito. (Miranda & Medeiros, 2010: 373)

Na adequação, a lei restritiva deve ser ajustada, tendo em conta o que se pretende atingir, pois, como já referimos, o âmbito de restrição dos direitos fundamentais não admite qualquer causa de justificação da restrição (Miranda & Medeiros, 2010: 374), tendo de consubstanciar-se num direito ou bem constitucionalmente protegido, que entre em confronto com o direito que se pretende restringir.

A medida restritiva é a necessária quando não se podia alcançar aquele desiderato (fim pretendido), através de outra lei que acarreta-se um potencial menos lesivo para os direitos fundamentais. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 392-393) Assim, o *“termo de comparação a usar no cotejo das diferentes alternativas há-de ser o resultado de uma análise custo/benefício de cada um dos meios à disposição do legislador”*. (Miranda & Medeiros, 2010: 376)

E, por último, temos a proporcionalidade em sentido estrito – ou, como também é designada, proporcionalidade strito sensu –, nesta medida pretende-se afastar restrições excessivas face ao objectivo pretendido, traduzindo-se assim, numa *“justa medida”* (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 393), isto é, *“a ideia de proporcionalidade em sentido estrito vela pela necessidade de evitar soluções legais demasiado desequilibradas, em que a justa cedência de um direito face de outro, se transforme, por falta de contestação do legislador, numa verdadeira capitulação”*. (Miranda & Medeiros, 2010: 378)

Este princípio reveste uma grande importância na aplicação de uma lei restritiva, daí que a doutrina o tenha destacado e o considere como o principal pressuposto para a aplicação de uma lei restritiva, e a jurisprudência cada vez mais incida sobre ele na apreciação da constitucionalidade de uma lei restritiva. (Miranda & Medeiros, 2010: 380)

Como último pressuposto material da restrição temos a protecção do núcleo essencial do direito fundamental. Este encontra-se previsto na parte final do artigo 18º número 3 CRP. Significa que embora se possa restringir um direito, esta restrição não pode ser absoluta, isto é, incidir sobre a totalidade do direito, definindo-se uma parcela do direito que deve nunca poderá ser violada. Para se definir este núcleo essencial devemos ter presente a articulação entre os direitos fundamentais, de modo a que para a definição deste núcleo se deva de consolidar com a protecção de outros direitos ou interesses, mas, igualmente, se deve ter em conta o próprio direito que vai ser restringido, afastando-se aqueles comportamentos que não se enquadram no âmbito de protecção do direito, e incidindo sobre o bem jurídico que visa proteger, aferindo-se assim o *“seu conteúdo efectivamente garantido”* (Miranda & Medeiros, 2010: 397), de modo a que este não seja

totalmente “eliminado”, face a uma situação de conflito com outros direitos, verificando-se, nas palavras dos professores Gomes Canotilho e Vital Moreira, que este direito “*assegure a sua utilidade constitucional*”. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 395)

Iremos agora nós referir ao três pressupostos de natureza formal, que já anteriormente assinalamos. O primeiro pressuposto formal é que a lei restritiva tenha carácter geral e abstrato (artigo 18º número 3 primeira parte CRP). Isto significa que a lei restritiva se deve aplicar a uma generalidade de sujeitos e a um número indefinido de situações. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 383) A justificação desta exigência constitucional é a de traduzir segurança jurídica para a comunidade, de modo a quem a restrição de um direito fundamental não se cinja a um número restrito de pessoas, o que poderia levar a soluções discriminatórias e permitindo aos sujeitos da comunidade preverem a reacção jurídica aos seus comportamentos. (Miranda & Medeiros, 2010: 384)

O pressuposto seguinte é que a lei não tenha um carácter retroactivo (artigo 18 número 3 CRP). Visa que as restrições aplicadas a um direito só tenham efeitos após a entrada em vigor da lei restritiva, excluindo os comportamentos que precederam essa lei – produzindo só efeitos para o futuro. A exigência da consagração deste pressuposto é a de, igualmente, traduzir segurança jurídica para a comunidade, de modo, a que os cidadãos não vejam as suas posições jurídicas afectadas por uma lei posterior. Sendo este um dos pilares do estado de direito democrático. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 394) Contudo, uma parte da doutrina vem afirmando que esta não retroactividade só se aplica nos casos em que a lei pretende, com efeitos retroactivos, consagrar novas restrições ou aumentar restrições já existentes, não se traduzindo numa lei inconstitucional, mesmo com efeitos retroactivos, quando a lei prever soluções mais benéficas para os direitos fundamentais dos cidadãos. Assim, uma lei restritiva que produza efeitos retroactivos, será inconstitucional na parte que prever soluções mais prejudiciais para os direitos fundamentais dos cidadãos e, não será inconstitucional na parte em que prever soluções mais benéficas para esses mesmos direitos fundamentais. (Miranda & Medeiros, 2010: 387)

Por fim, temos o último pressuposto formal de uma lei restritiva, a reserva de lei restritiva por parte da Assembleia da República ou do Governo. A doutrina desdobra este pressuposto em duas concepções: “*a reserva de lei material e formal*”. A primeira diz que uma restrição de um direito fundamental só pode ser constitucionalmente válida, se for efectuada através de uma lei (entendendo-se a expressão “lei” com um contexto mais amplo). A segunda diz que esta “lei” deverá ser uma lei da Assembleia da República ou, – quando estejamos perante um caso de competência relativa da AR (artigo 165 da CRP) –,

um decreto-lei autorizado do Governo – visto que existem direitos fundamentais que fazem parte da reserva absoluta da AR, e como tal, não admitem uma autorização ao Governo. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 395-396)

2.2 A nova concepção “securitária” do direito penal – O direito penal do inimigo

Como já referido, o desenvolvimento verificado nas sociedades não trouxe só melhorias na vida das pessoas mas também acarretou condições nefastas, nomeadamente em termos criminais.

O crime organizado passou a ter uma incidência global (Fernandes, 2001: 36), tendo-se verificado uma maior preocupação dos estados, como é demonstrado pelos vários diplomas legislativos nacionais e internacionais. No entanto, esta preocupação não se reduz só aos diplomas legislativos, tendo levado a doutrina a formular uma nova teorização – o direito penal do inimigo.

Esta tese foi construída por Günther Jakobs, jurista alemão, tendo sido apresentada no Seminário de Direito Penal, na cidade de Frankfurt, em 1985. No entanto, devido as críticas dirigidas a mesma, verificou-se um afastamento temporário, tendo surgido novamente no ano de 2003. Ancorada nos sentimentos de insegurança, originários da sociedade de risco, e exponenciados pelos atentados terroristas ocorridos nesse espaço temporal, esta teoria foi florescendo.

O entendimento de Jakobs é influenciado por filósofos da Antiguidade Clássica (como Platão) e teóricos do contratualismo. Considera que como os defensores do contratualismo têm uma concepção de um estado “criado” através de um contrato, o criminoso ao não respeitar a ordem jurídica, está a violar o contrato e logo a excluir-se da sociedade, não podendo ser considerado um cidadão. Tem assim como fundamento, dar resposta as exigências da sociedade face aos novos tipos de criminalidade. (Fernandes, 2011: 4, 6)

É uma teoria que encontra acolhimento nas legislações europeias e norte-americana, essencialmente em três tipos de criminalidade: a criminalidade organizada, o terrorismo e a delinquência sexual contra crianças. (Canotilho, 2009: 22)

A tese divide o direito penal em dois modelos: num lado temos o direito penal dito comum – que irá ser aplicado ao cidadão – e do outro, temos o direito penal que irá ser aplicado ao “inimigo”.

Quem são os sujeitos qualificados como “inimigos” segundo esta tese? Segundo Hélène Fernandes são “*indivíduos pertencentes a organizações terroristas, redes organizadas de crime, bem como delinquentes cujos crimes possuam uma natureza particularmente grave, violenta ou de cariz sexual*”. (Fernandes, 2011: 5) Tratam-se, assim, de acções que são gravemente lesivas para a norma jurídica e para o Estado, o que na óptica de Jakobs, terá de originar a sua exclusão do direito penal do cidadão.

Nas palavras de Gomes Canotilho, “*o inimigo nega-se a si próprio como pessoa, aniquila a sua existência como cidadão, exclui-se de forma voluntária e a título permanente da sua comunidade e do sistema jurídico que a regula*”.

Com esta enumeração de sujeitos, denota-se que a aplicação da pena vai ter em conta o autor e não a conduta praticada, o que é um modelo dos regimes totalitários. Esta pena deve ter em conta o nível de perigosidade que o sujeito acarreta para a sociedade, sendo possível o uso de medidas de segurança de forma preventiva, para evitar a ocorrência de futuros danos. O autor não vai ser julgado pelo facto ilícito, mas sim tendo em conta a perigosidade que representa para a sociedade. A finalidade das penas vai deixar de ter uma componente integradora, para passar a ter uma vertente de “*neutralização*”. Esta situação poderá levar a uma segregação dos elementos que a maioria da comunidade considera como indesejáveis, atribuindo-lhes um grau de perigosidade (como por exemplo, considerar uma certa etnia como membros do crime organizado). (Canotilho, 2009: 23)

É uma teoria que se insere no funcionalismo sistémico, que consiste na protecção da norma, assim a protecção dos bens jurídicos verificar-se-ia apenas de uma forma reflexa. Esta concepção vai levar a pôr-se em causa os princípios jurídicos de um estado de direito, e do próprio direito penal, pois a sua função principal deverá ser a protecção dos bens dos cidadãos e da comunidade e não das normas jurídicas (o que só deverá acontecer indirectamente).

Quanto ao tipo de ilícitos que origina a aplicação deste direito do “inimigo”, estes na opinião de Hélène Fernandes, vão ser crimes que atentam contra a ordem pública e não contra o estado, pois vão violar valores próprios da comunidade.

Como já foi dito, este modelo vai permitir a redução de garantias fundamentais, com origem em actos políticos ou legislativos, violando direitos constitucionalmente previstos. Os mais importantes para a análise do nosso trabalho serão o direito da reserva da vida privada e o direito à presunção de inocência.

Para além da aplicação do direito penal do inimigo, temos o direito penal do cidadão. Este deve ser aplicado quando o acto praticado não consubstancie uma tal

gravidade para ser qualificado como um atentado para o estado, nas palavras de Hélène Fernandes, quando “*represente um mero deslize no dever de observância da lei*”. Assim irá manter o seu estatuto e garantias fundamentais enquanto cidadão. (Fernandes, 2011: 9)

Na nossa opinião, o tratamento discriminado dos sujeitos em virtude da prática de determinados crimes não é merecedor de conformidade constitucional, considerando muito assertiva a afirmação de Maria Fernanda Palma, de que a ordem jurídica de um estado, “*exactamente por pretender ser Direito, não pode conceber uma qualquer pessoa como seu inimigo, sob pena de deixar de ser, quanto a essa pessoa, Direito*”. (Maria Fernandes Palma, “O Princípio da desculpa em direito penal” Apud Caires, 2012)

Justificando-se desde logo, pela violação de uma pedra angular num estado de direito, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, e do qual têm por base os outros direitos fundamentais (que também irão ser violados, tais como: o direito à liberdade, direito à reserva da vida privada, direito à presunção de inocência e outros). Não podendo este princípio ser violado pois ele é algo inerente a qualidade do Homem como pessoa, sendo anterior ao Estado. Mesmo uma alteração Constitucional no sentido de se adaptar a esta concepção, seria, igualmente, alvo das mesmas críticas.

Não podemos assim, nos conformar com esta teorização do direito penal do inimigo, pois não salvaguarda as garantias de um indivíduo, considerando-o já como culpado, ou “mitigando” o seu direito de presunção de inocência, algo que não deve ser aceitável na concepção das sociedades modernas.

No entanto, esta teoria tem a vantagem de colocar em discussão a fragilidade das organizações estaduais frente ao crime organizado. Trata-se, assim, de algo que deve ser analisado no nosso trabalho em virtude de pretender-mos demonstrar a forma como se procede a investigação da criminalidade organizada e os seus meios de prova.

2.3 O princípio da proibição da auto-incriminação – *Nemo Tenetur se Ipsum Accusare*

Este princípio desdobra-se em duas concepções. Uma em que é consagrado ao arguido o direito a não prestar declarações (ou ao silêncio); e outra, onde se consagra o direito a não contribuir com meios de prova para o processo. (Mendes, 2014: 209) Este princípio impossibilita a valoração das provas por parte dos órgãos de polícia criminal, quando estas são obtidas através de meios enganosos ou por coação. (Costa Andrade, 2013: 121)

Embora este não tenha consagração explícita na CRP, é admitido quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, no entanto, existe uma divergência doutrinal quanto ao seu fundamento, para uns este provém das garantias do processo penal previstas na CRP; para outros, este encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana (previsto logo no artigo 1º da CRP). (Mendes, 2014: 209)

Segundo este princípio, o arguido não é obrigado a dizer a verdade, não podendo este ser coagido através do direito penal para contribuir para a sua condenação. Este pode colaborar com a investigação mas terá de ser algo que ele deve decidir por si mesmo, que se consubstancie numa “*declaração esclarecida e livre*” – e geralmente aconselhado em termos jurídicos pelo seu defensor. Trata-se, assim, de um princípio que é essencial na figura do arguido e que é um dos princípios estruturais do processo penal. (Costa Andrade, 2013: 121-122)

Como Dingeldey assinala, “*só quando se reconhece ao indivíduo um direito completo ao silêncio no processo penal, se lhe assegura aquela área intocável de liberdade humana, em absoluto subtraída à intervenção do poder estadual*”. (Dingeldey “*Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozessrecht*” Apud Costa Andrade, 2013) Assim, uma obtenção de provas que entre em conflito com este princípio não pode ser valorada, senão estaríamos a reduzir o arguido a um mero objecto do processo e não um sujeito, desvirtuando a sua essência como pessoa humana. (Costa Andrade, 2013: 126)

O legislador português consagrou este princípio na lei processual. Logo no artigo 61º número 1 alínea d) do código de processo penal, encontramos previsto o direito ao silêncio do arguido. Esta consagração entende-se, igualmente, ao artigo 343 número 1 e 345 número 1, ambos do CPP. (Mendes, 2014: 209) Como tal, temos a possibilidade do arguido prestar declarações, com a ressalva de senão o pretendar fazer, a isso não ser obrigado. Previu também o dever de o arguido ser informado dos seus direitos (artigo 58º número 2, parte final; 61º número 1 alínea h); 141º número 4 alínea a); e 343º número 1, todos do CPP), com a cominação de não o sendo, as suas declarações não poderem valer como prova. (artigo 58º número 5 do CPP). Sendo objecto deste dever tanto as autoridades de investigação criminal como os órgãos judiciais. (Costa Andrade, 2013: 126)

Quanto à utilização da coação e de meios enganosos, para que o arguido produza declarações que posteriormente vão ser usadas como provas contra ele, estabelece-se uma impossibilidade da sua valoração. E estabelece-se, igualmente, a impossibilidade de valoração do silêncio contra o arguido. Isto é, se o arguido não pretender responder a perguntas feitas e remeter-se ao silêncio, não poderá ser prejudicado numa fase de

juízo por esse comportamento. Devendo-se entender, como Costa Andrade refere, que o “*silêncio deve, por isso, ser tomado como a ausência pura e simples de resposta, não podendo, enquanto tal, ser levado à livre apreciação da prova*”. As declarações do arguido são assim um meio de prova (realizadas de forma livre e esclarecida), não querendo este as produzir, a única implicação que deverá ter no processo, é não termos este meio de prova. (Costa Andrade, 2013: 128-129)

Contudo este direito ao silêncio admite limitações, encontrando-se estes limites previstos no CPP, tal como o art. 61º número 3 alínea b), que prevê que o arguido tem o dever de responder com a verdade às perguntas em relação a sua identidade. No entanto, tendo em conta a importância deste direito, o legislador restringiu o número destas limitações. Em relação ao direito a não contribuir com meios de prova para o processo, este não é admitido expressamente no direito processual, porém este tem uma relação intrínseca com o direito ao silêncio, encontrando-se no âmbito deste. Não se poderia consagrar um direito ao silêncio para o arguido e depois obrigá-lo (regra geral) a contribuir com provas para o processo incriminatório. Todavia, também este direito admite limitações, um exemplo é o art. 172º CPP, que prevê que o arguido possa ser forçado a realizar um exame, por decisão da autoridade judiciária. Podendo o exame contribuir como um meio de prova desfavorável a posição do arguido. Devendo estas limitações estar previstas na lei substantiva (Mendes, 2014: 210) e estar de acordo com os princípios constitucionais já referenciados.

Para concluir, devemos frisar que este princípio se estende a todas as fases do processo, valendo em relação tanto para as autoridades de investigação criminal como judiciárias. Não se admitindo a sua restrição (no todo ou em parte), senão estaríamos a esvaziá-lo do seu conteúdo jurídico e dos fins que visa proteger. (Costa Andrade, 2013: 131)

3. Regime das proibições de prova

Aqui chegados, e antes de individualizarmos os meios ocultos de investigação que serão objecto do nosso trabalho, entendemos fazer uma síntese do regime português das proibições de prova, tendo em conta o relevo deste regime para a análise de cada um dos meios de prova a que vamos aludir. Tratando-se de um regime onde se tem levantado diversas questões, em virtude do desenvolvimento tecnológico dos meios de prova.

A obtenção de provas possuem uma importância elevada no âmbito do direito e especialmente do direito processual penal. Tendo em conta que é com base nas provas que os tribunais fundamentam as suas decisões, e que pode ter como consequência sujeitar o arguido a uma pena privativa da liberdade. Contudo, a investigação criminal não pode ser irrestrita, tendo de conter limites, pois *“o fim de investigar e punir os crimes, embora sendo um valor de elevada importância, não pode ser sempre e sob quaisquer circunstâncias o valor prevalente num Estado de Direito democrático”*. (Lima Rodrigues, 2013: 3) Daí a consagração das proibições de provas que visam consagram estes limites.

Na análise deste regime devemos iniciar o nosso estudo pelas garantias constitucionais. Nos termos do art. 32º n.º 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.”* Considerando-se como abusiva intromissão na vida privada, quando não é realizada nos casos previstos na lei; não se verifique uma intervenção do juiz; seja desproporcional (face ao já referido art. 18º CRP); ou acarrete uma limitação excessiva dos próprios direitos. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 524)

A necessidade de consagração destas proibições prende-se com a salvaguarda da dignidade humana, não podendo o estado sacrificar direitos fundamentais em virtude de uma investigação mais eficaz. (Gomes Canotilho & Moreira, 2007: 524) Assim, as provas que tenham sido obtidas através de uma violação desta norma são nulas, não podendo ser valoradas no processo. (Cabral, et al, 2014: 441)

Contudo, no âmbito deste preceito podemos dividir a proibição de provas em métodos absolutamente proibidos, onde encontramos a tortura, a coacção ou a ofensa a integridade física ou moral da pessoa, e métodos relativamente proibidos que são a abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. (Mendes, 2014: 180) Isto ocorre porque na primeira situação estamos a lidar com comportamentos que violam direitos fundamentais absolutos (como o direito a vida ou

integridade física), enquanto que nos segundos é a própria lei fundamental que admite restrições, tais como as que se encontram previstas no art. 34º da referida lei e onde se admite que o consentimento do visado possa afastar esta nulidade (Miranda & Medeiros, 2010: 736).

Estes limites a uma obtenção de provas por violação de garantias fundamentais, também encontra acolhimento nos textos internacionais, nos arts. 5º e 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, arts. 3º e 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e no art. 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. (Miranda & Medeiros, 2010: 736)

O art. 126º do CPP acolheu esta divisão. Assim nos números 1 e 2 encontramos proibições absolutas, enquanto no número 3 temos as proibições relativas. O consentimento do visado em relação aos métodos de proibição absoluta é irrelevante (Mendes, 2014: 180), tendo em conta que o que se visa proteger primariamente é a dignidade da pessoa humana, enquanto de forma reflexa se pretende proteger a forma como a opinião pública encara o processo penal. (Costa Andrade, 2013: 214-215) Pois, uma irrestrita forma de obtenção de provas no processo penal, traria consequências nefastas na imagem deste, *“uma vez que a protecção da esfera jurídica do arguido acaba por se tornar um elemento essencial de toda a comunidade e o processo penal é um processo de pessoas e para as pessoas, fazendo assim parte da sociedade enquanto tal”*. (Melo, 2012: 7) Quanto às proibições relativas previstas no número 3, a proibição não se verifica se o respectivo titular der o seu consentimento, ou estarem previstas nos casos referidos na lei como excepções a este número (v.g. a apreensão da correspondência ou as escutas telefónicas). (Mendes, 2014: 180) Verificando-se, quanto a este número, *“uma ponderação que, equilibrada entre a tutela da intimidade e o contrapeso do interesse público na realização da justiça, não pode excluir a inviolabilidade ética inerente à dignidade da pessoa humana”*. (Cabral, et al, 2014: 442)

No entanto, concordamos com Costa Andrade e Nuno Miguel Melo, que esta enumeração não é taxativa. Neste caso, tendo em conta o que a norma visa proteger – na esteira do preceito constitucional – não nós parece admissível restringir-se só a estes casos. Assim, como *“métodos proibidos de prova hão-de igual e seguramente valorar-se os demais atentados que realizam a mesma danosidade social da afronta à dignidade humana, à liberdade de decisão ou de vontade ou à integridade física ou moral das pessoas.”* (Costa Andrade, 2013: 216). Todavia para Helena Morão, só a violação do conjunto de direitos previstos no art. 32º número 8 CRP (e que o art. 126º CPP, como já

vimos, acolheu) ou de direitos fundamentais que se relacionam com a dignidade humana, é que dão origem a uma proibição de prova. Como tal, “*a violação de outros direitos constitucionalmente protegidos que não pertençam a esse elenco, apenas gera uma nulidade do acto violador do mesmo reconduzível ao sistema geral das nulidades previstas no Código de Processo Penal.*” (Lima Rodrigues, 2013: 6)

Verificado a existência de proibições de provas, devemos analisar quem são os seus destinatários. Estas proibições tem como destinatários activos primordialmente as instâncias formais de controlo (órgãos judiciais e OPC) o que apresenta toda a naturalidade, visto que são essencialmente estes órgãos que praticam as diligências necessárias para obter provas para o processo. Daí que estas proibições se apresentem como uma limitação a estes órgãos, de modo a que estes não pratiquem actos que contendam com os direitos fundamentais dos arguidos. (Mendes, 2014: 180-181) O que é bem demonstrativo no número 4 do artigo em análise, ao cominar que se o uso de um destes métodos de obtenção de prova constituir um crime, poderão ser utilizadas as provas com o fim exclusivo de proceder contra os responsáveis da obtenção das mesmas.

