



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Bárbara Raquel Nogueira Guedes

**A DUPLA VERTENTE DO AGENTE PROVOCADOR:
SUBSTANTIVA E PROCESSUAL**

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses orientada pela
Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa e apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra

Janeiro de 2022

1 2



9 0

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

BÁRBARA RAQUEL NOGUEIRA GUEDES

**A DUPLA VERTENTE DO AGENTE PROVOCADOR:
SUBSTANTIVA E PROCESSUAL**

**AGENT PROVOCATEUR'S DOUBLE DIMENSION:
SUBSTANCIAL AND PROSECUTORIAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do
2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente ao grau de Mestre)

Orientadora: Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa

Coimbra, 2022

RESUMO E PALAVRAS CHAVE

O que pretendemos com a presente dissertação é analisar a figura do agente provocador. Abordaremos a figura em duas vertentes: a vertente substantiva e a vertente processual. A primeira relaciona-se com a eventual responsabilidade do agente provocador pela sua atuação, enquanto a segunda se concentra na eventual admissibilidade deste método oculto de investigação enquanto método de prova e as consequências que daí advém.

Num primeiro momento, introduziremos o tema apresentando a figura do agente provocador. Para tal, e de acordo com vários autores, construiremos a definição da figura bem como a delimitaremos através da distinção de outras figuras que se encontram no mesmo âmbito (nomeadamente o agente infiltrado e o agente encoberto). Analisaremos também a evolução normativa da figura no ordenamento jurídico português.

Num segundo momento, abordaremos a temática da comparticipação, distinguindo autoria de cumplicidade. Como o presente trabalho assim o obriga, centrar-nos-emos na categoria da instigação e nas problemáticas que o mesmo suscita (tais como pertencer à categoria da autoria ou invés da cumplicidade, o dolo necessário para que se possa considerar uma atuação como instigação e o tratamento que se dá ao fenómeno da instigação em cadeia), mas sobretudo cumprir-nos analisar e comentar a responsabilidade penal enquanto instigador inculpa ao agente provocador.

Seguidamente, trataremos do tema da prova e de praticamente tudo o que a envolve. Desde os princípios que a norteiam (bem como ao nosso processo penal num todo) até às proibições que por esses mesmo lhe estão implícitas. Sabendo que o agente provocador é tendencialmente inserido na categoria dos métodos enganosos, e dessa forma reconduzido aos métodos proibidos de prova, iremos averiguar e comentar todos os critérios e fundamentos para tal. Além disso, sumariamente, falaremos das consequências da violação de uma proibição de prova, distinguiremos proibições de prova de nulidades processuais e abordaremos a temática do efeito à distância das proibições de prova.

Posteriormente, procederemos a uma análise jurisprudencial sobre os temas tratados na presente dissertação e, por fim, enunciaremos as nossas conclusões com base no estudo até então realizado.

Palavras chave: Agente provocador, responsabilidade, instigação, método proibido de prova, método enganoso de prova

ABSTRACT

In the following dissertation, we will be analyzing the figure of the agent provocateur on two fronts: the substancial and the prosecutorial. The first is in relation with the possible responsibility that the agent provocateur has over their actions, while the second one is focused on the eventual admissibility of this occult method of investigation as a method of obtaining evidence and its consequences.

Firstly, we will be introducing the theme by presenting the figure of the agent provocateur. To this end, and accordingly with a variety of authors, we will be constructing the definition of such figure as well as delineate it through the distinction between other figures that finds themselves in the same field, namely the undercover and concealed agents. We will also be analyzing the normative evolution of this figure on the Portuguese Legal System.

Thereafter, we will be addressing the theme of co-participation, drawing a distinction between authorship and collusion. As the present dissertation requires, we will be centering it on the category of instigation and on the issues that it raises (belonging to the category of authorship instead of collusion, the intent necessary to consider an action as instigation and the handling given to the phenomenon of chain reaction instigation, being some examples), but mainly we must analyze and comment on the criminal responsibility as an instigator instilled into the provocateur agent.