Em relação ao arguido este é o sujeito passivo mais importante, tendo em conta a sua condição no processo, visto que vai ser quanto a este que vão ser recolhidas as provas que sustentam a acusação. Mas também se aplicam aos outros sujeitos processuais, tais como as testemunhas, peritos (Costa Andrade, 2013: 212), advogados ou ao assistente. (Mendes, 2014: 181)

Quanto aos particulares coloca-se uma questão. Aplicar-se-á este regime a eles? Consideramos que sim. Acolhendo aqui a concepção do professor Costa Andrade, não nos parece que o legislador pretende-se excluir as provas obtidas pelos particulares da aplicação deste regime, embora como já vimos, o principal visado são as autoridades públicas. Assim, fazendo uma análise ao art. 167º do CPP, o legislador considerou que as provas obtidas através deste método não poderão ser valoradas se forem obtidas de uma forma ilícita, não distinguindo quer estas tenham sido produzidas pelas autoridades públicas ou pelos particulares. Considerando o citado autor que em determinadas áreas o legislador aplicou critérios mais limitativos para uma obtenção de prova pelos particulares, do que para as autoridades públicas. Avançando com o exemplo das escutas telefónicas, que não são permitidas aos particulares realiza-las. O próprio art. 126º, como já vimos, não limita os seus destinatários aos órgãos judiciais e de polícia criminal, assim tendo em conta uma interpretação literal do artigo, o legislador não pretendeu excluir os particulares da aplicação do mesmo. E tendo em conta o elemento sistemático da interpretação,

verificamos que este preceito se encontra inserido entre normas que preevêm proibições de obtenção de provas aos particulares. Por fim, devemos ter o elemento racional, pois “*mal se compreenderia que, por um lado, o legislador português precludisse sem mais a valoração de meios de prova (gravações e fotografias) obtidas por particulares através do atentado ao direito à palavra ou à imagem (art. 167º); e, por outro lado e ao mesmo tempo, admitisse as provas logradas por particulares à custa de atentados tão intoleráveis a eminentes bens jurídicos pessoais como os previstos no artigo 126 do CPP.* (Costa Andrade, 2013: 196-198)

Assim, não seguimos a opinião de Paulo Sousa Mendes que considera que estas proibições não se aplicam a particulares, a não ser que estes estejam a actuar sobre a direcção ou ordens dos órgãos judiciais ou de polícia criminal, dando como exemplo o agente infiltrado. (Mendes, 2014: 181) O que segundo Costa Andrade não é relevante. Como tal, para que a um particular seja aplicado este regime, basta que as provas obtidas por este, entre em confronto com o âmbito de protecção desta norma. (Costa Andrade, 2013: 213)

3.1 Regime das nulidades

Após enunciado o regime das proibições de provas, devemos analisar a cominação jurídica que lhes será aplicável, como já referimos, a nulidade.

O regime geral das nulidades encontra-se previsto no Livro II, título V do CPP. Iniciando a decomposição deste regime pelo art. 118º CPP, verificamos que para se aplicar a nulidade é necessário que o legislador o expressamente tenha cominado. Tendo-se previsto dois tipos de nulidades: as insanáveis e as sanáveis. As primeiras são consideradas as mais graves e encontram-se previstas no art. 119º CPP, ou em outras disposições legais, quando o legislador o expressamente comine. Estas devem ser oficiosamente declaradas em qualquer fase do procedimento, contudo não impedem a formação de caso julgado. (Mendes, 2014: 186) Quanto as segundas, encontram-se previstas no art. 120º CPP, ou noutras disposições legais, as quais não cominem um determinado acto com a nulidade insanável (números 1 e 2 do citado preceito). Tratam-se de nulidades que para serem conhecidas pelo tribunal terão de ser arguidas pelos interessados, dentro dos prazos previstos no número 3, podendo ainda ficar sanadas com a verificação de uma das situações do art. 121º do respectivo código. (Mendes, 2014: 186)

Quando se verifique um acto ao qual o legislador não cominou com a nulidade, entraremos perante uma irregularidade (art. 123º CPP). Tratam-se das infracções mais

leves, essencialmente de carácter formal, e como tal, estão sujeitas “*a causas de sanção fulminantes*”. (Mendes, 2014: 186)

Após esta análise do regime geral das nulidades previsto no CPP, levanta-se a questão, é este o regime das nulidades que será aplicável as proibições de prova? Ora vejamos, diz-nos o art. 118º número 3, que “*as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova*”. Esta norma insinua – pelo menos a título indiciário – que às proibições de prova irá ser aplicado outro regime de nulidade da prova.

A doutrina maioritária⁵, a qual seguimos, considera que o legislador pretendeu consagrar um regime diferente de nulidade, um regime “*sui generis*”, sendo a nulidade prevista no art. 32º CRP e 126º CPP, uma nulidade que não se enquadra no âmbito do sistema das nulidade gerais (daí, que também se fale em nulidades “*extra-sistemáticas*”). (Mendes, 2014: 187) Impondo-se uma “*autonomia técnica das proibições de prova*”, face ao regime das nulidades. Considerando João Conde Correia, que o legislador ao se ter referido à nulidade nestes artigos, só queria referir-se à “*impossibilidade de usar tais provas*” (Melo, 2012: 9), o que leva a que Paulo Sousa Mendes diga que o legislador não devia ter consagrado a expressão “nulidade” para este regime. (Mendes, 2014: 187) A justificação para esta distinção consagrada no art. 118º número 3 CPP, “*prende-se com o facto de os limites das proibições de prova corresponderem a valores fundamentais e o regime das nulidades processuais não admitir uma total ineficácia exigida nestas situações.*” (Melo, 2012: 12)

Levanta-se agora é outra questão problemática, sobre qual é o tipo de nulidade prevista neste regime. Quanto a esta situação verifica-se uma divergência doutrinária. Ambas as opiniões aceitam que no art. 126º número 1 e 2 CPP (visto que este é explicativo do número 1), a proibição das provas têm como justificação a protecção da integridade física ou moral das pessoas, daí a sua cominação com a nulidade. (Mendes, 2014: 188) No entanto, divergem quanto ao sentido da nulidade prevista no número 3.

Paulo Sousa Mendes, considera que a nulidade prevista em ambos os números do artigo em análise é igual. Porque a importância das situações descritas no número 3 não se encontra num grau inferior, ao dos números precedentes, visto que é a própria Constituição a incluir esses direitos protegidos, com a mesma cominação (nulidade) do que os dos

⁵ Convergem no mesmo sentido, Paulo Sousa Mendes (Mendes, 2014: 187), Costa Andrade (Costa Andrade, 2009a: 135), Paulo Pinto de Albuquerque (Albuquerque, 2011: 335), Cláudio Lima Rodrigues (Lima Rodrigues, 2013: 10), Augusto Meireis (Meireis, 1999: 190), Tereza Pizarro Beleza, João Conde Correia e Nuno Miguel Melo. (Melo, 2012: 9).

números precedentes. Mesmo tendo-se em conta que a própria Constituição (e que o CPP também) permite que se verifiquem restrições, estas como são métodos nos quais não se verifica uma infracção, visto que são métodos admitidos, não se consubstanciam numa nulidade. Não se devendo ter em conta para uma caracterização deste regime. (Mendes, 2014: 188) O próprio número 3 ao estatuir “*são igualmente nulas*”, tem em vista a consagração da mesma nulidade dos números antecedentes.

Por outro lado, encontramos opiniões discordantes, tal como a de Paulo Pinto de Albuquerque, que entende que nos encontramos face a dois tipos de nulidade. As situações do art. 126º números 1 e 2 CPP, geram uma nulidade insanável, considerando que se tratam de situações mais gravosas, e, como tal, irá-se aplicar o regime mais gravoso das nulidades. Quanto às situações do número 3 temos nulidades sanáveis, visto que se tratam de situações menos graves, em virtude de esses direitos poderem conter restrições através do consentimento dos seus titulares, assim “*se o titular do direito pode consentir na intromissão na esfera jurídica do seu direito, ele também pode renunciar expressamente à arguição da nulidade ou aceitar expressamente os efeitos do acto*”, podendo este consentimento ser dado antes da prática do acto ou depois. Justificando que uma opinião contrária estaria a colidir com o art. 34º números 2 e 3 CRP, que atribuem relevo a vontade do visado pelas intromissões, colidindo, igualmente, com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que tem seguido do mesmo modo esta concepção (Albuquerque, 2011: 335-336) Contudo, está não é a opinião sustentada pela maioria da doutrina, que tem seguindo a tese de se tratar da mesma nulidade nos vários números do art 126º CPP. (Lima Rodrigues, 2013: 9)

Nós seguimos esta opinião maioritária, acolhendo aqui a crítica de Paulo Sousa Mendes. Porque uma concepção deste tipo levaria a abusos por parte das instâncias formais de controlo, pois embora essas provas fossem nulas, como se admitiria a possibilidade de sanção, estas poderiam (em determinadas situações) ser utilizadas. Invocando ainda que esta teoria não tem em conta o art. 118º número 3 CPP, ao estatuir que o regime das nulidades “gerais” não se aplica as proibições de prova; e, que as diferenças de desvalor, não justificam a aplicação de um regime de nulidade diverso. (Mendes, 2014) A diferença entre as situações dos números 1 e 2 e o número 3, é que no primeiro caso estamos perante métodos de prova absolutos e no segundo relativos, não é assim “*ao nível da consequência jurídica (nulidade/proibição de valoração)*”. (Costa Andrade, 2009a: 136-137)

Por fim, após estas considerações, podemos caracterizar esta nulidade como de conhecimento oficioso e que não se poderá sanar com o trânsito em julgado da decisão

final, pois, se assim não entendessemos estaríamos a convalidar uma prova proibida. (Lima Rodrigues, 2013: 11)

3.2 O efeito à distância

Outro regime que nós merece particular atenção é o efeito à distância das proibições de prova. Diz-nos este instituto jurídico que quando as provas são obtidas através de um método proibido, leva a que se verifique um efeito à distância quanto às provas subsequentes a elas conexas, de modo a essas provas subsequentes não poderem ser utilizadas. É necessário que se verifique “*um nexo de dependência não só cronológica, como lógica e valorativa, entre a prova inquinada e a que lhe seguiu.*” (Cabral, et al, 2014: 451) O objectivo é assim evitar que as instâncias formais de controlo visem utilizar métodos proibidos de prova (v.g. a tortura) para obter posteriores provas que pudessem ser valoradas (v.g. uma confissão). Trata-se de um instituto muito estudado no âmbito do ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, que lhes dá a designação de “*fruit of the poisonous tree doctrine*”. (Mendes, 2014: 191-192)

Este instituto foi a primeira vez instituído em 1920, no caso “*Silverthorne Co. v. United States*”, tendo adquirido esta expressão com o caso “*Nardone v. United States*”, em 1939. Contudo, também foram consagradas excepções. A primeira corresponde à excepção da “*fonte independente (independent source exception)*”, enunciada no caso *Silverthorne Co. v. United States*, e que prevê que as provas subsequentes são admitidas quando forem obtidas através de uma “*via autónoma e lícita*”. Posteriormente, no caso *Nardone v. United States*, consagrou-se uma outra excepção, a da “*conexão atenuada (attenuated connection)*”⁶ (Mendes, 2014: 192), onde se admite que a prova subsequente é válida quando apresente uma independência face a prova proibida que permita “*dissipar a nódoa*”. Por fim, verificou-se no caso “*Nix v. Williams*”, em 1984, uma última excepção a “descoberta inevitável (“*inevitable discovery exception*”). Segundo esta excepção, admite-se as provas que eventualmente seriam obtidas, através de meios lícitos numa outra investigação. (Miranda & Medeiros, 2010: 738) É assim a excepção que maiores problemas levanta, o que tem levado muitos juristas a afirmar que esta excepção invalida o efeito à distância das proibições de prova, em virtude de estimular as instâncias formais de controlo a obterem provas proibidas, pois elas poderão posteriormente ser utilizadas. (Mendes, 2014: 192) Pense-se, por exemplo, num caso em que um órgão de polícia

⁶ Ou também designada como “*nódoa (ou mácula) dissipada (cleared – ou purged taint exception)*”. (Miranda & Medeiros, 2010: 738)

criminal detêm uma pessoa e tortura-a, levando a que esta confesse que cometeu um homicídio e onde está a arma que utilizou, ora esta prova, segundo esta exceção poderá ser valorada, devido a poder-se sempre alegar que o OPC poderia encontrar a arma, através de meios lícitos, no decorrer da investigação. Todavia, tendo em conta estes problemas, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça dos EUA impôs limites a esta exceção. Assim, no caso em análise, considerou-se que para a aplicação desta exceção é necessário que se verifique *“um grau de probabilidade superior a 50% (...) que a informação teria sido inevitavelmente descoberta por meios legais”*. (Mendes, 2014: 193) Tendo posteriormente avançado esta, que para a prova subsequente ser admitida deva ser considerada a sua obtenção por meios lícitos como iminente (*“inevitable discovery exception”*). (Costa Andrade, 2013: 172)

Quanto ao nosso ordenamento jurídico este acolhe o efeito à distância, incluindo as suas exceções. Porém, quanto aos percursos hipotéticos que justificam a última exceção, verificam-se diversas vezes a criticar, tais como Augusto Meireis (Meireis, 1999: 230), Helena Morão e Paulo Pinto de Albuquerque. (Mendes, 2014: 194-196) Considerando este terceiro autor que *“a prova inicialmente proibida tem um efeito à distância destruidor da prova posterior, mesmo que esta pudesse vir a ser descoberta de outra forma lícita, resultando este efeito à distância da co-natural incerteza e, sobretudo, dos riscos político-criminais inerentes a estes juízos hipotéticos, que poderiam facilitar ações ilegais e mesmo abusos do uso da força por parte da polícia”*. (Albuquerque, 2011: 339) Nós consideramos como a melhor solução a posição de Paulo Sousa Mendes, que embora reconhecendo as dificuldades que levanta, não afasta esta exceção, considerando que ela é a mais vantajosa para o caso concreto, devendo, todavia, esta exceção ser aplicada tendo em conta as limitações avançadas na jurisprudência americana. (Mendes, 2014: 196)

No entanto, levanta-se a questão sobre a norma que legitima este regime. Tem sido avançado que o efeito à distância das proibições de prova encontra-se previsto no art. 122º do CPP. Contudo, esta teoria parte da premissa que não existe uma independência entre o regime das nulidades previsto no art. 118º CPP e seguintes e o regime das proibições de prova. Tendo em conta a nossa concepção de que se verifica uma independência entre ambos os regimes, não podemos considerar que o efeito à distância provém do art. 122º CPP. Para Paulo Sousa Mendes, o recurso ao art. 122º servirá meramente para demonstrar a opção do ordenamento jurídico português em acolher o efeito à distância, uma vez que *“se a lei reconhece o efeito-à-distância das nulidades processuais quando poderá estar em causa, por exemplo, a violação de meras formalidades de prova, então por maioria de*

razão ter-se-á de reconhecer o efeito-à-distância das proibições de prova quando está em causa a violação de direitos de liberdade”. (Mendes, 2014: 197)

Figueiredo Dias considera que o efeito à distância das proibições de prova encontra-se previsto no art. 32º CRP. Esta teoria encontrou acolhimento no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 198/2004, de 24 de Março, onde se afirmou que *“o n.º 8 do mesmo art. 32º, mais não faz do que sublinhar e tornar indiscutível esse direito à exclusão, enquanto dimensão específica e indissociável do direito a um processo penal com todas as garantias de defesa.”* Helena Morão vai no mesmo sentido ao afirmar que é no fundamento constitucional que podemos extrair o efeito à distância. (Mendes, 2014: 195-196) É esta igualmente a nossa opinião, a proibição prevista no preceito constitucional não se limita só as provas primárias mas também se estende as provas subsequentes (com as devidas excepções), senão estaríamos a esvaziar o âmbito de protecção deste artigo, *“pois de outro modo, fazendo entrar por uma porta o que se proíbe por outra, pode frustrar-se absolutamente o fim que com a proibição se pretende alcançar: desincentivar o recurso a meios proibidos de obtenção da prova, violando direitos das pessoas.”* (Miranda & Medeiros, 2010: 737)

4. “Homens de Confiança”

A matéria dos “homens de confiança” tem levado ao surgimento de várias problemáticas no seio doutrinário e jurisprudencial. E, estas têm vindo a aumentar em virtude da cada vez maior utilização que estas figuras têm obtido tanto em Portugal, como no contexto europeu.

Na óptica de Costa Andrade, o conceito desta figura corresponde “*as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e actividade*”. Inclui-se neste conceito, os OPC e os particulares (que poderão ser pertencentes ou não ao submundo do tipo de criminalidade em investigação). (Costa Andrade, 2013: 220)

Tendo em conta que este conceito foi elaborado no tempo em que a actuação destes “homens de confiança” era mais reduzida, a doutrina tem vindo a aperfeiçoar esta definição. Assim, “*entende-se como “homens de confiança” todas aquelas pessoas que, voluntariamente pertencentes ou não às instâncias formais de controlo, se disponibilizam a ser testemunhas e colaborarem com aquelas instâncias formais de controlo e demais autoridades judiciais, na prevenção e perseguição penal (antes ou dentro de um inquérito criminal “em curso”), dentro ou fora do ambiente electrónico-digital, gozando toda a sua actuação de confidencialidade (ocultação da sua qualidade e identidade) e de isenção de responsabilidade criminal, para tal lhe sendo garantida a atribuição de uma identidade fictícia e a não punibilidade das suas condutas criminosas, sempre que se revelarem necessárias, adequadas e proporcionadas às finalidades de prevenção e repressão criminais e à gravidade do crime em investigação, excepcionalmente se admitindo a quebra das garantias anteriores de confidencialidade quanto tal se reputar absolutamente indispensável em termos probatórios e não implicar perigo para a vida desse “homem de confiança”*”. (Rodrigues, 2010: 108)

Este meio de obtenção da prova é de inegável utilidade no contexto do crime organizado. Pois permite às instâncias de investigação “introduzir-se” entre as organizações criminosas, aumentando o seu conhecimento sobre elas (v.g. quanto aos membros, actividades praticadas ou estrutura) e potenciando a recolha de prova. (Silva, 2013: 38)

No âmbito do nosso estudo sobre esta temática a doutrina difere em relação as modalidades nas quais se pode desdobrar os “homens de confiança”. Nós adoptamos a

divisão em três modalidades, o agente encoberto, o agente infiltrado e o agente provocador, permitindo-nos uma melhor compreensão desta figura.⁷

4.1 Agente encoberto

O agente encoberto é “o agente de autoridade, ou alguém que com ele actue de forma concertada, que, sem revelar a sua identidade ou qualidade, frequenta os meios conotados com o crime na esperança de descobrir possíveis indícios de matéria criminal”. Como tal, este agente não vai contribuir para a realização do crime, sendo o crime praticado mesmo se o agente não se encontra-se naquele meio criminoso (Meireis, 2006: 93), desse modo, se estivesse naquele lugar outra pessoa, que não o agente, os acontecimentos desencadeavam-se da mesma forma. (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001a: 303) Tem, assim, uma conduta passiva quanto à decisão de cometer o crime por parte do criminoso. Por essa razão é distingível do agente infiltrado (cfr. ponto 4.2) pois o agente não visa ganhar a confiança pessoal do suspeito, a sua actuação é assim mínima, o que leva a que seja menos gravoso para o direito dos visados do que as outras modalidades de “homens de confiança”. (Meireis, 2006: 94)

É o agente que se costuma designar como “policia à paisana”. Um exemplo da actuação deste agente, é o mesmo se dirigir a um meio que é conhecido pela prática de transações relacionadas com o tráfico de estupefacientes, e aí, sem se identificar como agente de autoridade da polícia, aguarda que seja interpelado por um elemento criminoso, que se predispõe a vender-lhe droga. O agente vai reagir e deter esse sujeito em flagrante delito. Desse modo, a sua actuação é passiva, para a prática do respectivo crime, visto que ele se limitou a esperar.