Subsequently, we will be touching on the subject of evidence and practically everything that involves it. From the principles that guide it, as well as our Criminal Procedure Law as a whole, to the prohibitions that are implicit to it by such Law. Knowing that the provocateur agent is tendentially included in the category of deceitful methods, and so set to the prohibited methods of obtaining evidence, we will be investigating and commenting on all of the criteria and basis for such. Beyond that, in summary, we will be touching on the consequences of a violation in evidence prohibition, the distinction between evidence prohibition and procedural nullities and the theme of the range effect when it comes to evidence prohibition.

Lastly, we will be proceeding in case-law analysis on the themes addressed in this dissertation and then state our conclusions based on the investigation thus far conducted.

Key words: Agent provocateur, responsibility, instigation, method of obtaining evidences, deceitful means of evidence

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac./Acs. – Acórdão/Acórdãos

Art./Arts. – Artigo/Artigos

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

DL - Decreto-Lei

N.º - Número

P./pp. - Página/Páginas

P. ex. – Por exemplo

PJ – Polícia Judiciária

Proc. - Processo

PSP – Polícia de Segurança Pública

RJAE – Regime Jurídico das Ações Encobertas para fins de prevenção e investigação criminal (Lei no 101/2001, de 25 de Agosto)

Ss. - Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC - Tribunal Constitucional

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

ÍNDICE

I.	INTRODUÇÃO	8
1.	Agente Provocador	10
2.	Distinções relevantes	12
a)	Agente Infiltrado	12
b)	Agente Encoberto	14
3.	Evolução normativa da figura no ordenamento jurídico português	15
II.	RESPONSABILIDADE	18
1.	Comparticipação: autoria vs cumplicidade	18
2.	Instigação	22
3.	Responsabilidade penal do agente provocador	29
4.	Conclusão	32
III.	PROVA	34
1.	A prova	34
2.	Princípio da lealdade	34
3.	A legalidade da prova	35
4.	Proibições de prova	36
5.	Métodos proibidos de prova	38
6.	Crítério de aferição de métodos enganosos	40
8.	Proibições de prova vs nulidades processuais	44
9.	Efeito à distância das proibições de prova	45

10. Conclusão	47
IV. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA-----	48
1. Acórdão TRL de 25 de Maio de 2010, Processo número 281/08.1JELSB.L1-5 ...	48
2. Acórdão do STJ de 30 de Outubro 2002, Processo número 02P2118.....	51
V. CONCLUSÃO -----	56
VI. BIBLIOGRAFIA -----	60
VII. JURISPRUDÊNCIA -----	64

I.

INTRODUÇÃO

Assistimos, nos dias que correm, a uma sofisticação de meios no que diz respeito ao cometimento de crimes. Crimes esses que são cometidos quer por parte de criminosos individuais, quer, principalmente, por parte de associações criminosas. Esta sofisticação, que inevitavelmente leva a que os crimes sejam mais violentos e afetem cada vez mais pessoas, faz com que o órgão estadual responsável sinta necessidade de aprimorar os seus métodos de investigação, para que nenhum infrator fique por punir. Isto porque está demonstrado que os métodos tradicionais são insuficientes e ineficazes, principalmente no tratamento de casos mais graves de criminalidade. No entanto, esse órgão estadual tem de obedecer a certos requisitos (legais) que, naturalmente, os infratores não têm, e equilibrar dois vetores cruciais: a proteção de direitos fundamentais e a eficácia das investigações criminais.