Na opinião de Augusto Meireis estamos perante uma figura que é legalmente admissível no ordenamento jurídico português, nos termos do art. 125º do CPP (Meireis, 1999: 192), uma vez que a sua actuação, segundo o Acórdão do STJ de 27/6/2012, Processo n.º 127/10.0JABRG.G2.S1, se situa num âmbito longínquo do crime e do criminoso. (Miguel Loureiro, 2013: 15) No entanto, na nossa opinião, o recurso ao agente encoberto não pode ser admitido sem mais, em virtude, de nos encontrarmos perante um método oculto de investigação, o que pressupõe para a sua utilização que se faça uso do

⁷ No âmbito doutrinário existe uma divergência quanto às modalidades de “homens de confiança”. Uma parte da doutrina divide-os nestas três modalidades, enquanto a restante parte da doutrina divide só em duas modalidades (não distinguindo entre agente encoberto e infiltrado, mas considerando que a primeira modalidade se encontra compreendida na segunda, confrontando-a com a figura do agente provocador).

princípio constitucional da proporcionalidade para aferir se a utilização desta figura é ilícita ou não.

4.2 Agente infiltrado

Podemos defini-lo como um *“agente de autoridade, ou cidadão particular que actue de forma consertada com a polícia, e que, sem revelar a sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou então simplesmente para a obtenção da notícia do crime, ganha a sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos factos, praticando actos de execução se necessário for, de forma a conseguir a informação necessária ao fim a que se propõe”*. (Meireis, 2006: 94) É uma figura que tem acolhimento na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, e, como já vimos (cfr. ponto 1.4), faz parte do conjunto de medidas consignadas na Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, no art. 20º número 1.

O agente infiltrado vai assim introduzir-se dentro da organização criminosa e, obtendo a confiança dos outros elementos, vai recolhendo a prova sobre as actividades praticadas, com o objectivo de se proceder contra a mesma. A sua actuação vai ocorrer num meio onde os crimes já foram cometidos, estão quase a ocorrer ou já se encontram em execução. (Silva, 2013: 45) Ele não visa assim *“precipitar os factos”*, nem *“interferir no processo causal”*, devendo o infiltrado ter uma actividade com o objectivo de recolha de prova. Augusto Meireis chega a compará-lo em sentido figurado a *“um meio técnico que documenta em fita”*, derivado a sua função de recolha de prova, sem tendo influência para o decurso dos crimes nos quais obteve a prova. (Meireis, 2006: 95) Assim, tendo por base o objectivo da aplicação desta figura, o agente infiltrado só deverá praticar actos em co-autoria e cumplicidade, podendo estes serem actos de execução do crime, dentro dos limites previstos no art. 6º número 1 da lei 101/2001, de 25 de Agosto (cfr. ponto 4.4.2.5). (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001b: 38) Não podendo actuar como autor imediato ou em autoria singular, senão deixaríamos de estar perante o agente infiltrado e estaríamos confrontados com o agente provocador. (Meireis, 1999: 164)

Não é, assim, admissível a colocação de um agente na mesma cela de um recluso que se encontre detido, pretendendo obter a sua confiança e assim recolher informações sobre os crimes que ele praticou, ou, obter a sua confissão e, no caso do crime organizado, sobre a sua organização. Estaremos neste caso perante um meio enganoso de obtenção de

provas, o que se traduz numa proibição de prova, nos termos do art. 126º número 2 alínea a) parte final do CPP. (Rodrigues, 2010: 114)

As acções encobertas praticadas por uma agente infiltrado podem-se dividir em dois tipos: “*as de curta duração ou light cover e as de longa duração ou deep cover*”. Nas de curta duração (que são as mais frequentes), o agente infiltrado esconde a sua identidade e qualidade (embora no caso do particular, este possa revelar a sua identidade), mas como estamos perante uma actuação que vai ter um curto espaço de aplicação, uma vez que se consubstancia “*em contactos isolados com os suspeitos criminosos, nomeadamente, concretas transacções ou encontros para a recolha de informações sobre crimes*”, o agente infiltrado não vai utilizar uma identidade fictícia. Quanto as segundas, que são as mais frequentes no âmbito do crime organizado, especialmente quando o agente se infiltra numa organização criminosa, de modo a conseguir informações sobre a mesma. O agente aí “*sendo polícia para além de ocultar a sua qualidade e identidade, adopta uma identidade fictícia, e, sendo particular, oculta a sua qualidade mas normalmente conserva e prevalece-se da sua verdadeira identidade, o que lhe permite introduzir-se e manter-se, por um período de tempo prolongado, no meio criminoso*”. (Miguel Loureiro, 2013: 12)

Da análise deste conceito verificamos que a utilização de um agente infiltrado pode entrar em confronto com determinados direitos fundamentais, tais como, a reserva da vida privada, a inviolabilidade do domicílio ou o sigilo das comunicações. Uma vez que este agente vai entrar na vida privada do visado (no seu âmbito familiar e nas relações que tem com as pessoas mais próximas). Com efeito, originando, igualmente, que o visado contribua com a produção de prova contra si, o que entra em confronto com o princípio “*nemo tenetur se ipsum accusare*” (Meireis, 2006: 95), e também com o princípio da igualdade de armas⁸, o que leva a que no âmbito doutrinário se afirme “*que o recurso a uma tal técnica de investigação representa sempre o emprego de alguma deslealdade*”. (Gaspar, 2004: 48)

Desse modo, o regime do agente infiltrado deverá consubstanciar um método de proibição de prova relativamente proibido, nos termos do art. 32º número 8 segunda parte da CRP e art. 126º número 3 CPP, quando estejamos perante uma actuação ilícita.

⁸ Nuno Miguel Loureiro, acrescenta que a actuação de um agente encoberto (o referido autor designa agente encoberto o “nosso” agente infiltrado) entra, ainda, em conflito com o direito à integridade moral, previsto no art. 25º da CRP. (Miguel Loureiro, 2013: 6) Rui Pereira considera que a actuação do agente infiltrado não viola a integridade moral da pessoa (Pereira S. , 2013: 144), e nós concordamos com esta opinião, uma vez que olhando para a actuação deste agente, não vemos como poderão estas acções conflituarem com o direito à integridade moral. Quando essas acções conflituarem com esse direito já não estaremos perante o agente infiltrado mas face ao agente provocador.

Devendo considerar-se a sua actuação como ilícita sempre que se verifique uma violação abusiva da intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. (Meireis, 2006: 95-96)

Contudo, como já vimos quanto aos restantes métodos ocultos de investigação (cfr. ponto 2), também o recurso ao agente encoberto e infiltrado se mostra absolutamente necessário para o combate e investigação do crime organizado (questão diversa já nos vai suscitar o ponto seguinte). Como tal, esta figura deve ser admitida no ordenamento jurídico português, devendo, no entanto, a aplicação desta medida de obtenção de prova se encontrar conforme a Constituição, isto é, em consonância com o já referido preceito constitucional da proporcionalidade na restrição dos direitos fundamentais (art. 18º CRP), nas suas três dimensões (Meireis, 2006: 96) e também com as restrições previstas no art. 32 número 8 da CRP. (Meireis, 1999: 176) Germano Marques da Silva vai ainda mais longe para se justificar a utilização do agente infiltrado, considerando que só é admissível o recurso a esta figura, para casos de criminalidade que ponha em causa os valores fundamentais da sociedade, e quando não seja possível atingir a realização da justiça através dos métodos “tradicionais”. (Marques da Silva, 2005: 75) O que, como já vimos, é o caso do crime organizado.

Assim, para que se verifique a aplicação do agente infiltrado: a sua actuação deve estar consagrada na lei, devendo o respectivo agente actuar de acordo com o que a lei prevê; ser ajustada (isto é, ser o único meio apto para atingir aquele desiderato) restringindo-se ao necessário para a realização da justiça; devendo a restrição derivada à utilização da infiltração não ser excessiva, tendo em conta a gravidade do crime e os bens jurídicos violados; e, por fim, que a restrição não ultrapasse o núcleo fundamental do direito atingido. (Meireis, 2006: 96-97) Ressalvando-se o facto que *“a utilização de agentes infiltrados não deve ser uma regra, sob pena de atentarmos contra princípios basilares”*. (Pereira S. , 2013: 147)

A jurisprudência vai no mesmo sentido a admitir a utilização do agente infiltrado na ordem jurídica portuguesa. No Acórdão do TC de 14/10/98, o tribunal chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade do art. 59º DL 15/93, de 22 de Janeiro (cfr. ponto 4.4.2), considerou que tendo em conta os elevados meios com que a criminalidade organizada actua, se torna necessário que se apliquem medidas excepcionais de modo a obterem-se as respectivas provas. Assim, considerou o agente infiltrado como uma técnica excepcional, uma vez que a sua utilização implica sempre um grau de deslealdade, mas

como uma figura que se encontra conforme a Constituição (ao contrário do agente provocador que não é admitido). (Braz, 2010: 322)

4.3 Agente provocador

Considera-se como agente provocador “*o membro do órgão de polícia criminal ou alguém a seu mando que pela sua actuação enganosa sugere eficazmente ao autor a vontade de praticar o crime que antes não tinha representado e o leva a praticá-lo, quando sem essa intervenção a actividade delituosa não teria ocorrido*”. (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22/3/2001, Processo n.º 182/09.6JELSB.L1-5, 2011)

É uma figura com ligações ao processo inquisitório, onde se pretendia obter a verdade “sem olhar aos fins” (Meireis, 1999: 195). E o acolhimento da provocação como forma legítima de obtenção de provas só se verifica em sociedades não democráticas, onde se considera que existem pessoas que já são inaptas para o crime e como tal a provocação vai permitir fazer a distinção entre essas pessoas, que já tem natureza criminosa, e onde a provocação vai só fazer “surgir” essa natureza, e as outras que tem o respeito pela lei. (Marques da Silva, 2011: 232-233)

A provocação vai “*consistir num engano, arditamente provocado como forma de extorquir do provocado uma declaração ou um facere, ou como forma de colocar o provocado num estado de irresistibilidade.*” Distingue-se assim do agente encoberto e infiltrado, pois estes aproveitam o erro, não contribuindo para a sua formação, enquanto que o agente provocador utiliza o engano de forma a extrair essa declaração. (Meireis, 1999: 205, 208) Esta “*não é apenas informativa, mas é formativa; não revela o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso. A provocação, causando o crime, é inaceitável como método de investigação criminal, uma vez que gera o seu próprio objecto*”. (Marques da Silva, 2011: 233)

Contudo, “*a barreira entre a acção encoberta e a provocação é muito ténue*” (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001b: 11), especialmente na prática, como se tem demonstrado em relação as circunstâncias levadas ao conhecimento do tribunal, quanto às situações das delimitações concretas das acções destes agentes.

Este agente pretende convencer o sujeito a praticar um crime, embora não tendo intenção que o crime ocorra, não tendo o dolo da consumação mas meramente o dolo de induzir em erro o sujeito (podendo este consubstanciar qualquer modalidade de dolo).⁹ E

⁹ Embora no âmbito doutrinário existe quem entenda que o agente provocador tem o dolo da realização do crime. (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001a: 256)

esse erro deve ser originário da prática dos actos do agente provocador, isto é, existir um nexo de causalidade, decorrendo do processo ardiloso que foi elaborado. Ponderando estes actos do agente provocador ser *“o incitamento expresso, o pedido, o gesto, ou qualquer outra forma de comunicação”*, bastando para considerar esta conduta como provocadora, que esta acção seja capaz de induzir em erro. (Meireis, 1999: 156, 210-211) Só quer que o sujeito pratique actos de execução de um determinado crime, para depois o deter e assim submetê-lo a um processo criminal. Não se verifica assim a passividade das outras modalidades quanto ao facto criminoso, o agente provocador vai ter uma conduta activa, em relação à prática do crime, tal como atenta a jurisprudência no Acórdão do STJ de 27/6/2012 (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 127/10.0JABRG.G2.S1, 2012), como tal, não apresenta a mesma danosidade para os direitos fundamentais dos visados. (Marques da Silva, 2005: 75) Assim, o agente provocador seria quase como um instigador, só se diferenciando desta figura por não ter o *“dolo da consumação”*. (Meireis, 2006: 97)

Segundo o princípio do Estado de Direito Democrático que assenta na dignidade da pessoa humana, não poderá ser admitido estas actuações por parte das autoridades públicas, pois não é éticamente aceitável por parte do Estado estas condutas, em que *“com uma mão favorece o crime que quer punir com a outra.”* (Costa Andrade, 2013: 221) Uma vez que a actuação do agente provocador contende directamente com a integridade moral da pessoa prevista no art. 25º e 32º número 8, ambos da CRP, sendo este considerado um direito absoluto, isto é, que não admite restrições. Consubstanciando-se tanto numa liberdade como num direito fundamental. Como direito fundamental apresenta uma dupla vertente: *“negativa para os poderes públicos à medida em que fica proibida a sua ingerência na esfera jurídica individual; positiva para as pessoas enquanto implicam o exercício das faculdades recolhidas/atribuídas por esses mesmos direitos e constituem o seu titular no poder de exigir omissões dos poderes públicos por forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos”*. E como liberdade traduz-se na *“na livre movimentação e actuação do indivíduo fora de qualquer intervenção ou agressão dos poder públicos”*. (Meireis, 1999: 199-201)

Com efeito, o agente provocador enquadra-se nos métodos proibidos de prova, por este constituir um meio enganoso, nos termos do art. 126º número 2 alínea a) parte final do CPP. O que significa que estamos perante uma nulidade de prova. (Aires de Sousa, 2003: 1231)

No âmbito desta figura a jurisprudência vêm distinguindo duas situações: as primeiras correspondem às situações onde o sujeito só comete o crime derivado a intervenção do agente provocador, não tendo anteriormente uma intenção criminosa; enquanto que nas segundas, o sujeito já estaria predisposto a cometer o crime, tendo o agente posto a descoberto uma intenção criminosa que já existia, *“limitando-se o provocador a reunir para o autor as condições de que ele faz depender a prática do crime”*. (Meireis, 2006: 98). Só na primeira situação estaremos perante um agente provocador.¹⁰

Augusto Meireis não concorda com esta orientação que vem sido seguida, sendo da opinião que embora o sujeito já esteja predisposto a cometer o crime, verifica-se uma relação causal entre o engano encetado pelo agente provocador e a actuação do sujeito, sendo a sua consumação decorrente de uma panóplia de factores, considerando que seria de *“entes omniscientes dizer que a actuação do agente provocador não foi causal para que aquele crime acontecesse: se não fosse naquele lugar seria mais à frente, se não fosse àquela hora seria um pouco mais tarde”*. (Meireis, 1999: 214-215)

Não concordamos com esta opinião, uma vez que neste caso, não nós parece que se verifique onexo de causalidade (que como já vimos é necessário, para que estejamos perante uma provocação) entre a actuação do agente e a prática do crime, que leve a que o sujeito seja “compelido” a cometer aquele crime. Ele já tinha “decidido” praticar aquele crime, só ainda não o tinha feito. Como tal, *“será difícil considerar que em casos deste tipo houve um meio enganoso de obtenção de prova, perturbador da liberdade de vontade ou de decisão do suspeito”*. (Aires de Sousa, 2003: 1234) Assim, não estamos perante a figura do agente provocador, nem perante nenhuma das situações previstas nos métodos proibidos de prova. Desse modo, a prova obtida através desta situação será admitida nos termos do art. 125º do CPP.

A doutrina tem vindo a afirmar dois critérios para distinguir se a conducta do agente consiste numa provocação: critério subjectivo e critério objectivo.

No primeiro pretende-se saber se o agente determinou o sujeito a prática de um determinado crime, e se esse sujeito já estaria ou não predisposto a prática daquele crime. Como podemos ver a doutrina também incide sobre a predisposição do crime por parte do sujeito, o que volta a levantar as mesmas questões atrás enunciadas. Tendo esta vindo a enumerar dois elementos para que se verifique esta predisposição: *“a prova de que o agente policial, agindo sob cobertura, tinha boas razões para crer que o indivíduo em*

¹⁰ Seguindo esta concepção, Acórdão do STJ de 6 de Maio de 2004. (Santos Cabral, et al, 2014: 437)

cause se dedicava já a determinado tipo de actividades com natureza criminosa e, por consequência, que as circunstâncias já anteriormente reveladas ou suspeitas manifestavam a existência de uma predisposição para a prática dos factos". (Gaspar, 2004: 50)

Devido a estas dificuldades uma parte da doutrina tem vindo a adoptar com mais relevância o critério objectivo. Segundo este critério a actuação do agente deve ser avaliada de acordo com critérios objectivos para se chegar a conclusão se esta é tolerável ou não, face aos princípios do estado de direito e do princípio da proporcionalidade. Nesses termos, *"a intervenção policial tem de ser avaliada por si mesma e pela prognose do seu impacto sobre um homem médio normalmente respeitador das leis"*. Quanto à jurisprudência, como já vimos, esta tem dado primazia ao critério subjectivo, mas o TC tendo vindo incluir também na análise da actuação do agente, critérios objectivos. (Gaspar, 2004: 50-52)

Podendo ainda existirem situações onde a provocação se consubstancia numa irresistibilidade para o sujeito. Estando este numa situação de necessidade que o impele para o crime. Nesses termos, já se verifica a perturbação da liberdade da vontade do sujeito, sendo as provas recolhidas consideradas um método proibido e, por tanto, nulas, segundo o art 126º número 2 alínea a) CPP. (Meireis, 1999: 215, 220)

A questão dos agentes provocadores foi inicialmente tratada na jurisprudência portuguesa aquando da sentença de 5 de Março de 1993 do Tribunal Judicial de Oeiras, 3º juízo, n.º 777/91. Tratando-se de um caso onde a autoridade policial teve conhecimento que o arguido emprestava (e possuía) videogramas para copiar ilícitamente. Resumidamente a questão colocada ao tribunal, correspondia a utilização de um agente da guarda fiscal, que ocultando a sua entidade, se dirigia ao estabelecimento comercial do arguido, diariamente, de modo a ganhar a confiança do arguido e da sua família. Tendo o agente durante essas idas ao estabelecimento, levado videogramas e listagens de filmes e incentivando o arguido a adquirir esses videogramas. Após o arguido já ter confiança com o agente, este disse-lhe que pretendia adquirir mais videogramas, tendo pedido ao arguido para elaborar uma lista dos videogramas que possuía, e, posteriormente, pediu-lhe para reproduzir determinados videogramas que se mostrava interessado. O que devido à atitude persuasiva do agente e a confiança que o arguido já depositava nele, anuiu, combinando ambos a altura para a entrega dos respectivos videogramas. Nesse dia a brigada fiscal dirigiu-se a residência do arguido, com o respectivo mandato, e apreendeu o material ilícito. O tribunal absolveu o arguido porque considerou que os factos de que foi acusado

se tratavam de provas nulas, uma vez que tinham sido obtidas através de um método ilícito, em virtude de estarmos perante um agente provocador. Pois o arguido até então, não tinha demonstrado qualquer intuito que fosse proceder a venda daqueles videogramas. Assim, o agente começou como um mero agente infiltrado quando pretendeu apenas se inserir no “meio” em que o arguido desenvolve a sua actividade comercial, contudo, posteriormente passou a agente provocador quando contribuiu para induzir o sujeito a praticar um ilícito. Podemos identificar aqui os elementos do agente provocador: pretendeu induzir o visado à prática do acto ilícito, como vimos, até o incentivou para que ele o praticasse; não queria o crime, uma vez que a autoridade judiciária executou o mandato antes que a transacção criminosa se verificasse; e, só pretendia submeter o visado a um processo criminal, uma vez que a sua actuação visada a obtenção de provas contra o mesmo. (Meireis, 1999: 130, 144-148) Na nossa opinião, o tribunal decidiu bem nesta questão, uma vez que se não fosse a actuação do agente a convencer o arguido, este não tinha procedido a prática daquele crime, existindo o nexo de causalidade. Não estamos aqui perante a figura do agente encoberto ou infiltrado.