Devido ao desenvolvimento da criminalidade organizada, principalmente no que respeita a crimes como o terrorismo e o tráfico de estupefacientes, vários ordenamentos jurídicos responderam implementando práticas e adotando medidas de investigação especiais que foram denominados métodos ocultos de investigação. Métodos estes «que configuram uma “intromissão nos processos de ação, interação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do facto ou dele se apercebam”».¹

O recurso a estes métodos não é recente, mesmo que as figuras que deles fazem parte tenham vindo a sofrer algumas alterações no decorrer do tempo. Podemos afirmar que estes métodos de investigação são os mais eficazes a prevenir e reprimir o cometimento de crimes, contudo, estão envoltos em larga controvérsia. Controvérsia essa

¹ Manuel da Costa Andrade, *Bruscamente no Verão Passado*, Coimbra Editora, 2009; pp. 105 e 106 Apud Duarte Alberto Rodrigues Nunes, *O Problema da Admissibilidade dos Métodos “Ocultos” de Investigação Criminal como Instrumento de Resposta à Criminalidade Organizada: Contributo para uma Adequação do Direito Português às Exigências de uma Resposta Eficaz à Criminalidade Organizada*, 1ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019; p. 202

que se baseia no facto de que esses métodos se socorrem do engano e/ou do erro para alcançarem o seu objetivo, para além de contenderem com direitos fundamentais dos visados de forma mais brusca do que os ditos métodos tradicionais.

De entre vários métodos considerados ocultos, cumpre salientar a atuação encoberta levada a cabo por funcionários policiais. Esta consiste na prática de ações desenvolvidas por funcionários de investigação criminal (ou terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária) para prevenção ou repressão de crimes, com ocultação da sua qualidade e identidade. Este conceito, por sua vez, exige que se chame à colação uma outra noção, a de homens de confiança.

Para Manuel da Costa Andrade, que afirma adotar um conceito extensivo, homens de confiança são todas as testemunhas que, ganhando a confiança do suspeito “colaboram com as instâncias formais de perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e atividade. Cabem aqui tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade), como os agentes de instâncias formais, nomeadamente da polícia (Untergrundfahnder, undercover agent, agentes encobertos ou infiltrados), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou que com ele entram em contacto; e quer se limitem à recolha de informações (Polizeispitel, detection), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (polizeiliche Lockspitzel, agent provocateur, entrapment).”²

O recurso a este instrumento dos “homens de confiança” é severamente questionado e criticado na doutrina, ao suscitar uma multiplicidade de questões éticas e jurídicas, pois colide diretamente com direitos fundamentais das pessoas e com o próprio Estado de Direito democrático vigente.

² Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*; 1ª edição, Reimp.; Coimbra: Coimbra Editora, 2013; p. 220

É neste contexto que nos aparece a figura, a par de outras, do agente provocador, sobre o qual se vai versar este projeto de investigação.

1. Agente Provocador

Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13-01-99, processo n.º 98P999, agente provocador é um “membro da autoridade policial ou um civil comandado pela polícia, que induz outrem a delinquir por forma a facilitar a recolha de provas da ocorrência do facto criminoso”.

Para Manuel Alves Meireis agente provocador é “aquele que, sendo um cidadão particular ou entidade policial, convence outrem à prática de um crime não querendo o crime *a se*, e, sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso a uma pena”.³

Maria José Nogueira descreve o agente provocador como aquele que “dirige a sua actividade de forma a induzir o suspeito à prática de atos ilícitos pelos quais possa ser incriminado, constituindo-se um verdadeiro instigador ou co-autor do crime, com o objetivo único de conseguir reunir provas contra aquele.”⁴

Segundo José Braz “o agente provocador inculca no delincente o desígnio criminoso e impulsiona-o de forma decisiva à prática do crime”⁵.

Por fim, Manuel da Costa Andrade considera o agente provocador como aquele que, de alguma forma precipita o crime: “instigando-o, induzindo-o, nomeadamente aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos”⁶.

³ Manuel Augusto Alves Meireis, *Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999; p. 155

⁴ Maria José Nogueira, no seu discurso sobre as Polícias: Segurança; Investigação Criminal; Limites, proferido no âmbito do seminário Internacional sobre os Direitos Humanos e Eficácia Policial. Sistemas de Controlo da Actividade Policial, realizado no Centro Cultural de Belém - Lisboa, entre os dias 5 e 7 de Novembro de 1998, promovido pela IGAI Apud, Fernando Gonçalves, Manuel João Alves, Manuel Monteiro Guedes Valente, Lei e Crime - “*O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador; Os Princípios do Processo Penal*”, p. 255