A questão do agente provocador também foi alvo de análise pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso Teixeira de Castro contra Portugal. Tratou-se, resumidamente de uma situação, onde dois agentes da PSP, sem se identificarem como tal e trajados à civil, no âmbito de uma acção de controle e fiscalização do tráfico de estupefacientes, contactaram um suspeito de tráfico para o seu próprio consumo, de modo a identificarem quem era o seu fornecedor, mostrando os agentes interesse em adquirir a droga. O suspeito indicou que Francisco Teixeira de Castro talvez pode-se arranjar os estupefacientes. Embora este não os tivesse, dispôs-se em virtude da possibilidade de negócio, a obtê-los. Posteriormente, juntaram-se na residência do primeiro suspeito, e na altura em que os estupefacientes eram vendidos aos agentes, estes identificaram-se e procederam a detenção de todos os suspeitos. Procedendo, igualmente, a uma revista aos suspeitos onde foram encontrados mais estupefacientes. O arguido Teixeira de Castro foi condenado no tribunal de círculo de Santo Tirso a 6 anos de prisão, tendo o STJ confirmado a decisão desse tribunal. (Loureiro, 2007: 51-56) Foi, assim, chamado o TEDH a pronunciar-se sobre esta questão, tendo decidido que estamos perante um agente provocador, e não face a um agente infiltrado, porque se não fosse a actuação dos agentes não se verificar-se-ia o crime, existindo uma violação do art. 6º número 1 da Convenção

Europeia dos Direitos do Homem.¹¹ O que levou a condenação do estado Português pela violação daquele mesmo artigo. (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001a: 267)

Fazendo uma breve incursão no sistema jurídico norte-americano, verificamos que o recurso a figura dos “homens de confiança” é muito usual. Basta atentar no caso *Pizza Connection* de 1985 (cfr. ponto 1.1) onde foram utilizados agentes infiltrados para conseguir uma base probatória sólida e condenar os suspeitos. Daí, que tenha sido, neste ordenamento que se começou a tratar com mais pormenor a obtenção de provas pelo agente infiltrado, e no âmbito em análise, da actuação do agente provocador.

Tendo surgido no decorrer do século XX, a chamada doutrina da *entrapment defense*, que vai fundamentar a não punibilidade do sujeito que foi provocado por parte do agente provocador, isto é, vai se verificar a exclusão da responsabilidade do sujeito provocado. (Costa Andrade, 2013: 228) É neste caso dado uma “*maior ênfase ao sujeito provocado e aos seus direitos fundamentais*”, do que nos ordenamentos jurídicos continentais, no qual se inclui o ordenamento jurídico português. (Silva, 2013: 43)

Individualizando este instituto ele só se aplicará quando a provocação for efectuada por uma autoridade pública, já não se podendo aplicar se a provocação provir de um terceiro. Porque na sua natureza está “*o interesse público de preservar a pureza das instituições e os seus processos e, por outro lado, a lealdade e o due process (entrapment as a due process defense) que impõe a lealdade substancial no processo e proíbe intromissões intoleráveis na esfera privada dos cidadãos*”. (Aires de Sousa, 2003: 1229)

¹¹ “Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.”

Como tal, distingue-se da lei portuguesa onde a provocação tanto pode provir do agente da autoridade pública ou de um particular.

Aplica-se, igualmente, só aos crimes sem vítima, no qual se inclui a criminalidade organizada, como já vimos, e a provocação tanto pode consubstanciar “(...) *casos em que o agente policial usa a mera aldrabice até ás mais refinadas técnicas de persuasão para encorajar (...)*”.(Aires de Sousa, 2003: 1229)

Contudo, tal como na nossa opinião na ordem jurídica portuguesa, não se verificará a aplicação deste instituto se o sujeito já estaria predisposto a cometer o crime, tendo o agente posto a descoberto uma intenção criminosa que já existia. “*A defense of entrapment não aproveitará, assim, ao arguido who was predisposed to commit the crime.*” (Costa Andrade, 2013: 228)

Após o estudo da figura do agente provocador, não é admissível na nossa opinião o recurso do agente provocador para a investigação de práticas criminosas, nem mesmo quanto à criminalidade mais gravosa, como é o caso do crime organizado. É uma actuação que não se pode mostrar como digna face aos princípios constitucionais consagrados.

Concordamos com Germano Marques da Silva, que “*a ordem pública é mais perturbada pela violação das regras fundamentais da dignidade e da rectidão da actuação judiciária, pilares fundamentais da sociedade democrática, do que pela não repressão de alguns crimes, por mais graves que sejam, pois são sempre muitos, porventura a maioria, os que não são punidos, por não descobertos, sejam quais forem os métodos de investigação utilizados*”. (Marques da Silva, 2005: 76)

4.4 Os “homens de confiança” na ordem jurídica portuguesa

4.4.1 Enquadramento histórico-legislativo

A figura dos “homens de confiança” na ordem jurídica portuguesa foi inicialmente consagrada no decreto-lei n.º 430/83 de 13 de Fevereiro, no seu art. 52º, para o crime de tráfico de estupefacientes, tendo o agente de ter uma posição meramente passiva. A seguir, a lei n.º 16/94, de 29 de Setembro, veio alargar o âmbito dos crimes à corrupção e a criminalidade económica e financeira, tendo esta lei a particularidade de ter previsto a utilização desta figura, quer antes da fase do inquérito (onde temos uma acção preventiva), quer já no decurso do processo. Alargou, igualmente, a actuação dos “homens de confiança”, podendo estes praticar “*actos de colaboração ou instrumentais*” mas só

quanto aos casos de a sua actuação ser realizada na fase de inquérito. (Meireis, 1999: 132-135)

Posteriormente, em 2001 foi consagrada a lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, que veio revogar a legislação anterior sobre esta matéria, e consagrou o Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal (RJAE). Esta lei veio alargar o âmbito de aplicação de uma acção encoberta para um conjunto alargado de crimes. Alargando-se este leque através da lei n.º 23/2007 (relativa a Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros do Território Nacional), de 4 de Julho, no seu art. 188 número 2 e da lei n.º 109/2009 (Lei do cibercrime), de 15 de Setembro no seu art. 19º. (Miguel Loureiro, 2013: 6)

4.4.2 Regime Jurídico das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal – lei 101/2001, de 25 de Agosto

A consagração deste regime como diploma extravagante, e não prevendo esta actuação na CRP ou no CPP, levanta a questão sobre se este está conforme as normas constitucionais. Já vimos, que a utilização de cada um destes agentes contende com direitos fundamentais, embora em grau diversificado, e por outro lado encontramos o direito à realização da justiça e da busca da verdade material. Embora, este direito à realização da justiça não seja absoluto, tendo em conta os fins que esta lei visa atingir, não nós parece que estaremos perante um regime inconstitucional. (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001b: 44)

Na exposição de motivos para a consagração desta lei, o Ministro da Justiça António Costa, referiu que o objectivo era melhorar a eficácia na prevenção e repressão da criminalidade grave e realce-se do crime organizado. Verificando-se uma preocupação relativa a segurança dos agentes e da aplicação destas medidas estarem conforme o princípio da proporcionalidade. (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001b: 16)

Este diploma legal não adopta a nossa divisão em três modalidades dos “homens de confiança”, referindo-se só a “acções encobertas” e “agente encoberto”. Este “agente encoberto” parece-nos reduzir a “nossa” modalidade de agente infiltrado. É, no entanto, recusado liminarmente a figura do “agente provocador”. (cfr. ponto 4.4.2.5)

4.4.2.1 Artigo 1º (Objecto)

No número 1 desta lei, estabeleceu-se o uso de acções encobertas tanto para fins de prevenção como de investigação.

Segundo Costa Andrade o uso de acções encobertas com finalidade meramente repressiva não se mostra admissível, traduzindo-se esta actuação num meio enganoso e, como tal, a prova obtida através da sua actuação é nula. Só admitindo a acção encoberta para fins exclusivos ou essencialmente preventivos, quando se estiver perante a criminalidade mais grave. (Costa Andrade, 2013: 231-233) Também Rui Pereira, destaca esta vertente preventiva, de modo a evitar-se a ocorrência de futuros crimes, sendo a utilização deste agente admitida desde que a causa justificativa de utilização se baseie em evitar a ocorrência de um crime e esteja conforme o princípio da proporcionalidade (Pereira R. , 2004: 21-22)

Embora concordemos com Sandra Pereira, que é mais facilmente aceitável uma acção encoberta com fins preventivos (Pereira S. , 2013: 147), não nós parece ser admissível uma restrição unicamente para estes fins, tendo em conta que o fim último a atingir-se é o da efectivação da justiça. Ora, em ambas as situações, como já vimos, o uso de uma acção encoberta será lícita desde que esteja conforme o princípio constitucional da proporcionalidade, havendo uma ponderação para cada caso em concreto.

Levantando-se a questão sobre qual será o âmbito da aplicação da acção encoberta com fim preventivo. Esta deverá trata-se de uma medida de investigação excepcional, visando a protecção de interesses de segurança das pessoas e da sociedade, é, nesses termos, uma acção preventiva com fins estritos (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001b: 27-30). Manuel Guedes Valente, considera que, em virtude da excepcionalidade desta figura, se devia ter limitado a qualidade de terceiro, especialmente quanto ao caso dos particulares, que podem ser agentes numa acção encoberta. (Guedes Valente, 2009: 171)

Através da lei 104/2001, de 25 de Agosto, permitiu-se a realização de uma acção encoberta por um funcionários da investigação criminal de outros Estados. Desse modo, a este funcionários vai ser aplicado a lei n.º 101/2001, segundo o art. 160 ° B número 1 da lei m.º 144/99, de 31 de Agosto¹² (Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria

¹² Artigo 160.º-B

Acções encobertas

1 - *Os funcionários de investigação criminal de outros Estados podem desenvolver acções encobertas em Portugal, com estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portugueses e nos demais termos da legislação aplicável.*

2 - *A actuação referida no número anterior depende de pedido baseado em acordo, tratado ou convenção internacional e da observância do princípio da reciprocidade.*

3 - *A autoridade judicial competente para a autorização é o juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal, sob proposta do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP).*

Penal), que foi alterada pela lei 104/2001, passando a estarem equiparados ao estatuto dos funcionários portugueses. Contudo, a cooperação só se verificará se estivermos perante “*um pedido baseado em acordo, tratado ou convenção internacional e da observância do princípio da reciprocidade*”, devendo a autorização ser dada pelo juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal, sob proposta do magistrado do MP junto do DCIAP. (Rodrigues, 2010: 119-120)

4.4.2.2 Artigo 2º (Âmbito de aplicação)

Depois no art. 2º prevê-se o catálogo de crimes a que se pode aplicar o agente infiltrado. A este catálogo de aplicação desta medida, são extendidos os crimes previstos no art. 188º número 2 da lei n.º 23/2007 (Crimes relacionados com a emigração ilegal em que estejam envolvidas associações criminosas), e, com finalidade preventiva, para os crimes informáticos ou praticados através de um sistema informático, previstos na lei n.º 109/2009, nos termos do art. 19º número 1 desta lei.

O recurso à esta medida encontra-se reservado à PJ, uma vez que esta, é o órgão de polícia criminal por excelência, fazendo estes crimes parte da sua competência reservada, nos termos do art. 7º números 2, 3 e 4 alínea b) da lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, pondo o SEF, no âmbito do art. 188º número 2 da lei n.º 23/2007, e só neste caso, fazer uso da acção encoberta. (Miguel Loureiro, 2013: 21)

Como tal, fora dos crimes previstos não se mostra admissível a actuação deste agente, estamos, nesses casos, assim face a provas proibidas. (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001b: 43) Estes crimes são de elevada gravidade. Temos “*uma composição variada, na qual coexistem distintas preocupações político-criminais, tais como a gravidade dos crimes, dificuldades de prova, combater à criminalidade organizada violenta e tutela de bens jurídicos sociais e estatais*”. (Silva, 2013: 52)

Para Benjamim Rodrigues, a extensão da acção encoberta a este catálogo de crimes mostra-se desproporcionada (Rodrigues, 2010: 123-124), pronuncia-se Sandra Pereira num sentido semelhante, a considerar que um catálogo tão amplo de infracções às quais se pode aplicar uma acção encoberta, poderá originar que o recurso a este método se torne algo banal. (Pereira S. , 2013: 149)

Não acolhemos estas opiniões, este regime já foi alvo de uma ponderação por parte do legislador, aquando da “criação” da lei, tendo-se acolhido este catálogo, e o próprio legislador (como iremos analisar) teve a preocupação de estatuir o princípio da

proporcionalidade a “balizar” os vectores da aplicação desta lei. O que evita uma aplicação estravasada e banal da lei.

De salientar, no âmbito da criminalidade organizada as seguintes alíneas, por conterem crimes que se enquadram no âmbito do crime organizado: alínea c) (Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados); alínea d) (Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns); alínea e) (Organizações terroristas e terrorismo); alínea i) (Associações criminosas); alínea j) (Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas); alínea l) (Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos); alínea m) (Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências); alínea o) (Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática; e, por último, alínea p) (Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional).

4.4.2.3 Artigo 3º (Requisitos)

O art. 3º estabelece os pressupostos a que as acções encobertas devem obedecer. No número 1 vinculou-se a actuação do agente infiltrado ao princípio da proporcionalidade, nas suas três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito, cfr. ponto 4.2), e bem andou o legislador neste sentido, uma vez que permite uma maior “elasticidade” nas condutas do agente encoberto, o que beneficia a eficácia da actuação encoberta. (Miguel Loureiro, 2013: 37), vinculando essa proporcionalidade as finalidades e a gravidade do crime em investigação. Estes pressupostos visam evitar uma aplicação desmedida desta medida, em virtude de estarmos perante uma medida excepcional. Sendo necessária para a aplicação desta técnica que já se tenha procedido a uma *“prévia recolha de elementos objectivos capazes de demonstrar fortes indícios de que se está perante um suspeito da prática de algum dos crimes previstos no art. 2º”*. (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001b: 82-84)

Levantando-se a questão se poderá um dos crimes do catálogo, não conter um desvalor tão elevado, que não tenha uma gravidade tão grave que permita a utilização desta medida. Benjamim Rodrigues considera que sim (Rodrigues, 2010: 125) e nós tendemos a concordar.¹³ A própria consagração do princípio da proporcionalidade, sustenta essa opinião, uma vez que este princípio, na sua modalidade de princípio da necessidade, indica que a acção encoberta é a necessária quando não se podia alcançar aquele desiderato (fim

¹³ Sandra Pereira também segue esta orientação, dando como exemplo o tráfico de estupefacientes e considerando que não faz sentido a aplicação de uma acção encoberta, quando estivermos perante um tráfico de pequena gravidade, onde no mesmo sujeito encontramos as qualidades de traficante e consumidor.

pretendido), através de outra lei que acarreta-se um potencial menos lesivo para os direitos fundamentais. Assim, nos casos previstos neste catálogo se se poder obter os mesmos fins com uma medida menos lesiva, deverá ser essa medida a aplicada (o que como já vimos dificilmente ocorrerá).

Por outro lado, o número 2 preveu a não obrigatoriedade de um sujeito poder ser obrigado a participar numa acção encoberta. Este número justifica-se pela preocupação que o legislador teve em relação aos participantes numa destas acções, uma vez que estes colocam a sua integridade física e muitas vezes a sua vida em perigo, traduzindo-se, igualmente, numa decisão de consciência. (Loureiro, 2007: 227) Desse modo, não poderão os OPC coagir um determinado terceiro a participar na acção encoberta, senão estaremos aqui perante um método de prova proibido. Acolhemos nesta situação a opinião de Sandra Pereira, que considera que *“a utilização de terceiros deve ser devidamente controlada e fundamentada, designadamente explicando por que razão tem de ser esse terceiro e não um agente de autoridade e por que razão é necessário proceder a uma acção encoberta e não utilizar outro método”*. (Pereira S. , 2013: 152)

Como esta figura contende com os direitos fundamentais, consagrou-se a prévia autorização da autoridade judiciária competente, no número 3, como se estiver na fase de inquérito, esta autorização é dada pelo MP, devendo ser comunicada ao JIC no prazo de setenta e duas horas, considerando-se validada se não for proferido despacho de renúncia durante esse prazo. Existe aqui uma validação tácita da medida. Ora, esta validação tácita da medida não se encontra conforme o paradigma constitucional dos direitos que vão ser restringidos pela aplicação desta medida, e dos arts. 18º número 2 e 34º número 4¹⁴ da CRP, pois significa que o JIC, se for extravassado o prazo, não poderá fazer uma ponderação da aplicabilidade desta medida. Então estaremos aqui frente a uma inconstitucionalidade material deste número, por violação dos referidos preceitos constitucionais. (Rodrigues, 2010: 126)¹⁵ O legislador devia ter consagrado neste artigo era um prazo de 72 horas para validação expressa por parte do juiz.¹⁶

Neste despacho que autoriza a acção encoberta deve constar-se os actos *“ainda que de forma genérica”* que o agente infiltrado deve praticar no âmbito desta autorização,

¹⁴ Este artigo diz-nos: *“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.”*

¹⁵ Vai no mesmo sentido Manuel Monteiro Guedes Valente. (Guedes Valente, 2009: 172)

¹⁶ Joaquim Loureiro faz uma crítica a este número, considerando que a autorização devia ser dada pelo JIC e não pelo MP. (Loureiro, 2007: 226) A nossa opinião de haver uma alteração à lei e está passar a cominar a obrigatoriedade de validação expressa por parte do juiz, já levaria ao afastamento desta crítica. Pois, nesta situação, seria ao JIC que iria considerar a admissibilidade desta medida.

podendo ao longo da continuação desta (se for duradora) proceder-se “à reavaliação dos pressupostos, e decidir quanto à autorização de novos actos a praticar pelo agente”. (Silva, 2013: 55) Contudo, tendo em conta a natureza desta actuação, não é possível na maior parte dos casos determinar todos os actos concretos que este poderá praticar, nem sendo possível ao agente socorrer-se de uma “consulta prévia de quem diriga a operação ou da autoridade judiciária quando constate que a sua conduta irá preencher um tipo legal de crime”. Assim, irá recair sobre o agente, a ponderação da proporcionalidade daquele acto que possa vir a ter de praticar, devendo este júízo “reportar-se ao momento da prática do acto e tendo em conta as circunstâncias concretas que a envolvam (juízo ex ante).” (Miguel Loureiro, 2013: 38)

Quando a acção encoberta tiver por objectivo a prevenção criminal, a iniciativa e a decisão é do magistrado do MP junto do departamento central de investigação e acção penal e do tribunal central de instrução criminal, devendo ser autorizada pelo juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal (números 4 e 5 do respectivo artigo). Desse modo, o legislador submeteu este regime ao controlo judiciário do preceito constitucional do art. 32º número 4 da CRP. (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001b: 86) Um dos pressupostos da aplicação desta medida prende-se com a probabilidade de vir a ser aberto um processo criminal, devendo-se adaptar nesse sentido o conceito de indícios suficientes, previsto no art. 283º número 2 do CPP.¹⁷ (Pereira R. , 2004: 27)

No entanto, o TRL no Acórdão de 12/3/2009, Proc. n.º 366/06.9JELSB.L1 9º secção, considerou que tanto na prevenção como na repressão, não se exige que o juiz acompanhe o desenrolar de todos os acontecimentos da acção encoberta. (Pereira S. , 2013: 151)

Quando tivermos a acção encoberta a correr ao mesmo tempo que o inquérito, esta deverá ocorrer envolta num “secretismo”, de tal modo a que recolha de provas não seja afectada, isto é, “sem que haja qualquer tipo de interação entre um expediente e outro”, só se procedendo a junção do relato da intervenção do agente encoberto (previsto no número 6 deste artigo) quando este se revele absolutamente indispensável em termos probatórios (art. 4º número 1, deste diploma legal). (Silva, 2013: 55) Todavia, deve-se frisar que este “secretismo” se deve limitar ao mínimo indispensável para a obtenção daquele conjunto de

¹⁷ Artigo 283º número 2:

“2 - Consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança.”

provas, de modo a proporcionar uma efectiva defesa ao arguido. (Marques da Silva, 2005: 72)

Podendo esta ponderação sobre a sua indispensabilidade ser realizada no fim do inquérito ou da instrução, ficando até então o respectivo relato (visto que ele deve ser realizado até quarenta e oito horas após o “terminus” da acção encoberta) no poder da PJ, que é a entidade que o vai realizar.

O relato vai ter como função descrever o que ocorreu durante a acção encoberta, de modo a ser possível as autoridades judiciárias fazerem uma avaliação desses actos, como tal, devem ser incluídos todos os elementos probatórios recolhidos pelo respectivo agente. Fazendo-se uma ressalva quanto à possibilidade de o agente encoberto fazer uso da prerrogativa prevista no art. 6º da lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, para obtenção de provas através do registo de voz e imagem (cfr. ponto 4.4.3). (Silva, 2013: 56)

Levantando-se a questão de qual deverá ser o valor probatório do relato do agente infiltrado, quando este for junto ao processo principal, isto é, nas situações onde é absolutamente indispensável. A doutrina tem vindo a afirmar que o relato não tem valor probatório, considerando Paulo Pinto de Albuquerque, que *“o relato não tem qualquer valor probatório na audiência de julgamento, por força do princípio da imediação (art. 355 n.º1). Só o depoimento pessoal do autor do “relato” (o agente encoberto) vale como meio de prova do que ele fez, viu e ouviu, (...) ao invés, as fotos ou outros registos de voz e imagem que possam ter sido justas ao relato são documentos que podem ser, se colhidos legalmente, valorados na audiência de julgamento”*. O valor do relato, sem ser corroborado com outras provas, será, assim, meramente de avaliação da acção encoberta¹⁸ (Albuquerque, 2011: 660)

4.4.2.4 Artigo 4 (Protecção de funcionário e terceiro) e 5º (Identidade fictícia)

Voltamos a verificar a preocupação do legislador com a protecção do agente infiltrado, *“tratam-se de medidas destinadas, sobretudo, a prevenir e a evitar eventuais represálias contra o agente infiltrado, pelos suspeitos, objecto da sua intervenção”*. (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001b: 86, 102). *“O legislador optou por um sistema pluriconforme de protecção dos “agentes encobertos”, já que, por um lado, garante a protecção do funcionário e terceiro, com uma proibição de junção do relato, a não ser que tal se repute absolutamente indispensável em termos probatórios (artigo 4º), e*

¹⁸ No mesmo sentido, a não admitir o valor probatório do relato do agente infiltrado por si só, encontramos Sandra Pereira (Pereira S. , 2013: 154) e Henriques Gaspar. (Gaspar, 2004: 52)

com a isenção de responsabilidade pela sua conduta no âmbito de uma acção encoberta; e, por outro lado, se permite o uso de uma identidade fictícia (artigo 5º).” (Rodrigues, 2010: 127) Contudo, esta identidade fictícia só é admitida quando estivermos perante um funcionário de investigação criminal, não sendo admitida quando estivermos perante um terceiro. (Pereira R. , 2004: 26)

Assim, se o juiz entender, por indispensabilidade da prova, a comparência deste agente, na audiência de julgamento, dever-se-á ter em conta o art. 87º número 1 primeira parte do CPP e da lei n.º 93/99, de 14 de Julho (Lei de Protecção de Testemunhas).

Embora se compreenda a consagração deste artigo, ainda para mais no contexto do crime organizado, onde temos um vasto conjunto de membros que poderão ter tendência a exercer represálias contra o agente infiltrado, este tem levado uma parte da doutrina e da jurisprudência a afirmar que estamos perante uma dificuldade acrescida para o arguido se poder defender, podendo não se verificar um processo “equitativo” (Loureiro, 2007: 227) e violar o princípio do contraditório e da imediação. (Pereira S. , 2013: 155-156)

Paulo Pinto de Albuquerque considera que o depoimento sob identidade fictícia, nos termos do art. 4º número 3, deste diploma legal, é inconstitucional, por violar o art. 32º número 1 da CRP e o art. 6º número 1 e 3 alínea d) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O referido autor funda a sua posição no facto de que esta norma levar a que a decisão sobre a protecção da identidade do agente encoberto, ser tomada sem que se verifique a garantia do contraditório, ao contrário do que se propõe na lei 93/99, de 14 de Julho (Protecção de Testemunhas em Processo Penal), e de a decisão não ser da competência do juiz. (Silva, 2013: 58)

O art. 4º número 4 deste diploma legal faz uma remissão para a lei 93/99, de 14 de Julho, neste sentido o valor probatório e a admissibilidade do depoimento deste agente, vão seguir o disposto desta lei. Nos termos do art. 16º da lei 93/99, o depoimento do agente infiltrado em condições de anonimato é excepcional, só sendo admitido nas situações aí previstas.¹⁹ Nesses termos, ainda que se admita o depoimento realizado de forma anónima, ele deve limitar-se ao estritamente necessário. (Pereira S. , 2013: 156)

¹⁹ “Artigo 16.º

Pressupostos

A não revelação da identidade da testemunha pode ter lugar durante alguma ou em todas as fases do processo se estiverem reunidas cumulativamente as seguintes condições:

a) O depoimento ou as declarações disserem respeito a crimes de tráfico de pessoas, de associação criminosa, de terrorismo, de terrorismo internacional ou de organizações terroristas ou, desde que puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a oito anos, a crimes contra a vida, contra a integridade física, contra a liberdade das pessoas, contra a liberdade ou autodeterminação sexual, de corrupção, de

Concordamos nesta questão com Sandra Pereira, que entende que “*para se fundamentar uma decisão de condenação (...), não bastará o depoimento do agente, será preciso outros meios de prova que o sustentem*”. (Pereira S. , 2013: 158) O que se encontra em consonância com o art. 19º número 2 da lei n.º 93/99.²⁰ Como tal, o depoimento deste agente não servirá exclusivamente para afastar a presunção de inocência e para justificar uma condenação. É necessário que se juntem mais meios probatórios, que permitam corroborar aquelas declarações, para que se efectue uma efectiva condenação, tais como, por exemplo, a localização geográfica, o registo de voz e imagem, ou o depoimento de um “arrendido”.

Originando-se nesta temática mais uma questão controversa referente ao depoimento indirecto efectuado pelo agente infiltrado. Este agente “*quer no relato, quer no depoimento em audiência de julgamento, referir-se-á a conhecimentos que adquiriu aquando da acção encoberta, o que engloba as conversas que ouviu entre o arguido e demais pessoas*”, nesse sentido, o depoimento do agente na audiência de julgamento irá tratar-se de um depoimento indirecto. Também nesta situação se colocam questões por este colidir com os princípios da imediação e do contraditório. Nesta situação seguimos o entendimento da doutrina maioritária²¹, aceitando este depoimento, não obstante, ele deve estar vinculado à eficácia operada pelo art. 19 número 2, da já referida lei 93/99, de 14 de Julho. (Pereira S. , 2013: 157)

4.4.2.5 Artigo 6º (Isenção de responsabilidade)

Este artigo vai definir os limites da intervenção do agente encoberto de uma forma indirecta, em virtude de consagrar as situações em que se verifica uma isenção da responsabilidade do agente. (Gaspar, 2004: 45-46)

burla qualificada, de administração danosa que cause prejuízo superior a 10 000 unidades de conta, ou cometidos por quem fizer parte de associação criminosa no âmbito da finalidade ou actividade desta;

b) A testemunha, seus familiares, a pessoa que com ela viva em condições análogas às dos cônjuges ou outras pessoas que lhes sejam próximas correrem um grave perigo de atentado contra a vida, a integridade física, a liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado;

c) Não ser fundadamente posta em dúvida a credibilidade da testemunha;

d) O depoimento ou as declarações constituírem um contributo probatório de relevo.”

²⁰ Nos termos deste artigo:

“*Artigo 19.º Audição de testemunhas e valor probatório*

1 - A testemunha a quem for concedida a medida de não revelação de identidade pode prestar depoimento ou declarações com recurso à ocultação de imagem ou à distorção da voz ou à teleconferência, nos termos do disposto nos artigos 4.º e 5.º

2 - Nenhuma decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento ou nas declarações produzidas por uma ou mais testemunhas cuja identidade não foi revelada.”

²¹ Confluem na mesma opinião Daniel Silva (Silva, 2013: 59), Carlos Adérito Teixeira e Sandra Pereira. (Pereira S. , 2013:157)

Estamos perante uma causa de exclusão da ilicitude, decorrente do cumprimento de um dever, nos termos do art. 31º número 2 alínea b) do CP. Daí decorre que só o agente infiltrado se vê isento da responsabilidade penal, os outros participantes vão ser penalmente responsáveis. (Pereira R. , 2004: 33)

No entanto, esta causa de exclusão da ilicitude, não se aplicará as condutas que violem direitos fundamentais para os quais o legislador no RJAÉ não realizou uma ponderação de interesses, e que já tem previsto um regime específico de âmbito penal ou constitucional, tais como o recurso ao registo de voz e imagem (previsto no art. 6º da lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro) ou a entrada do domicílio do suspeito (previsto o seu âmbito no art. 34º número 2 e 3 da CRP). (Miguel Loureiro, 2013: 18-20)

Podemos analisar este número numa dupla vertente: a possibilidade do agente infiltrado praticar actos preparatórios ou de execução²² em comparticipação, de acordo com o princípio da proporcionalidade, limitando-se a actuação destes agentes; e a proibição absoluta da utilização do agente provocador no ordenamento jurídico português. Assim, quando nos encontrarmos perante um agente provocador, para além da proibição de valoração da prova por si obtida, a sua conduta será punível, nos termos deste artigo, interpretado à contrário. (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001b: 102-105)

Na doutrina existe quem considere que o legislador a referir-se a “actos de execução”, pretendeu restringir a actuação deste agente a factos só na forma tentada. Concordamos com Nuno Miguel Melo que não será esta a melhor interpretação da lei. Pois, uma concepção de tal tipo, limitaria a eficácia deste meio de obtenção de provas, o qual já vimos, surgiu com o propósito exactamente contrário, isto é, de aumentar essa eficácia. E até estaria esta lei, segundo esta interpretação, a prever um regime mais limitativo que o decreto-lei 15/93 e a lei n.º 36/94 (os anteriores diplomas legais que previam a acção encoberta), pois estes não previam esta limitação. O que no âmbito da investigação da criminalidade organizada acarretaria grandes dificuldades. *“Isto porque é a prática de factos típicos consumados, e não meramente tentados, que permite verdadeiramente criar nos criminosos a convicção de que o agente é também um deles, bem como acompanhar a execução dos seus ilícitos criminais sem levantar desconfianças”*. Aquando da proposta de lei deste regime jurídico, o Ministro da Justiça

²² São actos de execução, segundo o art. 22 do CP:

- a) *Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime;*
- b) *Os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou*
- c) *Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.*

referiu que o agente poderá “*praticar os actos típicos necessários*” (Miguel Loureiro, 2013: 24-27), e que esta lei tem como fundamento uma “*maior eficácia que é essencial melhorar em dois aspectos: por um lado, na prevenção do crime grave e organizado e na recolha de prova que assegure a efectiva condenação dos criminosos; por outro, na prevenção e repressão da violência criminal.*” (Alves, Guedes Valente, & Gonçalves, 2001b: 16) O que, na nossa opinião, contribui para demonstrar que não estaremos meramente perante actos na forma tentada.

Desse modo, dever-se-á fazer uma interpretação correctiva do art. 6º número 1, de modo a incluir-se os “*actos penalmente relevantes que tanto podem levar a que aquela fique pelo estágio da tentativa como a que atinja a consumação, e incluindo actos de auxílio (de cúmplice*”. Claro que tendo em conta o princípio da proporcionalidade, se o agente conseguir obter o fim de recolha de provas, só com a prática de actos de execução, deverá ser esta a forma seguida. Somos, desse modo, da opinião de Nuno Miguel Loureiro que o legislador neste artigo devia ter adoptado a expressão de “actos” invés das expressões de actos preparatórios e de execução, por uma questão de facilidade de interpretação. (Miguel Loureiro, 2013: 27)

A própria jurisprudência parece ir nesse sentido, pois o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23/3/2011 considerou que não estamos perante um meio enganoso, quando o agente infiltrado permitiu a retirada da droga, que tinha origem no continente americano, do contentor no porto de Lisboa, de modo a ela chegar aos membros da organização, que depois a fariam seguir para Espanha. Ora, tendo em conta a matéria factual analisada estaríamos perante o crime de tráfico, uma vez que o agente deteve e transportou um estupefaciente, o tribunal não foi nesse sentido, considerando o agente como isento de responsabilidade. (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 182/09.6JELSB.L1-5, 2011)

Quanto às formas de comparticipação que são admitidas para que se verifique a causa de exclusão da ilicitude, estas são a co-autoria e a cumplicidade. Não é assim admitida a autoria singular porque o agente nesse caso será o único agente do crime. (Pereira R. , 2004: 32)

Só que quanto a esta matéria verifica-se uma questão bastante controversa. Pense-se, por exemplo, num caso em que o agente se infiltra numa organização. Ora, como já tivemos a oportunidade de ver, estas organizações apresentam uma estrutura muito rígida e de absoluto silêncio. O que leva a que para o agente infiltrado se conseguir inserir-se naquele meio criminoso terá de praticar um conjunto de actos ilícitos “*para mostrar que é*

“*fiel*” à *organização criminosa*”, mantendo o seu “disfarce” e, por vezes, se não for a prática desses actos o agente pode ver a sua integridade física ou até mesmo a sua vida ameaçados. (Loureiro, 2007: 203) Pondendo tais crimes ser praticados quer no momento de infiltração, onde se designam como “*provas de castidade*”, ou no decorrer da própria acção encoberta. Existindo um confronto entre a finalidade de obtenção de prova por parte do agente infiltrado e os actos ilícitos que este terá de praticar para conseguir a confiança por parte dos membros da organização, que lhe permitirá obter essas mesma provas. Neste caso, não se afigura possível, através do artigo em análise, afastar a ilicitude da conduta do agente infiltrado, uma vez que, geralmente, nestes casos ele será o autor singular da prática daquele crime. Contudo, a ilicitude destas condutas poderá ser afastada se se verificarem os pressupostos da legítima defesa (art. 32º CP) ou do estado de necessidade (art. 34º CP). (Miguel Loureiro, 2013: 30)

4.4.3 Art. 6º da lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro – Registo de voz e imagem

Impõe-se-nos fazer uma breve referência a este regime, em virtude, de ser um método de obtenção de prova que poderá ser utilizado pelo agente infiltrado, no âmbito de uma acção encoberta, e que se revela de grande utilidade no combate ao crime organizado.

Este regime trata-se de um meio excepcional da obtenção de meios de prova, como já vimos, vinculado a criminalidade organizada. E é um regime especialmente gravoso, uma vez que para além de permitir a recolha do som, também permite a recolha da imagem. “*É por isso um portentoso equipamento no combate a este tipo de criminalidade*”. (Caires, 2014: 290-291)

O direito à palavra (na qual se incluir a voz) e a imagem tem protecção constitucional, nos termos do art. 26º CRP. O legislador ainda estendeu a protecção dada a estes direitos a estatuir a criminalização de conductas que atentem contra estes direitos no âmbito do art. 199º CP. Sendo ilícito a obtenção destes meios sem o consentimento do respectivo titular. Nesse sentido, pretendeu o legislador autonomizar estes direitos face à protecção da intimidade da vida privada.

Contudo, a protecção destes direitos não é absoluta, sendo limitada por finalidades de eficácia da justiça penal, e estritamente limitada para as situações consagradas na lei. É nesse sentido que nos aparece este método de obtenção de prova. (Monte, 2004a: 82-83)

Segundo o artigo 6º da referida lei, é possível o registo de voz e imagem, sem consentimento do visado: para os crimes previsto no catálogo da lei (cfr. ponto 1.2.6); através de prévia autorização ou ordem do juiz, de acordo com os casos; e, tendo em conta

as finalidades do art. 188º do CPP. Excluem-se do âmbito da aplicação deste artigo à prevenção criminal, só se indo aplicar à investigação criminal. (Caires, 2014: 291)

O registo de voz e imagem através deste método demonstra a preocupação do legislador com o crescente avanço e evolução do crime organizado e da criminalidade económico-financeira. Devido a esta preocupação e a dificuldade de prova nesta criminalidade, que já aludimos, consagrou-se um regime mais gravoso de obtenção de provas através destes registos do que o previsto no CPP. Embora no âmbito doutrinário se levante dúvidas sobre se este regime vai ser mais eficaz do que o previsto no CPP, em virtude do catálogo do CPP ser mais abrangente do que o catálogo da lei 5/2002, de 11 de Janeiro. (Monte, 2004b: 96-97) Nós seguimos a opinião de que este regime é mais eficaz uma vez que permite o registo de voz e imagem através de qualquer meio técnico, diferindo do regime previsto no CPP, que só admite o registo através de telefone ou meio técnico similar, (Monte, 2004a: 84) e fora de uma conversação ou comunicação. (Monte, 2004b: 100) O que se traduz numa inegável maior facilidade de obtenção de provas.

Devendo-se ter em conta que quando o legislador consagra a expressão “necessário”, deve significar um interesse relevante. O juiz deve fazer uma ponderação de interesses para o caso concreto, a medida só será, assim, aplicável quando se verifique aquele interesse relevante no próprio caso. Isto porque estamos perante um meio lesivo de direitos fundamentais, que só deverá ser utilizado, quando não se conseguir atingir o mesmo desiderato com meios menos gravosos. (Caires, 2014: 293)

É, igualmente, necessário que se verifique para além do despacho judicial a autorizar a aplicação desta medida, um “*acompanhamento próximo e um controlo de conteúdo*”, segundo o art. 188º número 5 e 6 do CPP, que é aplicável, nos termos da remissão do art. 6º número 3 da lei n.º 5/2002. (Caires, 2014: 293)

Este regime levanta três questões problemáticas. A primeira corresponde a uma divergência doutrinária²³, sobre se o regime das escutas telefónicas (art. 187º do CPP), será aplicável por analogia, às lacunas deste artigo. Nós seguimos esta concepção, uma vez que face as lacunas, uma opinião contrária podia acarretar uma situação de “insegurança jurídica”, ainda para mais num regime excepcional que contende com direitos fundamentais, e que é balizado pelo princípio da proporcionalidade. O próprio legislador a

²³ Admite esta aplicação por analogia, João Gouveia de Caires (Caires, 2014: 293-294) e Paulo Pinto de Albuquerque (Albuquerque, 2011: 546). No sentido contrário encontramos Mário Ferreira Monte. (Monte, 2004b: 104) Já Carlos Rodrigues de Almeida, só considera que se deva aplicar de forma analógica o art. 187º número 5 e 190º, ambos do CPP, uma vez que existe uma lacuna no art. 6º da lei 5/2002, em relação a estas matérias. (Almeida, 2004: 116)

remeter expressamente para o art. 188º do CPP, parece-nos ir de encontro a nossa opinião, considerando que as formalidades entre ambos os regimes são idênticas.

A outra questão é sobre se o registo de voz e imagem pode ser aplicado no âmbito do domicílio. Também aqui existe uma divergência doutrinária, com João Gouveia Caires (Caires, 2014: 294-295), Carlos Rodrigues de Almeida (Almeida, 2004: 113) e Benjamim Rodrigues (Rodrigues, 2010: 547) a considerar que não é possível esta aplicação, indo o registo de voz e imagem só ser realizado em locais públicos. Já Paulo Pinto de Albuquerque admite esta recolha de imagem e som com devassa do domicílio e em local público, no entanto, fazendo uma ressalva quanto à imposição ao juiz de ter em conta (aquando da autorização) “*a tutela do núcleo do direito à privacidade do suspeito*”. (Albuquerque, 2011: 546) Temos que para nós a segunda opinião mostra-se mais acertada, porque tendo em conta o regime da excepcionalidade que o legislador quis consagrar no âmbito da criminalidade organizada, onde teve em atenção a limitação do catálogo de crimes a que esta medida pode ser aplicada, por exemplo, face ao das escutas telefónicas, e a consagração da necessidade de autorização do juiz para ponderação da utilização deste método, parece-nos realçar que o registo pode ser efectuado no âmbito do domicílio. Também, como já vimos, estes direitos tem uma consagração constitucional autónoma, face a protecção da intimidade da vida privada, o que se traduz em que nada obste a aplicação daquele registo no domicílio.²⁴ (Monte, 2004b: 101-102)

Por fim, a última questão controversa, é qual será a admissibilidade da prova quando a medida de recolha de imagem e voz tiver sido autorizada para um crime do catálogo e, posteriormente, se vem a constatar que estamos perante um crime que não é do catálogo? Tendo em conta, que o artigo 6º número 1, limita o recurso ao registo de voz e imagem ao catálogo previsto no artigo 1º, quando não se verificar este pressuposto não poderão ser utilizadas essas provas.

Nesse sentido foi o Acórdão do TRL de 15/5/2010, Proc. n.º 42/08.PJAMD.L1-5, ao considerar que perante um crime de tráfico de droga previsto no art. 21º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro (que é admitido no catálogo) e que justificou o recurso a este método, quando se comprovou que estamos, não perante um crime do art. 21º, mas sim do

²⁴ João Gouveia de Caires não segue esta independência face a protecção dos direitos à imagem e a palavra e da reserva da vida privada, considerando que estes direitos serão “*consumidos*” pela reserva da intimidade privada. E, também, considerando que o legislador só teve em conta, na consagração deste regime, a restrição destes direitos só nos espaços públicos. (Caires, 2014: 295)

Carlos Rodrigues de Almeida também segue este entendimento, considerando que estes direitos são autónomos, porém, como a lei não faz referência a obtenção destes registos no domicílio e a reserva da intimidade da vida privada, na opinião deste autor, também considera que não será admissível a obtenção destes registos no âmbito do domicílio. (Almeida, 2004: 113)

art. 25º (que não é incluído no catálogo da lei 5/2002, de 11 de Janeiro), o tribunal considerou que a alteração do crime, significa que a fundamentação da utilização deste método não se encontra perante a lei, não podendo ser utilizadas as provas obtidas através dele.

Como é nossa opinião, admitimos a aplicação do regime das escutas telefónicas (art. 187º do CPP) ao registo de voz e imagem quando estivermos perante uma lacuna. Nesse sentido, parece-nos o mais acertado e tendo em conta que estamos perante as mesmas formalidades do regime das escutas telefónicas, que se aplique o art. 190º do CPP, quando estivermos perante a falta de um requisito legal. Assim, nos termos deste artigo, a cominação legal será a nulidade e a impossibilidade de valoração dessa prova. Porém, mesmo quando não se siga a nossa concepção, a cominação será a mesma, nos termos do art. 126 número 3 do CPP. (Rodrigues, 2010: 554)

5. Localização geográfica

As localizações geográficas tratam-se de um meio de investigação bastante recente, potencializadas pelas novas tecnologias e expandidas pela utilização cada vez mais recorrente de meios tecnológicos que permitem esta vigilância.