⁵ José Braz, *Investigação Criminal: A Organização, o Método e a Prova; Os Desafios da Nova Criminalidade*; 5ª Edição revista e atualizada; Coimbra: Edições Almedina, 2020; p. 359

⁶ Manuel da Costa Andrade, *op. cit.*; p. 221

De acordo com e partindo destas noções, podemos definir o agente provocador como alguém que, com o intuito de sujeitar um suspeito a um processo penal, ou seja, reunir provas que permitam proceder criminalmente contra o suspeito, induz esse mesmo suspeito à prática de determinado crime, nunca revelando o seu sumo objetivo ou a sua verdadeira identidade. É o agente provocador que cria a intenção do cometimento do crime no suspeito, sem essa iniciativa o crime não se concretizaria. Uma nota que, para Manuel Aves Meireis é essencial, é que o agente provocador não tenha dolo da consumação, ou seja, “exige-se que o agente provocador não queira o crime que determina outrem a praticar”⁷.

A primeira aparição da figura do agente provocador encontra-se na literatura francesa na altura do *Ancien Régime*. Segundo Alves Meireis, as forças de autoridade francesas não estavam a ser capazes de fazer face à onda de criminalidade que assolava a cidade de Paris. Por este motivo, foi então criada a posição de “lugar-tenente da polícia” que, com o auxílio de outros agentes como comissários e inspetores, tinha a função de prevenção e repressão dos crimes.

Contudo, mesmo com o auxílio de outros agentes, não era fácil atender a todas as funções e diligências próprias do trabalho. Por esse motivo, tornou-se necessário recorrer a indivíduos que não faziam parte das forças policiais, sendo que “alguns trabalham para o inspetor clandestinamente e agem por conta própria, outros são abertamente empregados e são-lhes impostas tarefas precisas, tornando-se os primeiros agentes provocadores da história europeia”.⁸

Estes indivíduos tinham várias denominações consoante se tratassem de pessoas que trabalhavam encobertas na clandestinidade ou pessoas que eram abertamente contratadas. Podendo pertencer a qualquer classe social, consoante o contexto sócio-

⁷ Manuel Augusto Alves Meireis, *op. cit.*; p. 155

⁸ Manuel Augusto Alves Meireis, *op. cit.*; p. 20

económico da infiltração. O trabalho consistia em “seguir, escutar, informar, mas também, [em] provocar e prender, os malfeitores sob vigilância.”⁹

Esta figura alcançou o seu expoente máximo na cidade de Paris entre os anos de 1799 e 1815, pois existiam cerca de dez mil colaboradores “que iam desde os domésticos introduzidos nas casas, aos introduzidos em cabarés, àqueles que frequentavam a alta sociedade, as prisões, os tribunais e ainda infiltrados entre os pequenos comerciantes.”¹⁰

2. Distinções relevantes

Para compreendermos melhor esta figura sobre a qual se vai versar todo o nosso projeto de investigação, é necessário abordar outras figuras que se encontram no mesmo contexto das ações encobertas. Afirmamos ser crucial proceder a estas distinções e delimitações pois cada uma destas figuras tem o seu regime tanto substantivo como processual.

a) Agente Infiltrado

A distinção mais relevante e interessante encontra-se entre o agente provocador e o agente infiltrado. O agente provocador, como definimos acima, é alguém que, com o intuito de sujeitar um suspeito a um processo penal, induz esse mesmo suspeito à prática de um determinado crime, nunca revelando o seu sumo objetivo ou a sua verdadeira identidade.

O agente infiltrado é, de acordo com Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Monteiro Guedes Valente, “o funcionário da investigação criminal ou terceiro, por exemplo, o cidadão particular, que actue sob o controlo da Polícia Judiciária que, com ocultação da sua qualidade e identidade, e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou suspeitos, ganha a sua confiança pessoal, para melhor o observar, em

⁹ Manuel Augusto Alves Meireis, *op. cit.*; p. 21

¹⁰ Manuel Augusto Alves Meireis, *op. cit.*; p. 23

ordem a obter informações relativas às actividades criminosas de que é suspeito e provas contra ele(s), com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo, o(s) determinar à prática de novos crimes.”¹¹

Segundo Germano Marques da Silva “os agentes informadores e infiltrados não participam na prática do crime, a sua actividade não é constitutiva do crime, mas apenas informativa.”¹²

Para Susana Aires de Sousa, “O agente infiltrado é uma técnica de investigação que consiste essencialmente, na possibilidade de agentes da polícia criminal ou terceiros sob a sua direção contactarem os suspeitos da prática de um crime com ocultação da sua verdadeira identidade, actuando de maneira a impedir a prática de crimes ou a reunir provas que permitam a efetiva condenação dos criminosos.”¹³

A partir destes contributos podemos concluir que o agente infiltrado é um agente da polícia ou um civil sob o seu comando que contacta com suspeitos da prática de algum crime, ocultando a sua identidade, para impedir a prática de crimes ou reunir provas que levem esse suspeito a ser efetivamente condenado. O agente ganha a confiança dos suspeitos para poder observar todos os passos que estes dão com vista a recolher informações que possam posteriormente determinar a submissão desses a um processo penal. O fortalecimento dessa relação de confiança pode implicar a prática de atos de colaboração na prossecução do crime, mas com o limite de que essa atividade já se encontre em curso.

De forma simples e resumida, podemos diferenciar agente provocador de agente infiltrado da seguinte forma: o primeiro cria o próprio crime e o segundo comunica-o. O agente provocador incita o suspeito a cometer o crime, o agente infiltrado observa o crime

¹¹ Fernando Gonçalves, Manuel João Alves, Manuel Monteiro Guedes Valente, *op. cit.*; p. 264

¹² Germano Marques da Silva, *Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos: Os Princípios Democrático e da Lealdade Processual in Direito e Justiça*, Lisboa, Volume VIII, Tomo II, 1994; p. 31

¹³ Susana Aires de Sousa, *Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova: Algumas Reflexões in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*; Coimbra Editora, 2003; p. 1222

a acontecer, podendo ou não participar no mesmo, e de seguida informa as instâncias superiores.

A linha que separa ambas as figuras é muito ténue e assume extrema importância numa investigação, pois a aceitação ou não de provas em contexto de julgamento pode depender desta diferenciação, bem como a responsabilização ou não do agente.

O Tribunal Constitucional já se pronunciou sobre esta questão afirmando que: “O que verdadeiramente importa, para assegurar essa legitimidade - da intervenção do agente infiltrado - é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e acolher informações a respeito das atividades criminosas de que ele é suspeito.”¹⁴

b) Agente Encoberto

Uma outra figura que temos de analisar é a do agente encoberto. Alguns autores não lhe conferem autonomia, associando-a à anteriormente explicada do agente infiltrado. Isabel Oneto é uma dessas autoras e reitera que “a operar uma distinção entre estas duas figuras, o agente encoberto possa ser uma sub-espécie do agente infiltrado”¹⁵ reconduzindo portanto o agente encoberto ao agente à paisana.

Defendendo uma perspetiva contrária encontramos o autor já mencionado, Manuel Alves Meireis. Para este autor, a atuação de ambas as figuras é distinta, o que justifica a sua distinção. De acordo com esta orientação, podemos então definir agente encoberto como “um agente da autoridade, ou alguém que com ele actua de forma concertada, que sem revelar a sua identidade ou qualidade, frequenta os meios conotados com o crime na esperança de descobrir possíveis delinquentes; não provoca o crime, nem conquista a

¹⁴ Acórdão TC n.º 578/98, processo n.º 835/98, 3ª Secção

¹⁵ Isabel Oneto, *O Agente Infiltrado: Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Ações Encobertas*; Coimbra: Coimbra Editora, 2005; p. 139

confiança de ninguém. A sua presença e a sua qualidade é indiferente para determinar o rumo dos acontecimentos”.¹⁶

Ao contrário das figuras anteriores, o agente encoberto não provoca o crime, não ganha confiança de nenhum interveniente (nomeadamente suspeitos) para obter informações e não se dirige a ninguém, sendo um elemento completamente passivo que apenas observa o ambiente e o contexto onde está inserido e espera que alguém vá ao seu encontro.