Os exemplos mais visíveis, e recorrentes, são as redes de comunicação celulares (chamando-se a atenção para o telemóvel). Actualmente o telemóvel é um bem considerado “essencial”, tanto no âmbito familiar como profissional, o que tem originado a sua maciça utilização. Daí que possamos designá-lo como “o meio” por excelência, devido as suas especificações técnicas, para a aplicação de uma localização por este método. Embora também possamos ter localizações geográficas através de outro meio tecnológico, o GPS (*Global Position System*).

Este meio de obtenção de provas permite obter uma localização exacta, o que na investigação se traduz numa grande vantagem probatória, e para a acusação, especialmente quando conjugada com outras provas (Rodrigues, 2010: 83-84), fazendo-se a ressalva para a figura do agente infiltrado, uma vez que através da acção encoberta as instâncias de investigação criminal, tomam conhecimento dos membros da organização, e através da localização geográfica, sabem do seu paradeiro, podendo-os colocar no local de crimes, estabelecendo, assim, um nexos entre o crime e a organização criminosa.

5.1 Localização e identificação através de dados celulares

Está localização é possibilitada “porque os equipamentos ou terminais de informação e comunicação, em si mesmos, possuem um esquema de identificação e localização que pode ser obtido por meio do acesso às redes de comunicação electrónico-digitais a que os mesmos se encontram conexiados ou interconectados ou, nalgumas situações, fora desse contexto electrónico-digital, em si mesmos, dado os elementos que o terminal detém e que, por via de determinadas técnicas de investigação, podem ser “captados” e obtidos à distância.” (Rodrigues, 2010: 84-85)

Este regime encontra-se previsto no art. 189º número 2 do CPP. Diz-nos este artigo que “a obtenção e junção aos autos de dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas, em qualquer fase do processo, por despacho do juiz, quanto a crimes previstos no n.º 1 do artigo 187.º e em relação às pessoas referidas no n.º 4 do mesmo artigo.” Conforme comprovamos, a obtenção dos dados sobre localização celular ou de registos da realização

de conversações ou comunicações estão vinculados ao catálogo de crimes e quanto aos visados previstos para as escutas telefônicas. A expressão “comunicações” refere-se aos *“dados de tráfego das comunicações electrónicas”*, isto é, *às ligações do computador a um fornecedor de acesso à internet*”, mas restringe-se só a comunicação do quando aquele acesso foi realizado, não em relação às páginas que consultou. Para as demais regras este regime, quando se verificar uma lacuna, irá aplicar-se por analogia o regime das escutas telefônicas. (Albuquerque, 2011: 547)

Tendo o legislador previsto neste número, duas situações diferentes: *“a obtenção e junção de dados sobre localização celular”*; e *“a obtenção e junção aos autos de dados sobre registos de realização de conversações ou comunicações”*. Enumerando Benjamim Rodrigues duas críticas a este regime: a primeira corresponde a ter consagrado estas matérias que são díspares no mesmo número; a segunda é ter previsto que se pode realizar uma localização celular ou de registo da realização de conversações ou comunicações em qualquer fase do processo. Ora, como iremos posteriormente analisar em pormenor, quanto a matéria das escutas telefônicas o legislador expressamente consagrou que elas só podem ser autorizadas no inquérito (art. 187º número 1 CPP). (Rodrigues, 2010: 85)

Considerando Benjamim Rodrigues que o legislador, ou se esqueceu do que tinha estatuído nesse artigo, ou considerou que este regime da localização e identificação através dos dados celulares, não se trata de uma ingerência nas comunicações. No entanto, não concorda que a obtenção destes dados não configure uma ingerência nas comunicações (o que tanto valerá para a obtenção dos dados de localização ou o registo das conversações ou comunicações que foram realizadas). Até porque atendendo ao regime, verificamos que a lei impõe que terá de ser o juiz a autorizar ou ordenar a junção destes dados ao processo, o que na opinião deste autor *“legitimará a afirmação de que o acesso a tais elementos contende(ia), de facto, com o princípio da inviolabilidade do sigilo da correspondência e comunicação privadas.”* E devendo ter em atenção, que em relação aos registos de conversações ou comunicações, estes dados permitem na investigação saber-se com quem o sujeito contactou e quando o fez (Rodrigues, 2010: 85-88), o que na nossa opinião viola claramente o princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações, estravasando a *“reserva da vida íntima do visado”* (Albuquerque, 2011: 547)

5.2 Localização celular como medida cautelar – art. 252º-A CPP

O legislador na reforma do processo penal em 2007, instaurou no art. 252º-A a possibilidade dos órgãos de investigação criminal, obterem dados de localização celular, como meio cautelar, mesmo quando não se está face a um processo criminal. Não sendo objecto deste artigo a localização através de mecanismos que comunicam através de ligações a satélites (v.g. o GPS, sobre o qual iremos incidir no ponto seguinte). (Brito, 2013: 185)

No número 1 deste artigo institui-se que *“as autoridades judiciárias e as autoridades de polícia criminal podem obter dados sobre a localização celular quando eles forem necessários para afastar perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave.”* Como indica a parte final deste artigo, a lesão para a vida ou a ofensa à integridade física grave ainda não se verificou (só existe meramente o perigo), e para uma actuação desta íngole é exigido que esse perigo se consubstâncie numa ameaça imediata que acarretará elevados danos para os bens jurídicos em causa, devendo *“verificar-se, pelo menos, a existência de actos preparatórios da prática do crime.”* O legislador visou, deste modo, restringir as causas justificativas a um elenco de situações de elevada gravidade. Assim, quando se mostre precisa para *“determinar a localização do agressor e da vítima (sempre que necessários para eliminar o perigo) se fará recurso a tal medida.”* (estando-se, desse modo, igualmente perante uma medida de prevenção criminal). Devendo para ver se está medida é necessária fazer-se um juízo *“de casualidade negativa, segundo a qual há forte probabilidade de que a consumação da lesão possa vir a ser evitada com a prática da ingerência, com a obtenção de dados sobre localização celular, depois de previamente esgotados outros métodos menos intrusivos.”* (Brito, 2013: 186, 195, 197-199)

Como se encontra previsto a localização celular como medida cautelar e de polícia pode ser realizada tanto pelas autoridades judiciárias como as de polícia criminal. Quanto as autoridades judiciárias, estás serão nos termos do art. 1º alínea b) do CPP, o juiz de julgamento, o juiz de instrução e o MP. Em relação as autoridades de polícia criminal, o número 1 alíneas c) e d) avança com uma definição, devendo-se fazer uma conjugação entre este preceito e a lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, que vem limitar o leque das entidades policiais competentes, e que enumera no seu art. 2º, alínea f) como competentes a PJ, GNR, PSP, Polícia Judiciária Militar, o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e a Polícia Marítima. Embora tendo em conta a natureza desta medida esta está mais desenhada para a iniciativa das autoridades policiais e nem tanto para as judiciárias, uma

vez que são estas que possuem “*os meios técnicos e humanos necessários a prosseguir com as acções de emergência na prevenção criminal*”. (Brito, 2013: 193-195)

Consagrou-se nos números subsequentes um regime diferenciado quando estes dados sejam obtidos quando estivermos face a um processo em curso ou não. Desse modo, no número 2 prevê-se que “*se os dados sobre a localização celular previstos no número anterior se referirem a um processo em curso, a sua obtenção deve ser comunicada ao juiz no prazo máximo de quarenta e oito horas*”. O objectivo é aproveitar esses dados como meios de prova para o respectivo processo. Na opinião de Fernando Brito, a dispensa do requerimento do MP e do despacho do juiz, para juntar estes dados ao processo, não leva a que está norma deva ser considerada inconstitucional, porque estamos perante um processo criminal e já se procedeu a um juízo de ponderação entre os bens jurídicos em conflito, aquando da utilização desta medida cautelar. Quando estivermos perante uma situação onde se aplicou esta medida cautelar, mas que embora seja aplicada ao mesmo sujeito, não tem conexão com um processo criminal que já esteja em curso contra esse mesmo sujeito, deverá o juiz enviar esses mesmos dados obtidos para o MP para que este abra um novo processo criminal, referente a situação que justificou a aplicação daquela medida. (Brito, 2013: 187, 197-198)

Enquanto no número 3, prescreve-se que “*se os dados sobre a localização celular previstos no n.º 1 não se referirem a nenhum processo em curso, a comunicação deve ser dirigida ao juiz da sede da entidade competente para a investigação criminal.*” Da análise deste preceito, extrai-se que esta medida cautelar pode ser aplicada independentemente de existir um processo criminal em curso ou não, basta meramente que se verifiquem situações que acarretem um perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave, e esta se mostre necessária para afastar esse perigo. Para Benjamim Rodrigues, este número não se encontra em consonância com o preceito constitucional (art. 34º número 1 e 4 da CRP), referente à ingerência nas comunicações, por permitir a utilização desta medida quando não estamos perante um processo criminal (Rodrigues, 2010: 86), no mesmo sentido vai Fernando de Brito, a enunciar incertezas sobre a sua constitucionalidade, acrescentando que este preceito entra em conflito com o art. 32 nº 4 CRP, visto que ao estes dados serem obtidos fora de um processo criminal, irá implicar que o juiz de instrução não se possa pronunciar da admissibilidade da medida antes que esta seja aplicada. Entrando, igualmente, em conflito com o número 8 do mesmo artigo, ao admitir a utilização destes dados no processo criminal. (Brito, 2013: 188) Pois embora se tenham vindo a levantar vozes a considerar que não estaremos nesta situação perante uma

comunicação que se traduza na violação do sigilo das comunicações, não concordamos com estas opiniões, devido aos operadores destes meios de comunicação estarem vinculados “*a imperativos de confidencialidade, segurança e integridade das suas redes*”, como tal, o fornecimento destes dados terá de originar uma violação destes deveres, originando uma violação do sigilo das comunicações. (Rodrigues, 2010: 87) Tendo-se afirmado no debate parlamentar sobre este artigo, que a norma não é inconstitucional, porque não estamos aqui perante um meio de prova (o que neste caso já não seria conforme a constituição), mas “*como um meio excepcional de acção para combater o crime*”. (Brito, 2013: 189)

Observando o nosso sistema processual penal, quanto à comunicação prevista na lei, esta deveria ser feita ao MP, visto que é esta entidade responsável pela abertura do inquérito, indo só posteriormente esses dados serem enviados para o juiz de instrução, de acordo com os seus poderes na fase de inquérito. (Brito, 2013: 189)

Por fim, o número 4º do art. 252-A, prevê que “*é nula a obtenção de dados sobre localização celular com violação do disposto nos números anteriores*”. Ora levanta-se a questão sobre a cominação legal aqui prevista quando se violem as disposições anteriores, porque a regra quanto as medidas cautelares e de polícia não é a nulidade. Para Fernando Brito, “*a hipotética decretação da nulidade iria retroagir à data da prática do acto, colocando o processo numa situação equivalente àquela em que os dados de localização celular nunca tivessem sido recolhidos*”. O que tendo em atenção o âmbito desta medida não seria possível. Como tal, considera que “*não deve ser essa a consequência jurídica em relação ao n.º 1, mas também o não deve ser em relação ao n.º 3, porque a consequência da prática do acto indevido devia ser a imediata correcção do acto, ou seja, impor ao tribunal que receba os dados de localização celular relacionados com processo a instaurar, e sobre os quais não tenha competência, e que os remeta de imediato ao juiz da sede da entidade competente para a investigação criminal. Ou, em alternativa, tais dados deveriam ser de imediato devolvidos ao remetente, para que este corrigisse o destinatário e praticasse o acto devido, que mais não seria o de proceder ao envio para o juiz da sede da entidade competente para a investigação criminal.*” Ponderando a cominação da nulidade “*acarretar consequências nefastas para a prossecução processual, para a descoberta da verdade material e para a realização da justiça*”. Também para o número 2, não considera que a cominação deverá ser a nulidade, mas apenas a responsabilidade disciplinar para os

OPC por terem violado o prazo de 48 horas, podendo ainda ocorrer responsabilidade civil. (Brito, 2013: 189-190)²⁵

Não podemos concordar com esta opinião. Como já vimos, a obtenção de dados por localização celular entra em conflito com o direito à inviolabilidade das comunicações (para além dos outros direitos já enunciados), ora embora concordemos que a utilização desta medida, sem a prévia ponderação de um juiz, seja necessária e de aplicação excepcional (desse modo estando de acordo com o princípio constitucional da restrição de direitos fundamentais), ao admitir-mos a não aplicação da nulidade aos dados que tenham sido adquiridos, estaríamos a dizer na prática as autoridades que podem violar à “vontade” as normas referentes a esta medida, que esses dados seriam na mesma valorados para o processo. Assim, uma opinião como a atrás enunciada não estaria de acordo com o princípio da proporcionalidade da restrição dos direitos fundamentais e, como tal, seria nesse caso inconstitucional.

Breve referência merece-nos as leis n.º 32/2008, de 17 de Julho, e a lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, no âmbito da localização celular.

A lei 32/2008, de 17 de Julho, versa sobre a conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas, onde se enquadra a localização celular. Esta lei visa permitir que estes dados sejam utilizados no âmbito da investigação, repressão e detecção de crimes graves, nos termos do art. 3º número 1 da citada lei. Incluindo-se no conceito de “crimes graves” a criminalidade altamente organizada (art. 2º número 1 alínea g). Desse modo, “*criaram-se obrigações que impedem sobre as operadoras de comunicações e que mais não são do que medidas de acautelamento prévio.*” (Brito, 2013: 200) Devendo esses dados serem conservados por um prazo de um ano (art. 5º e 6º), tendo o legislador, de acordo com a importância destes dados, consagrado uma norma relativa a protecção e segurança dos dados (art. 7º). Sendo da competência do juiz de instrução autorizar a transmissão destes dados, por despacho fundamentado, podendo o requerimento para a transmissão destes dados ser efectuado pelo MP, como pela autoridade de polícia criminal competente (art. 9º números 1 e 2). Quanto aos critérios para “*obtenção dos dados e do catálogo dos alvos são idênticos aos do CPP*”. (Albuquerque, 2011: 549) Contudo, esta lei abre uma excepção para a aplicação da

²⁵ No entanto, embora o autor não concorde com a qualificação desta medida com a função de obtenção de provas, mas meramente como medida cautelar e de polícia (e, igualmente, de prevenção criminal) com o fim de proteger a vida ou a integridade física, é da opinião que se considerar-mos esta medida com o fim principal (visto que já vimos que através desta medida se pode obter dados que irão ser valorados no processo) de obtenção de provas, aí a nulidade prevista no CPP para a violação das disposições deste regime já faria sentido, tal como ocorre em relação ao art. 189º CPP. (Brito, 2013: 196-197, 199)

localização celular como medida cautelar e de polícia. (número 5 do artigo em análise). Esta lei apresenta uma inovação quanto ao regime da destruição dos dados, face ao regime previsto no CPP. Nos termos do art. 11º, a destruição dos dados ocorre logo que estes “*estes deixem de ser estritamente necessários para os fins a que se destinam*”. Tem, assim, um critério diferenciado do previsto no art. 188º número 6 do CPP. Enumerando no número 2 do mesmo artigo, as situações que levam a que esses dados deixem de ser estritamente necessários: com o arquivamento definitivo do processo penal; com a absolvição ou condenação, transitados em julgado; a prescrição; e a amnistia.

Como tal, temos dois regimes diferentes da destruição de dados: o do CPP e o desta lei. Assim, “*os elementos com valor probatório mais importante (as conversações) estão submetidos a um regime de destruição menos garantista do que os elementos com valor probatório menos importante (os dados de tráfego, dados de localização e dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador.*” (Albuquerque, 2011: 549)

Por fim, quanto à lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, o seu objecto é o cibercrime, prevendo normas que respeitam a obtenção da prova em suporte informático, onde se insere a localização celular. No seu art. 12 número 2, prevê-se que quando se verifique urgência ou perigo da demora, poderão os OPC usar a localização celular, devendo dar posterior conhecimento à autoridade judiciária e transmitir-lhe o relatório referente a medida cautelar, previsto no art. 253º CPP. Admitiu ainda, no art. 16 número 2, a faculdade de os OPC afectuar apreensões de dados sobre localização, referentes a buscas em sistemas informáticos, de forma cautelar quando se verifique uma situação de urgência ou perigo na demora. Tendo posteriormente esta apreensão de ser validada no prazo máximo de 72 horas pela autoridade judiciária.

Concluindo-se que em ambos os diplomas legais estamos perante “*medidas cautelares tendentes a preservar os dados sobre localização celular de forma expedita, para que futuramente possam ser acedidos pelas autoridades competentes (quando conservados pelas operadoras) ou convalidados e juntos ao processo em curso para serem utilizados como meio de prova (quando preservados ou apreendidos pelos OPC).*” (Brito, 2013: 201)

5.3 Localização e identificação através de GPS

Este método “*trata-se de colocar, num veículo, um instrumento amovível, com tecnologia GPS, que permite identificar a sua localização geográfica com um alto grau de certeza ou fiabilidade relativamente à real posição geográfica (da pessoa ou objecto).*”

Tratando-se de um método que entra em confronto com o direito à reserva da intimidade da vida pessoal e familiar; e da liberdade de movimentos, dentro do território nacional, de forma anónima, que *“se configura como essencial para a estruturação do direito à intimidade pessoal e espacial do indivíduo”*, pois *“o Estado de Direito (e) Democrático português não se compagina com um total controlo dos movimentos dos cidadãos, pois tal não poderia deixar de contender com a eminente dignidade da pessoa de cada um deles e, além disso, com o direito à liberdade deambulatoria e com o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, na sua vertente do “direito a estar só e esquecido ou ignorado”*. (Rodrigues, 2010: 91-92)

Este método de obtenção de prova não se encontra regulado no ordenamento jurídico português, levantando-se a questão se será este método admissível à luz do art. 125º do CPP. (Rodrigues, 2010: 92) Segundo este artigo, os meios de obtenção da prova não são taxativos, admitindo-se aqueles que não forem proibidas pela lei. (Albuquerque, 2011: 332) Considera Benjamim Rodrigues, e nós concordamos, que não basta meramente recorrer ao art 125º CPP, para justificar a utilização deste método, será necessário socorrer-nos do princípio da proporcionalidade, devendo-se fazer um juízo da compatibilidade no caso concreto. Assim, aquando do requerimento por parte do MP para a aplicação deste mecanismo, de modo a saber-se a localização do arguido, deverá o juiz fazer uma ponderação dos interesses em conflito. Como tal, e na senda do referido autor, concordamos que este método pode ser utilizado na investigação criminal em Portugal, no entanto, este (tal como já vimos para os métodos ocultos em geral) só deverá ser dirigido para a criminalidade que maior danosidade acarreta, aqui se incluindo, claramente, a criminalidade organizada. Não sendo de admitir a utilização de um destes mecanismos, quando não se verifica uma suspeita forte da prática de um crime por um arguido, por extravassar completamente o princípio da proporcionalidade. (Rodrigues, 2010: 93-94)

Contudo, Paulo Pinto de Albuquerque tem uma opinião contrária, não admitindo a utilização deste método, por não estar expressamente previsto na lei e, por limitar de forma ostensiva o direito à privacidade do suspeito, pois pode originar *“uma vigilância, com a qual possa ser construído um perfil completo da personalidade do arguido”*. (Albuquerque, 2011: 332, 545)

Está matéria foi debatida no acórdão do tribunal da Relação de Évora, de 7/10/2008, que foi no sentido de se admitir a prática da colocação do GPS para investigação criminal no ordenamento jurídico português, mas considerou que para a colocação deste mecanismo não é necessária a autorização judicial. Tendo argumentando

que como o legislador na revisão do código de processo penal em 2007, procedeu a uma revisão de vários mecanismos electrónicos e não legislou sobre este mecanismo em concreto, mas também não o proibiu, então este é admitido pelo art. 125º CPP (não se verificando nenhuma das situações do art. 126º CPP), não se podendo aplicar o regime da localização geográfica por analogia, por se tratarem de matérias diversas. Considerando que este mecanismo não é intrusivo da vida privada dos sujeitos, porque este meramente regista o movimento do veículo, não capta som, nem reconhece a identidade dos passageiros do mesmo, o que confrontado com o método tradicional da vigilância, que este sim, permite identificar quem se encontra no veículo, o que leva que o tribunal afirme que este “*é um método muito mais intrusivo e abrangente do que o mero conhecimento da localização do carro, pelo que o GPS servirá sobretudo como meio coadjuvante do seguimento clássico – o qual, aliás, também pode ocorrer 24 sobre 24 horas. E não é por isso que as autoridades policiais precisam de obter uma autorização judicial prévia para fazerem o seguimento de uma pessoa que vai num veículo automóvel*”. Fazendo um paralelismo com a investigação realizada quanto aos crimes praticados em alto mar, onde é possível as autoridades de investigação criminal, obter para o processo os dados do GPS do curso praticado por uma embarcação, sem autorização judiciária prévia. (Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Processo n.º 2005/08-1, 2008)