3. Evolução normativa da figura no ordenamento jurídico português

Durante muito tempo não existia qualquer regulamentação legislativa no que diz respeito a casos em que agentes da polícia ou terceiros sob sua direção atuavam como agentes provocadores com a finalidade de sujeitar os suspeitos a um processo penal.

A primeira referência dá-se com o artigo 52.º do DL n.º 430/83, de 13 de dezembro que dizia o seguinte:

“Artigo 52.º (Conduta não punível)

1 - Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito preliminar, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.

2 - O relato de tais factos será junto ao processo no prazo máximo de 24 horas.”

O anterior DL foi revogado, contudo esta norma transita e mantém-se inalterada no artigo 59.º, n.º 1 do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro.

De seguida surge a Lei n.º 36/94, de 29 de setembro que foi muito importante pois previa as medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira. Esta lei previa, no seu artigo 6.º, a possibilidade de realização de "Actos de colaboração ou instrumentais". Aqui encontramos de facto uma figura nova no ordenamento jurídico que

¹⁶ Manuel Augusto Alves Meireis, *op. cit.*; p. 192

permite que o agente da polícia pratique esses atos de colaboração ou instrumentais para conseguir recolher provas na fase de inquérito.

Contudo, de acordo com Manuel Alves Meireis, nenhuma destas normas se refere especificamente a agentes provocadores. Na primeira porque o agente “se limita a receber estupefacientes ou substâncias psicotrópicas de outrem, sem contribuir e forma decisiva para que as coisas aconteçam”¹⁷ e na segunda norma porque “o que se pretende investigar é um crime já cometido”¹⁸ e o crime que o agente provocador incita é um crime novo.

Posteriormente, em 2001, aparece a Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, que cria o Regime das Ações Encobertas para fins de prevenção e investigação criminal - RJAÉ. É neste diploma que encontramos pela primeira vez uma noção de ações encobertas, no seu artigo 1.º, número 2 que passamos a transcrever: “Consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Política Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade.”

Além desta noção, este diploma também elenca o catálogo de crimes em relação aos quais é possível, para efeitos de prevenção e repressão, lançar-se mão das ações encobertas (artigo 2.º), e ainda os requisitos que têm de ser preenchidos para que isso possa acontecer (artigo 3.º). Em 2013 e em 2015 esta lei sofreu alterações no sentido de alargar o número de crimes nos quais se pode recorrer a ações encobertas (lenocínio, tráfico de pessoas e terrorismo). Voltaremos, no capítulo seguinte, a esta diploma que, nesse contexto, se reveste de especial importância.

De notar que em 2009, a Lei n.º 109/2009 veio alargar o âmbito das ações encobertas também para situações de cibercriminalidade.

Apresentando este parágrafo como breve conclusão, o pretendido com este capítulo introdutório foi apresentar uma definição de agente provocador o mais concreta e detalhada

¹⁷ Manuel Augusto Alves Meireis, *op. cit.*; p. 135

¹⁸ Manuel Augusto Alves Meireis, *op. cit.*; p. 137

possível. Esta é uma noção de extrema importância para todo o trabalho a desenvolver. Passemos agora a analisar a vertente substantiva do agente provocador.

II.

RESPONSABILIDADE

1. Comparticipação: autoria vs cumplicidade

É ponto assente que na realização de um ilícito típico pode intervir apenas uma pessoa. Contudo, em certos casos, "colaboram várias pessoas, uma pluralidade de agentes, então designadas por comparticipantes"¹⁹. Esses comparticipantes assumem diferentes papéis na realização do ilícito, e é consoante o papel que cada um deles assume que se determina "a forma e quanto de punição de cada um deles"²⁰.

Importa começar por evidenciar que esta categoria de comparticipantes se desdobra em duas subcategorias: a dos autores e a dos participantes. No que respeita à definição destas duas figuras, nem sempre houve um consenso. Surgiram várias concepções ou teorias que tentavam explicar de forma clara e completa cada conceito, contudo, nem sempre foram bem sucedidas.

Primeiramente, apareceu a teoria formal objetiva que nos diz que "autor é todo aquele que executa, total ou parcialmente, a conduta que realiza o tipo (de ilícito)"²¹. Esta teoria acabou por não vingar por ser pouco explícita quanto aos critérios que devem ser utilizados para classificar a autoria. Contudo, serviu como ponto de partida para que se pensassem as próximas teorias.

De seguida, aparece a chamada teoria unitária de autoria ou teoria material objetiva que assenta essencialmente na causalidade. Esta teoria diz-nos que autor é "aquele que de uma qualquer forma executa o facto na acepção de que oferece uma contribuição causal para a realização típica, seja qual for a sua importância ou significado"²². Segundo esta

¹⁹ Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime* 3ª Edição, Coimbra: Gestlegal, 2019; p. 885

²⁰ *Ibidem*

²¹ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*; p. 887

²² Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*; p. 888

teoria, que adota um conceito extensivo de autor, as diferenças entre as atuações dos agentes apenas relevariam para efeitos de medida concreta da pena. De acordo com esta teoria, todos os participantes do ilícito seriam tratados da mesma forma, como autores. Contudo, mais uma vez, a tentativa de delimitar o critério da autoria não podia ser aceite. Desta vez porque não se funde com a nossa lei atual (artigos 26.º e 27.º do CP). Desde logo porque a cumplicidade não constitui uma forma de autoria, são conceitos diferentes que exprimem realidades diferentes cuja indicação mais flagrante radica no facto de constarem de preceitos diferentes (os referidos artigos 26.º e 27.º do CP) . Além de que, o que releva numa teoria que define a autoria não é a sua causa, mas o seu executante, a própria realização do ilícito. Ilícito esse que “surge em direito penal como ilícito pessoal e não como ilícito causal”²³.

Devido ao falhanço dessas ditas tentativas formais, tentou encontrar-se uma solução no lado subjetivo da questão relacionando-se diretamente com vontades, intenções, motivos e/ou sentimentos. Segundo uma teoria subjetiva “é autor quem realiza o facto com vontade de autor (com *animus auctoris*), participante quem colabora no facto de outrem com vontade de participe (com *animus socii*)”²⁴. Todavia, também estas teorias não podem ser aceites, pois o sentimento intrínseco do agente relativamente ao ilícito não pode constituir um critério delimitador.

De todas estas tentativas fracassadas conseguiu retirar-se um entendimento muito importante: o critério de distinção entre autoria e participação será encontrado pela junção de aspetos das teorias objetivas com aspetos das teorias subjetivas. É, então, desta junção que surge a teoria do domínio do facto, a teoria hoje aceite e dominante na doutrina e na

²³ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*; p. 891

²⁴ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*; p. 893

jurisprudência²⁵. Segundo esta teoria, autor é «quem domina o facto, quem dele é “senhor”, quem toma a execução “nas suas próprias mãos”, de tal modo que dele depende decisivamente o *se* e o *como* da realização típica»²⁶.

Podemos concluir que esta teoria une aspetos de ambas as anteriores visto que, de acordo com a mesma, de um lado temos uma vontade (teorias subjetivas) e do outro temos uma contribuição objectiva e factual para o acontecimento (teorias objetivas), o cometimento do ilícito.²⁷

Contudo, esta teoria não pode ser universalmente aplicada a todos os delitos para caracterização da autoria. Ela não serve para os delitos negligentes, os delitos de omissão, os chamados por Roxin de “delitos de dever”, nem para os crimes de mão própria. A sua validade restringe-se, ainda segundo Roxin, aos delitos dolosos gerais. Delitos esses que o mesmo apelidou de delitos de domínio.²⁸