Particular referência merece-nos a colocação do chamado “chip de matrícula” nos veículos automóveis, no âmbito do estudo deste dispositivo como meio de obtenção de provas. Este regime encontra-se previsto no decreto-lei n.º 112/2009 e no seu art 17º número 9 prevê-se, “*os dispositivos de identificação ou detecção electrónica de veículos, através do dispositivo electrónico de matrícula, são dotados de um alcance meramente local, de forma a permitir a simples detecção dos dispositivos electrónicos de matrícula que se encontrem nas proximidades, não podendo, em caso algum, essa identificação permitir a localização geral e permanente dos veículos a partir da leitura electrónica do dispositivo electrónico de matrícula dos veículos em circulação*”, e no número 10, “*os dados obtidos em violação do disposto no presente artigo não podem servir de prova perante quaisquer entidades públicas ou privadas, sem prejuízo da responsabilidade civil, criminal, contra-ordenacional ou disciplinar que dessa violação possa resultar.*” A este artigo vai ainda acrescer o art. 21º número 1 alínea d) do mesmo decreto-lei, “*que é vedado qualquer emprego da identificação e detecção electrónica dos veículos para efectuar uma vigilância em tempo real ou a partir de registos sucessivos dos movimentos dos veículos.*”

Denota-se a preocupação do legislador de impossibilitar a utilização deste método como forma de investigação criminal, devido a não ter sido para este fim que foi criado este regime. Tendo em conta, a possibilidade intrusiva que este pode acarretar, visto que através deste mecanismo podemos desenvolver uma localização e monitorização dos movimentos (actuando este “chip” da mesma forma que o dispositivo de GPS). Como tal, fora a excepção prevista no art. 17º número 10, *“fica absolutamente proibida e impedida a valoração probatória de tais dados em processo criminal, sendo a prova proibida, por força do disposto nos artigos 21.º, n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 112/2009, de 18 de Maio, e artigos 18.º, n.º 2 e 3, 26.º, 32.º, n.º 8, da CRP 1976 e artigos 125.º (a contrario) e 126.º, n.º 3, do CPP.”* (Rodrigues, 2010: 98)

6. Os “arrependidos”

Para a análise desta temática devemos individualizar o que se entende como “arrependido”. Este é *“todo aquele que, sendo arguido num processo penal – ou tendo já tido essa qualidade num momento anterior –, colabore com a justiça fornecendo uma confissão dos factos e/ou outros elementos probatórios relevantes para a determinação da sua responsabilidade penal e, caso haja, de outros participantes ou associados no crime.”* (Leite, 2010: 384)

A colaboração deste sujeito com as instâncias formais de controlo tem tido ao longo do tempo uma conotação negativa, tendo esta opinião por base as relações de amizade entre o sujeito “arrependido” e os seus companheiros na organização, daí que esse seja considerado como um “traidor”. *“Assim se compreende que a posterior co-incriminação implicasse sempre um aproveitamento, por parte do Estado, de uma quebra da ética inerente às relações de amizade e companheirismo.”* (Leite, 2010: 382)

Germano Marques da Silva também é crítico desta figura, não tanto quando o arrependimento é sincero, mas quando a colaboração só é obtida porque o arguido meramente pretende obter os benefícios decorrentes da sua condição como “arrependido”. O que poderá levar, em alguns casos, que o arguido fabrique provas, para obter aqueles benefícios. (Marques da Silva, 2005: 77)

No entanto, não podemos seguir esta linha de raciocínio, porque numa ordem jurídica como a Portuguesa, não tem cabimento estar-se a “desprezar” o contributo que estes sujeitos podem dar. Até porque podemos afirmar que estes sujeitos, embora, já tenham praticado crimes, arrependem-se e, como tal, interiorizaram, pelo menos num conteúdo mínimo, os valores da ordem jurídica.

Sendo o contributo destes sujeitos de extrema importância no âmbito da investigação da criminalidade organizada, tendo em conta a estrutura que estas organizações possuem. E, nestes casos, por vezes nem sequer se verificam estas relações de amizade e companheirismo.

Aquando do XVI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em 1999, adoptou-se uma resolução referente a esta matéria. Entendeu-se *“não recomendar o uso de “arrependidos” pelas dificuldades suscitadas por esta instituição quanto à legitimidade do sistema penal e ao princípio da igualdade perante a lei. Não obstante, as pessoas suspeitas de pertencerem a uma organização criminosa que decidam colaborar com as autoridades judiciais podem beneficiar de uma redução da pena nas condições seguintes: a) que o uso*

de informações procedentes de arrependidos se encontre previsto de maneira precisa pela lei (princípio da legalidade); b) deve exigir-se a aprovação judicial (princípio da jurisdição); c) os arguidos não podem ser condenados unicamente com base nos testemunhos de arrependidos; d) só pode recorrer-se a arrependidos para prova de infracções graves (princípio da proporcionalidade); e) o arrependido não pode beneficiar do anonimato”. Trata-se de um conjunto de vectores, que demonstram a preocupação com esta figura, e que nós parece que a nossa lei acolheu. (Marques da Silva, 2005: 77)

No âmbito do ordenamento jurídico português podemos distinguir duas figuras, segundo a forma como o agente intervêm e do modo como manifesta esse arrependimento. A primeira designa-se por arguido “*colaborador*” e corresponde ao sujeito que se arrepende da prática do acto que cometeu ou desistiu do prosseguimento da actividade criminosa, indo auxiliar as autoridades de investigação criminal, por meio da obtenção de meios de prova ou fornecendo informações que possam traduzir-se num meio de prova. E o arguido “arrependido”, que volta atrás na prática do crime, ou se arrepende da prática do mesmo, tentando impedir a ocorrência do dano ou ressarcindo esse dano. (Leite, 2010: 385) Tendo em conta o objecto deste trabalho a relevância será dada ao arguido “colaborador”.

6.1 O “arrependido” e o RJA

A questão aqui em análise é se o terceiro que poderá ser agente infiltrado, nos termos previstos no RJA, poderá ser um “arrependido”.

Como já visto, o RJA não apresenta uma resposta a esta questão. Contudo, tendo em conta que o agente infiltrado estará sob o controlo da PJ, afigura-se muito difícil a contraposição de arguido e agente numa acção encoberta. Não se tratando de um agente infiltrado, aquele sujeito que se arrepende, e por sua iniciativa, proporciona as autoridades de investigação criminal, provas sobre o processo.

Mas a questão que maiores dúvidas acarreta é se “*alguém que já se constituiu como agente do crime pode ainda – quando se trata de uma actividade criminosa complexa ou contínua, por exemplo – vir a assumir a qualidade de “agente encoberto” nos termos do RJA*”. (Leite, 2010: 387) Pense-se, por exemplo, numa organização criminosa, um membro durante um ano procedeu a uma prática de um vasto leque de crimes, no entanto, posteriormente, arrependeu-se ou desistiu de continuar na organização. Poderá este ser um agente infiltrado? Até porque, tendo em conta, o enunciado quanto ao agente infiltrado, em relação as situações nas quais o agente se vê confrontado com os crimes para mostrar que é

“fiel” a organização criminosa, neste caso, essa situação já não se colocava porque o agente já seria alguém que se encontrava dentro da organização criminosa.

O processo penal português tem como pilar a legalidade da acção penal, como o agente praticou crimes anteriores a sua constituição como agente infiltrado na acção encoberta, ele irá ser considerado posteriormente como arguido, não quanto aos factos praticados no decurso da acção encoberta (a menos que extravasasse as situações de exclusão da ilicitude do art. 6º RJAE), mas sim quanto aos ilícitos praticados anteriormente. Desse modo, *“o valor das declarações (...), será medido do mesmo modo que quaisquer declarações de co-arguido, apresentando também as mesmas limitações de produção e valoração”*. (Leite, 2010: 388)

Nos termos do art. 133º número 1 do CPP, considera-se que os co-arguidos estão impedidos de depor como testemunhas, no mesmo processo ou em processos conexos. Sendo que o número 2 faz a ressalva de que se tivermos perante processos separados, já é permitido ao co-arguido depor como testemunha, quanto a um mesmo crime ou a um crime conexo, que este expressamente consentir.

Contudo, nunca se poderá aqui admitir que o co-arguido seja *“obrigado a depor – ainda que num processo separado, sobre o mesmo crime – sobre factos relacionados com a sua própria responsabilidade penal, ante a proibição de imposições legais de auto-incriminação, que se retira do princípio constitucionalmente previsto da presunção de inocência.”* (Leite, 2010: 389) Um exemplo desta situação, foi a questão apreciada no Acórdão do STJ, de 15 de Abril de 2010²⁶, e que Inês Ferreira Leite fez uma crítica, que nós seguimos, a ter-se aplicado ao arguido a suspensão provisória do processo, sobre a condição de que este prestasse depoimento contra um co-arguido (que o veio a fazer). Ora, neste caso, está-se a obrigar o arguido a prestar essas declarações, pois, se este não as prestar o processo criminal deixa de estar suspenso. Concordamos, que nesta matéria estaremos perante uma conduta que ofende a dignidade do arguido, pois este está a ser “coagido” a prestar essas declarações, não sendo esta injunção admissível nos termos do art. 281º número 3 do CPP. (Leite, 2014: 231-232)

²⁶ Em termos sucintos, no caso em apreço, estamos perante um crime de corrupção passiva, segundo o art. 374 número 2 do CP, em que um presidente da câmara aceitou uma vantagem patrimonial, para beneficiar uma empresa num concurso público. No entanto, ainda na fase de inquérito, o corruptor “arrependeu-se” e passou a colaborar com a justiça, tendo produzido declarações que incriminavam o corrompido (presidente da câmara). Tendo sido aplicada ao corruptor a suspensão provisória do processo, com a imposição de contribuir para a verdade, prestando declarações contra o corrompido. (Leite, 2014: 223-225)

Após tudo o que foi enunciado, podemos afirmar que a utilização do “arrependido” como agente infiltrado só deverá ocorrer quando seja a única forma possível para a obtenção dessas provas, não podendo essas provas se reconduzir só as declarações do arguido. (Leite, 2010: 389)

6.2 O “arrependido” e a investigação do crime organizado

Aquando da investigação criminal, e especialmente, no contexto do crime organizado, o recurso à colaboração de um “arrependido” (quer faça parte da organização, ou já não faça) mostra-se fulcral. Isto é especialmente notório em relação à obtenção de provas, pois poderemos estar no caso onde só através desta colaboração, se mostra possível os órgãos de polícia criminal conseguir a obtenção de provas.

Uma vez que no art. 125º do CPP se prevê a atipicidade na obtenção das provas, isto é, que irão ser admissíveis todas as provas que não forem proibidas por lei, “*nada obsta a que sejam obtidos meios de prova através de formas de colaboração “atípicas” por parte do arguido*”. Devendo-se fazer uma ressalva, “*quando o meio de prova não revele um valor probatório auto-suficiente – sendo necessário, para que do meio de prova se retire um determinado sentido e valor probatórios, a prestação de outro meio de prova – e o valor deste assente, na necessidade de prestação de declarações, pelo menos, complementares, por parte do co-arguido.*” (Leite, 2010: 391-392)

Às autoridades públicas deve ser exigido que actuem de acordo com uma postura de lealdade face ao arguido, podendo estas referenciar os benefícios “*substantivos e processuais decorrentes de uma “colaboração processual” útil por parte do arguido ou de um “arrependimento sincero”, mas nunca sob a forma de promessas concretas no que respeita aos precisos contornos da responsabilidade penal do mesmo ou da pena ou medida a aplicar*”, visto que aquando da investigação não é possível determinar de forma rigorosa estas situações. Como tal, não se pode, no sistema português, utilizarem-se estas formas de pressionar o arguido a confessar os factos, com o objectivo de se obterem provas que poderão ser usadas para condenar membros das organizações criminosas. Assim, situações tais como “*a promessa de isenção ou atenuação da responsabilidade criminal, a promessa de privilégios injustificados no cumprimento da pena, a ameaça de condições especialmente desfavoráveis no cumprimento da pena ou a referência a factos objectivamente falsos que possam condicionar a vontade do arguido de prestar declarações*”, traduzem-se num meio enganoso, consubstanciando uma nulidade da prova, nos termos do art. 126º número 2 do CPP, não podendo as provas através deste meio ser

utilizadas no processo e, a menos que se esteja perante uma excepção, também as provas subsequentes não poderão ser utilizadas (efeito à distância nas proibições de prova). (Leite, 2010: 393-395)

Mas quais serão esses benefícios que o “arrependido”, que colabore para “desmantelar” uma organização de crime organizado, poderá beneficiar? No CP encontrámos esses benefícios quanto aos crimes de branqueamento de capitais, art. 368º A número 9,²⁷ e no art. 374º B.²⁸

Mas, igualmente, fora do CP, em leis extravagantes podemos encontrar estes benefícios. O decreto-lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, no seu artigo 31º, consagrou “*um estatuto de criminoso-arrependido*”. Nos termos deste artigo, “*Se (...) o agente abandonar (...) auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações*”, poderá “*a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena*”. (Meireis, 1999: 133)

Também no âmbito da lei n.º 36/94 (Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira), de 29 de Setembro, encontramos estes benefícios, no art. 8º prevê-se que quem auxiliar concretamente na obtenção de provas que venham a ser decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis, no âmbito de crimes de corrupção, peculato, participação económica em negócio e infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional, beneficiará de uma atenuação na pena; já, no art. 9º, verifica-se a possibilidade da aplicação da suspensão provisória do processo, quanto a crimes de corrupção activa, quando este tenha denunciado o crime de modo decisivo para a descoberta da verdade. E no âmbito da lei 52/2003 (Lei de Combate ao Terrorismo), de 22 de Agosto, consagrou-se no art. 5º-A, a “*atenuação especial da*

²⁷ “*A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens*”.

²⁸ Artigo 374.º-B

“*Dispensa ou atenuação de pena*

1 - *O agente é dispensado de pena sempre que:*

a) *Tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do acto e sempre antes da instauração de procedimento criminal;*

b) *Antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor; ou*

c) *Antes da prática do facto, retirar a promessa ou recusar o oferecimento da vantagem ou solicitar a sua restituição.*

2 - *A pena é especialmente atenuada se o agente:*

a) *Até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância, auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis; ou*

b) *Tiver praticado o acto a solicitação do funcionário, directamente ou por interposta pessoa.*”

pena quando “o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis”. (Leite, 2010: 397-398)

Como podemos ver, no âmbito de crimes que se encontram dentro da tipologia de ilícitos cometidos pelas organizações de crime organizado, encontramos diversos benefícios para o sujeito que colabore com as autoridades para a recolha de provas. Na nossa opinião, isto prende-se com a dificuldade de obtenção dessas mesmas provas por métodos tradicionais, o que tem vindo a levar o legislador a consagrar estas figuras.

No entanto, tendo em conta que o legislador se refere, nestes artigos, a “provas decisivas”, devemos individualizar o que são essas “provas decisivas”. Ora, como vimos, a legislação correlaciona estas provas com a “identificação ou a captura dos responsáveis”, desse modo, não se exige que essas provas levem a condenação dos outros responsáveis, sendo apenas necessário que essas provas consubstanciem a título indiciário a culpabilidade desses responsáveis.

Assim, para que se considere estas provas como decisivas, deve-se considerar que as provas fornecidas pelo arguido: *“constituíram, conjugadas com outros meios de prova, prova indiciária suficiente para sustentar uma acusação contra, pelo menos, um outro agente do crime; constituíram, através de uma actividade de recolha da prova levada a cabo pelas autoridades, um elemento relevante para a construção de um “pacote probatório” susceptível de sustentar uma acusação contra, pelo menos, um outro agente do crime (um elemento sem o qual tal construção não teria sido possível, ou teria sido extremamente difícil e muito menos morosa); conduziram, isoladamente ou através de uma actividade de recolha de prova levada a cabo pelas autoridades, à identificação de outro ou outros agentes do crime e à posterior captura dos mesmos, permitindo, de modo imediato, a cessação da actividade criminosa”.* (Leite, 2010: 398-400) Como Inês Ferreira Leite entende, e que nós consideramos acertado, não bastará as meras declarações do “arrependido” para sustentar a acusação a título indiciário, é necessário que se essas declarações sejam comprovadas com outras provas, de modo, a traduzirem-se numa acusação eficaz.

Para concluir, a avaliação da “importância” das provas, fornecidas pelo “arrependido”, deverá ser feito pelo juiz de julgamento, pois é este que irá determinar a pena e a sua medida. Fazendo-se um juízo de prognose póstuma (Leite, 2010: 399),

devendo o juiz de considerar o peso que aquelas provas tiveram na fase de investigação, tendo em conta a descoberta da verdade.

No âmbito de uma organização de crime organizado, o juiz deverá ter em conta o contributo que aquelas provas deram para identificar os membros da organização, as práticas ilícitas que estes realizaram, e, se for o caso disso, o contributo dado para o desmantelamento da organização (que é o objectivo da investigação destas organizações, mas, por vezes, como já vimos, não se consegue chegar ao “topo” da organização, e esta quanto aos estratos “mais baixos”, consegue-se “regenerar” rapidamente).

6.3 Valor probatório das declarações do “arrependido”

Já analisados os benefícios de que o “arrependido” pode beneficiar e de que forma a sua contribuição deve ser realizada para que seja dado um contributo decisivo para a recolha de prova e com isso se apliquem esses benefícios, impõe-se-nos determinar qual o valor atribuído a essas declarações.

Como já vimos para o âmbito da investigação criminal, as declarações do “arrependido” revelam-se de uma grande importância. E na fase do julgamento essa importância não é reduzida, uma vez que estas declarações consubstanciam um material probatório privilegiado. Como assinala Diana Gomes, é duplamente privilegiado porque o co-arguido esteve dentro da organização criminosa e como tal, entrou em contacto directo com os acontecimentos criminosos e com os outros arguidos, contudo, tendo em conta este contacto ele também se encontra numa posição privilegiada para produzir declarações falsas ou omitir factos. Nesse sentido, as declarações do co-arguido “arrependido” devem ser alvo de uma análise cuidada. (Gomes, 2011: 129)

Existem opiniões, embora minoritárias que consideram que não se deve valorar as declarações do co-arguido (Gomes, 2011: 130), em virtude de se estar a violar o direito ao silêncio dos co-arguidos, contra quem vão ser proferidas aquelas declarações incriminatórias, e que não pretendem prestar declarações. Não acolhemos estas opiniões²⁹, uma vez que estas *declarações “a serem valoradas, são-no nos mesmos termos de qualquer outro meio de prova, testemunhal, documental, pericial”*, isto é, estas declarações irão ser valorados como outra qualquer prova. (Leite, 2010: 405) Ora, se aquando de um julgamento a remissão ao silêncio por parte do arguido não evita que as outras provas sejam valoradas por esse tribunal para determinar a responsabilidade

²⁹ Também assim admitindo a valoração das declarações prestadas pelos co-arguidos encontramos Diana Gomes. (Gomes, 2011: 139)

criminal do arguido, no caso das declarações do co-arguido também não se deve negar a possibilidade de valoração.

Assim, a valoração das declarações dos co-arguidos não confronta os direitos previstos para o arguido, nomeadamente o seu direito ao silêncio. Como tal, as declarações do co-arguido irão ser admitidas como um meio de prova, segundo o art. 125º do CPP, sendo valoradas no respectivo processo. (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 08P694, 2008)

Mas qual deverá ser o valor atribuído a estas declarações? No ordenamento jurídico português não existe uma disposição que se refira sobre esta matéria. Desse modo, estas declarações irão estar ao coberto do princípio da livre apreciação da prova previsto no art. 127º do CPP.

Porém, as declarações do co-arguido não seguem os mesmos termos da declaração das testemunhas. Ora vejamos, o arguido quando pretende fazer declarações, não vai prestar juramento, segundo o art. 140º número 3 do CPP, e pode-se recusar a responder as perguntas, nos termos do art. 345º número 1. Para além de que se verifica a proibição de contra-interrogatório entre o MP, o advogado do assistente e os defensores dos co-arguidos e o co-arguido que está a prestar declarações, nos termos do art. 343º número 5 e 345º número 2 do CPP. Estas situações originam uma limitação ao direito ao contraditório (que é garantido constitucionalmente no art. 32º número 5 da CRP). (Leite, 2010: 401-402)

Podemos no contexto desta análise elencar-se três situações: quando o arguido se recuse a responder a questões que sejam auto-incriminatórias; quando o seu depoimento é prestado ao abrigo da reserva de identidade; ou quando este responde a todas as perguntas formuladas.

Na primeira questão quando o co-arguido se recusar a responder a qualquer questão formulada pelo juiz, jurados, MP, advogado do assistente ou defensor, não poderão valer como prova as suas declarações em prejuízo de outro co-arguido, nos termos do art. 345º número 4 do CPP, isto é, estas declarações não podem “*servir de fundamento à decisão judicial relativa a um outro co-arguido*”. (Leite, 2010: 402)

Quando o seu depoimento for prestado ao abrigo da reserva de identidade, devemos ter em conta a já referida lei n.º 93/99, de 14 de Julho. Como vimos, esta lei no seu art. 19º número 2, consagra que quando as declarações forem prestadas com a não revelação da identidade, não possa a decisão condenatória se fundar exclusivamente nessas declarações.