Esta orientação, além de nos parecer a mais correta, também se compagina com o nosso sistema legal, nomeadamente com o nosso artigo 26.º do CP. Este artigo distingue três formas de autoria, a autoria imediata, a autoria mediata e a coautoria e estas três formas de autoria podem ser associadas a três tipos de domínio (do facto). Na autoria imediata encontramos o domínio da ação, na medida em que é o próprio agente que realiza

²⁵Acórdão STJ de 27-05-2009, Processo número 58/07.1PRLSB.S1 “A doutrina do domínio do facto, na dimensão apontada, é a que melhor se harmoniza com os parâmetros da autoria nos crimes dolosos de acção (...) Na teoria do domínio do facto, autor é, em síntese, quem domina o facto e dele é “senhor”, dele dependendo o *se* e o *como* da realização típica – distinguindo-se, aliás e por vezes, um domínio positivo do facto (a capacidade de o fazer prosseguir até à consumação) e um domínio negativo (a capacidade de o fazer gorar) –, sendo, pois, o autor a figura central do acontecimento, em que, numa unidade objectiva-subjectiva, o facto aparece como obra de uma vontade que dirige o acontecimento dotada de um determinado peso e significado objectivo.”

²⁶ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*; p. 894

²⁷ “Trata-se de um conceito restrito de autor (...) Assim, o autor não só tem o domínio objectivo do facto como tem também a vontade em o dominar, numa unidade de sentido objectiva-subjectiva” Susana Aires de Sousa, *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, N.º 3, Julho/Setembro 2005, Coimbra Editora; p. 345

²⁸ «Não é um critério universal no sentido de ser válido para todas as incriminações: a teoria do domínio do facto teria o seu âmbito de aplicação determinados aos chamados delitos de “domínio”», Susana Aires de Sousa, *op. cit.*; p. 346

o ilícito, é ele quem leva a cabo o comportamento que consubstancia o crime. Na autoria mediata encontramos o domínio da vontade quando o homem-de-trás domina o agente que executa o ilícito através de coação, erro ou através de um aparelho organizado de poder. Na coautoria encontramos o domínio funcional, pois o agente domina o facto através de uma divisão de tarefas com outros agentes (desde que a função que lhe fica adstrita seja relevante para o cometimento do ilícito).

Uma conclusão de extrema importância neste contexto é que “correto é qualificá-lo, convém o próprio Roxin, como um conceito aberto, isto é como um parâmetro regulativo, cujo conteúdo é susceptível de adaptar-se às variadíssimas situações concretas da vida a que se aplica e que só na aplicação alcança a sua medida máxima de concretização”²⁹. Ou seja, o conceito de autoria não é uma realidade estanque e abstrata, ele pode aplicar-se a uma generalidade de situações e é só nessa aplicação que constatamos que e como ele realmente funciona.

1.1 Nota adicional sobre a autoria mediata

De acordo com o que acabámos de expor, a autoria mediata (a 2ª modalidade de autoria de acordo com o artigo 26.º do CP) corresponde ao domínio da vontade. Neste caso, o homem-da-frente é instrumentalizado pelo homem-de-trás, o primeiro tem o domínio da vontade do segundo. Segundo Roxin, existem três hipóteses em que o homem-de-trás tem o domínio da vontade do homem-da-frente: erro, coação ou no contexto de um aparelho organizado de poder.

Contudo, Conceição Valdágua entende que deve ser adicionada mais uma hipótese, a qual denomina de aliciamento. Ainda de acordo com a autora, nos casos de aliciamento, «o homem-de-trás» persuade o aliciado a praticar o facto através de uma contrapartida

²⁹ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*; p. 897

(consistente numa prestação, de coisa ou de facto) pretendida pelo executor»³⁰. Para a autora, este alargamento faz sentido pois, na sua perspetiva, a pessoa que alicia o executor é a figura central do ilícito que, por sua vez comete o mesmo por intermédio de outrem. Voltaremos a este tópico mais à frente.

2. Instigação

2.1 Natureza jurídica

De acordo com a 4ª alternativa do artigo 26.º, número 1 do CP, considera-se punível como autor “ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo da execução”. A esta forma de comparticipação dá-se o nome de instigação.

Note-se que a diferença entre a autoria mediata