Esta solução compreende-se porque no âmbito da não revelação da identidade da testemunha ao defensor do arguido pode limitar-se o direito ao contraditório, que se

encontra previsto constitucionalmente no art. 32º número 5 da CRP, porque a não revelação da identidade pode não permitir a realização de perguntas relativas a factos que podem beneficiar o arguido e tornando muito difícil que este consiga colocar em causa a credibilidade dessa testemunha, diminuindo-se desse modo a sua capacidade de defesa. Podendo ainda quando se aplicar o art. 19º número 1, isto é, quando para além da reserva da testemunha irá aplicar-se uma medida complementar, de ocultação de imagem ou a distorção da voz ou a teleconferência, limitar-se o “*conteúdo útil do princípio da imediação*”, mesmo com presunção da imediação prevista no art. 15º desta lei, quando se verifique um cumular destas medidas. “*Pois se a imediação, associada à obrigação de oralidade, visa, precisamente, garantir que o tribunal pudesse formar livremente a sua convicção sobre o depoimento da testemunha – ponderando hesitações, expressões, movimentos corporais, entre outras formas de expressão – tal convicção estará sempre bastante limitada quando a testemunha preste o seu depoimento com a imagem ocultada e a voz distorcida, mesmo que não haja recurso à teleconferência*”. (Leite, 2010: 403)

Por fim, quanto ao caso em que o “arrependido” responda a todas as perguntas, como já vimos o regime segundo o qual este presta as suas declarações é diverso do das testemunhas. Face a esta diferença entre os regimes, para Inês Ferreira Leite, as declarações do co-arguido “*revelam uma menor garantia de veracidade face às declarações de uma testemunha, que presta juramento e aceita a cominação prevista na lei para a falsidade das declarações*”. A que vai acrescer as já referidas limitações ao direito ao contraditório. Uma vez que este co-arguido não irá traduzir-se num “*observador isento no processo e terá sempre um interesse directo no desfecho da causa*”. (Leite, 2010: 404-405)

Tratando-se segundo o STJ de uma questão de “*credibilidade dos depoimentos*”. Nesse sentido, o valor atribuído a declaração do co-arguido deve ser interpretado para cada caso em concreto e tendo em conta as circunstâncias que envolvem essas declarações. (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 08P694, 2008)

Levantando-se a questão se o tribunal pode basear-se em exclusivo no depoimento do “arrependido” para justificar uma decisão condenatória.

Quanto à resposta a esta questão, Inês Ferreira Leite apresenta uma resposta negativa, nesse sentido considera que “*tratando-se de declarações não ajuramentadas prestadas com limitação do contraditório e por pessoa com interesse pessoal na causa e especialmente vulnerável a situações de intimidação, estas nunca poderão fundamentar, de modo exclusivo, uma decisão condenatória para os restantes co-arguidos*”.

Considerando dessa forma que as declarações dos co-arguidos devem ser corroboradas por outros meios de prova. (Leite, 2010: 406, 409)

Para o STJ não se deve admitir em abstrato a exigência que este depoimento só deverá ser válido, quando seja acompanhado por outro meio de prova, considerando que é uma exigência que a lei não prevê. Contudo, como o tribunal trata neste acórdão a questão do depoimento dos co-arguidos como uma questão de “credibilidade”, deverá para que essa declaração seja credível, que o co-arguido *“transmita algum dado externo que corrobore objectivamente a sua manifestação incriminatória, com o que deixará de ser uma imputação meramente verbal para se converter numa declaração objectiva e superadora de um eventual défice de credibilidade inicial. Não se trata de criar, à partida e em termos abstratos, uma exigência adicional ao depoimento do co-arguido quando este incrimine os restantes, antes de uma questão de fiabilidade”*. (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 08P694, 2008)

Diana Gomes considera que não se deve atribuir um valor menos credível as declarações do co-arguido, em virtude de não ser possível estabelecer uma hierarquia de meios probatórios, no entanto, estas devem (devido as circunstâncias em que são prestadas) ser alvo, em cada caso em concreto, de uma avaliação por parte do juiz, tanto da forma como este presta o seu depoimento (tais como, a sua linha argumentativa, o seu comportamento, os movimentos corporais), como a relação que tinha com os outros co-arguidos. Devendo o juiz fazer um confronto entre as declarações do co-arguido e as provas restantes, assim, a corroboração vai ser uma necessidade, para que o tribunal decida de forma justa e equitativa. Sendo que esta corroboração, quando estivermos perante um julgamento de elementos de uma organização criminosa, deve ser realizada para *“cada episódio criminoso singular e a cada arguido singular”*. (Gomes, 2011: 168 e ss)

Pelo exposto, é nossa opinião que as declarações do co-arguido embora não se encontrem num “pantamar” inferior em relação aos restantes meios de prova, não devem ser avaliadas sem correspondência de outros meios de prova que vão no mesmo sentido, de modo, a conferir uma maior credibilidade a esses depoimentos e permitir ao tribunal produzir uma decisão justa.

Conclusão

O crime organizado trouxe invariavelmente novos desafios para o direito penal e processual penal. Desafios que não tem tendência a desaparecer, até pelo contrário, vão ter tendência a aumentar, em virtude, da cada vez maior “desregulação” financeira, da maior troca de bens e movimentação de pessoas, que ocorre na sociedade em que vivemos, onde por vezes os valores éticos são passados para um “segundo plano”, a favor da obtenção de um maior lucro.

A afirmação que o sistema punitivo é ineficaz face ao crime organizado é, cada vez, mais ouvida, tanto em termos doutrinários, policiais e até jurisprudenciais. O crime organizado tem vindo a expandir-se, e os perigos provêm cada vez em menor número do contexto nacional, e mais do âmbito internacional. Tendo o legislador português, nas duas últimas décadas, procedido a criação de regimes jurídicos que visam combater, de forma mais eficiente, este fenómeno criminal

É neste “campo” que o direito terá de se adaptar as novas realidades (o mais rápido possível, já que não é possível acompanhar o mesmo ritmo das alterações da sociedade), especialmente quanto ao crime organizado que gera um nível elevado de dano para a sociedade. Torna-se desse modo imperioso proceder-se ao combate deste tipo de criminalidade, que abala a estrutura do Estado e da própria confiança dos cidadãos no mesmo.

Para uma investigação mais eficaz torna-se imperioso definir-se o que é o crime organizado. Porém, a enunciação de um conceito de crime organizado acarreta uma dificuldade acrescida, derivada a um grande conjunto de actividades ilícitas que o crime organizado prática e que se encontram em contínuo desenvolvimento.

No entanto, o desenvolvimento que esta matéria tem tido, no âmbito doutrinal e jurisprudencial, tem permitido a enumeração de várias características inerentes ao crime organizado. E, através da análise destas situações, é possível individualizar-se as suas características principais, de forma a elaborar um conceito sobre esta matéria.

Porém, este conceito não estará isento de limitações, em virtude daquele contínuo desenvolvimento, mas trará a enorme vantagem de evitar a aplicação de um conjunto de medidas excepcionais de investigação, a crimes que não se situam no âmbito do crime organizado, por exemplo quanto estivermos perante um crime de tráfico de estupefacientes de pequena dimensão. Ora, neste caso não estaremos (geralmente) perante uma actuação

do crime organizado, desse modo, não se torna legítima a nosso ver, a aplicação dessas medidas excepcionais.

Nesse sentido, uma restrição aos direitos fundamentais dos elementos das organizações criminosas, no âmbito das investigações mostra-se admissível, uma vez que as instâncias formais de controlo têm o dever de proteger o funcionamento da sociedade, através da eficácia da justiça penal, todavia, esta protecção não pode redundar na diminuição das garantias fundamentais dos sujeitos, convertendo este num mero “objecto” para o processo.

Assim, a resposta a esta questão será dada tendo em atenção os princípios constitucionais, nomeadamente o princípio da proporcionalidade, que só admite a utilização destas medidas para casos em que elas sejam o único meio capaz de atingir os resultados pretendidos, sem contudo, se ultrapassar o limite dos direitos fundamentais dos visados.

Contudo, embora, decorrentes do desenvolvimento tecnológico e científico, se venham a acolher novas formas de investigação, como já dissemos, a maioria dos instrumentos jurídicos para o combate a essa criminalidade já se encontram disponíveis no ordenamento jurídico português.

Um desses instrumentos jurídicos é o recurso ao agente infiltrado. Através da colocação deste agente infiltrado, os órgãos de polícia criminal vão ter acesso a um conjunto de vários elementos probatórios, que irão permitir uma investigação eficaz, tendo como objectivo o “desmantelamento” da organização.

Assim, a resposta à problemática que orientou o desenvolvimento do nosso trabalho, será positiva. O recurso a uma acção encoberta mostra-se na sua substância um meio capaz de permitir um combate eficaz ao crime organizado. O próprio desenvolvimento das acções encobertas está intimamente ligado ao combate ao crime organizado. Nesse sentido, podemos definir este meio como o “principal” na investigação deste tipo de criminalidade.

No entanto, por vezes, o recurso a este meio poderá não bastar por si só para adquirir um “pacote probatório” que permita uma condenação dos membros destas organizações, especialmente quanto aos estratos superiores, que são o objectivo das investigações, pois só através da condenação destes se poderá desmantelar a organização criminosa.

Como tal, também se deve lançar mão de outros métodos ocultos de investigação, que podem ser aplicados para coadjuvar a obtenção de provas, que está a ser realizada

através da acção encoberta. Estes métodos são: o registo de voz e imagem, nos termos do art. 6º da lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro; as localizações geográficas; e as declarações dos “arrepentidos”.

Como tal, é de inegável contributo a utilização destes métodos, que embora possam ser aplicados fora de uma acção encoberta e alguns mesmo fora do âmbito do crime organizado, em conjugação com aquela adquirem uma maior relevância probatória, especialmente neste âmbito.

Porém, como já vimos, mesmo no âmbito destes métodos existem situações em que se ultrapassa claramente os limites admitidos num estado de Direito democrático (como por exemplo, o agente provocador), e, como tal, embora se concorde com o uso desses métodos, não se podem admitir estas situações. Assim, a utilização destes métodos fará sentido no nosso ordenamento jurídico mas em concordância com todos os valores de um estado de Direito Democrático.

Para se concluir, embora se reconheça a importância que os métodos de obtenção de prova têm no âmbito da investigação do crime organizado, a eficácia de uma investigação não se reduz só a estes. É necessário que se verifique um investimento por parte do Estado, em entidades de investigação policiais e jurídicas especializadas, que possuam conhecimentos nas áreas onde o crime organizado incide, tais como, por exemplo, a informática ou os mercados financeiros. Também é necessário que se fomente a cooperação internacional, em virtude da ameaça do crime organizado aparecer, cada vez mais, de fora das fronteiras territoriais de um país. Esta cooperação deve ser realizada principalmente em relação aos estados que tem uma proximidade geográfica com Portugal, tais como os estados Europeus, ou os do norte de África.

Bibliografia

Aas, K. F. (2013). Global Criminology. In E. McLaughlin, & T. Newburn, *The Sage handbook of Criminological Theory* (pp. 426-441). SAGE Publications, Ltd.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 07P3780. (10 de Outubro de 2007). Disponível em:

<www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/54aa44cbcb6011188025738a00572110?OpenDocument>. Acesso em 13 de Março de 2015.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 08P694. (12 de Março de 2008). Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6082ccff48a8006980257421003b9252?OpenDocument>>. Acesso em 13 de Março de 2015.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 127/10.0JABRG.G2.S1. (27 de Junho de 2012). Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/318098074779316080257aa100366960?OpenDocument>>. Acesso em 13 de Março de 2015.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, Processo n.º 2005/08-1. (7 de Outubro de 2008). Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/590ec3fbf20ce49980257de100574d24?OpenDocument>>. Acesso em 13 de Março de 2015.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 182/09.6JELSB.L1-5. (22 de Março de 2011). Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e324710ede9b8ed88025788b00345015?OpenDocument>>. Acesso em 13 de Março de 2015.

Aires de Sousa, S. (2003). Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões. In *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 1207-1235). Coimbra: Coimbra.

Albrecht, H.-J. (2010). Criminalidade organizada na Europa: perspectivas teórica e empírica. In M. F. (coord.) Palma, A. S. Dias, & P. d. Mendes, *2º Congresso de Investigação Criminal* (pp. 73-99). Coimbra: Almedina.

Albuquerque, P. P. (2011). *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Universidade Católica.

Almeida, C. R. (2004). O Registo de Voz e de Imagem - Notas ao Artigo 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. In C. d. Judiciários, *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira* (pp. 107-117). Coimbra: Coimbra Editora.

Alves, M. J., Guedes Valente, M. M., & Gonçalves, F. (2001a). *Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador: os princípios do processo penal*. Coimbra: Almedina.

Alves, M. J., Guedes Valente, M. M., & Gonçalves, F. (2001b). *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado - Comentado e Anotado - Legislação Complementar*. Coimbra: Almedina.

Barak, G. (2009). *Crimonology: An Integrated Approach*. Rowman & Littlefield Publishers.

Braz, J. (2010). *Investigação Criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade*. Coimbra: Almedina.

Brito, F. C. (2013). Breve análise sobre a localização celular como "medida cautelar e de polícia" (art. 252.º-A do CPP). In *Investigação Criminal Nº5* (pp. 182-202). Lisboa: Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária.

Caires, J. G. (2012). O Regime Processual Especial Aplicável ao Crime Organizado (Económico-Financeiro): Âmbito de Aplicação da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, O Regime do Sigilo e do Registo de Voz e Imagem. In M. F. Palma, A. S. Dias, & P. S. Mendes, *Direito Penal Económico e Financeiro* (pp. 453-547). Coimbra: Coimbra Editora.

Caires, J. G. (2014). O Registo de Som e Imagem e As Escutas Ambientais. In M. F. (coord.) Palma, A. S. Dias, P. d. Mendes, & C. Almeida, *Direito de Investigação Criminal e da Prova* (pp. 273-298). Coimbra: Almedina.

Conselho da União Europeia. (21 de Dezembro de 1998). Acção Comum do Conselho. Bruxelas. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.1998.351.01.0001.01.POR>. Acesso em 13 de Março de 2015.

Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional. (2000). Nova Iorque, Estados Unidos da América. Disponível

em:<<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf>>. Acesso em 13 de Março de 2015

Costa Andrade, M. (2009a). *"Bruscamente no Verão Passado", a Reforma do Código Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

Costa Andrade, M. (2009b). Métodos Ocultos de Investigação (Pladoyer para uma teoria geral). In *Que futuro para o direito processual penal?: simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português* (pp. 525-551). Coimbra: Coimbra Editora.

Costa Andrade, M. (2013). *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

Davin, J. (2007). *A Criminalidade Organizada Transnacional*. Coimbra: Almedina.

Dias, A. S. (2010). Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In M. F. (coord.) Palma, A. S. Dias, & P. d. Mendes, *2º Congresso de Investigação Criminal* (pp. 23-47). Coimbra: Almedina.

Fernandes, H. M. (Julho de 2011). O Direito Penal do Inimigo: Reconfiguração do Estado de Direito? Dissertação de Mestrado, em Direito, Ciências Jurídico-Políticas. Porto. Disponível na Internet em: <http://sigarra.up.pt/fdup/pt/publs_pesquisa.show_publ_file?pct_gdoc_id=11485>. Acesso em 13 de Março de 2015.

Fernandes, P. S. (2001). *Globalização, "Sociedade de Risco" e o Futuro do Direito Penal*. Coimbra: Almedina.

Gaspar, A. H. (2004). As Acções Encobertas e o Processo Penal. In C. d. Judiciários, *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira* (pp. 43-53). Coimbra: Coimbra Editora.

Gaspar, H., Cabral, S., et al. (2014). *Código de Processo Penal Comentado*. Coimbra: Almedina.

Gomes Canotilho, J. (2009). Terrorismo e direitos fundamentais. In M. M. (coord.), *Criminalidade Organizada e Criminalidade de bases: interferências e ingerências mútuas* (pp. 19-30). Coimbra: Almedina.

Gomes Canotilho, J., & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa, Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora.

Gomes, D. F. (2011). *O Conhecimento Probatório do Co-arguido em Processo Penal*. Dissertação de Mestrado, em Direito, Área das Ciências Jurídico-Criminais. Porto: Universidade Lusíada Porto.

Grilo, F. N. (2012). *Protecção de testemunhas no crime organizado*. Dissertação de Mestrado, em Direito. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa de Lisboa. Disponível em: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9017/1/Tese%20Fabiana%20Grilo.pdf>>. Acesso em 13 de Março de 2015.

Guedes Valente, M. M. (2009). A Investigação do Crime Organizado. In M. M. (coord.), *Criminalidade Organizada e Criminalidade de bases: interferências e ingerências mútuas* (pp. 159-184). Coimbra: Almedina.

Leite, I. F. (2010). "Arrependido": a colaboração processual do co-arguido na investigação criminal. In M. F. (coord.) Palma, A. S. Dias, & P. d. Mendes, *2º Congresso de Investigação Criminal* (pp. 381-409). Coimbra: Almedina.

Leite, I. F. (2014). A colaboração do co-arguido na fase de investigação. In M. F. (coord.) Palma, A. S. Dias, P. d. Mendes, & C. Almeida, *Direito da Investigação Criminal e da Prova* (pp. 223-235). Coimbra: Almedina.

Lima Rodrigues, C. (2013). *Das proibições de prova no âmbito do direito processual penal – o caso específico das proibições de prova no âmbito das escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo*. Verbo Jurídico. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_proibi caoprovaescutas.pdf>. Acesso em 13 de Março de 2015.

Loureiro, J. (2007). *Agente Infiltrado? Agente Provocador! Reflexões sobre o 1.º Acórdão do TED Homem - 9. Junho.1998, Condenação do Estado Português*. Coimbra: Almedina.

Marques da Silva, G. (2011). *Curso de Processo Penal - Volume II*. Verbo.

Marques da Silva, G. (2005). Meios Processuais Expeditos no Combate ao Crime Organizado (a Democracia em Perigo?). In *Revista Lusíada n.º 3* (pp. 69-81).

Martins, V. M. (2013). *"O laço corrompido" : Corrupção*. Dissertação de Mestrado, em Direito, Área das Ciências Jurídico-Criminais. Porto: Universidade Lusíada Porto.

Meireis, M. A. (2006). "Homens de Confiança". Será o Caminho? In M. M. (coord.), *II Congresso de Processo Penal* (pp. 82-101). Coimbra: Almedina.

Meireis, M. A. (1999). *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*. Coimbra: Almedina.

Melo, N. M. (2012). *Dos Limites do Efeito à distância nas Proibições de Prova*. Dissertação de Mestrado, em Direito. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa de Lisboa. Disponível em:

<<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/8957/1/Tese%20Nuno%20Melo.pdf>>.

Acesso em 13 de Março de 2015.

Mendes, P. d. (2014). *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina.

Miguel Loureiro, N. (2013). *A Responsabilidade Penal do Agente Encoberto*. Dissertação de Mestrado, em Direito Criminal. Porto: Universidade Católica Portuguesa de Porto. Disponível em:<<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13391/1/Tese%20-%20A%20Responsabilidade%20Penal%20do%20Agente%20Encoberto.pdf>>. Acesso em 13 de Março de 2015.

Miranda, J., & Medeiros, R. (2010). *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*. Coimbra : Coimbra Editora.

Monte, M. F. (2004b). A Intercepção e Gravação de Conversações e Comunicações. O Registo de Voz e de Imagem. Alguns Aspectos Relevantes do Actual Sistema Processual Penal. In C. d. Judiciários, *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira* (pp. 91-106). Coimbra: Coimbra Editora.

Monte, M. F. (2004a). O Registo de Voz e de Imagem no Âmbito do Combate à Criminalidade Organizada e Económica-Financeira - Lei nº 5/2002, de 11 de Janeiro. In C. d. Judiciários, *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira* (pp. 79-90). Coimbra: Coimbra Editora.

Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes. (1990). Princípios orientadores para a prevenção e repressão do crime organizado. Havana, Cuba. Disponível em:<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-CoopInt-PrCrimeOrganizado-LXXIX.html>>. Acesso em 13 de Março de 2015.

Pereira, R. (2004). O "Agente Encoberto" na Ordem Jurídica Portuguesa. In C. d. Judiciários, *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira* (pp. 11-41). Coimbra: Coimbra Editora.

Pereira, S. (2013). A Recolha de Prova por Agente Infiltrado. In (coord.), T. P. Beleza, & F. d. Costa Pinto, *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal* (pp. 137-159). Coimbra: Almedina.

Rawlinson, P. (2010). Mission impossible? Researching organized crime. In R. D.King, & E. Wincup, *Doing Research on Crime and Justice* (pp. 291-314). Oxford.

Relatório Anual de Segurança Interna. (2013). Obtido de <<http://www.portugal.gov.pt/media/1391220/RASI%202013.pdf>> Acesso em 13 de Março de 2015.

Rodrigues, B. S. (2010). *Da Prova Penal Tomo II Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*. Rei dos Livros.

Silva, D. (2013). Ações encobertas no Estado de Direito democrático. In *Investigação Criminal N°5* (pp. 34-61). Lisboa: Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária.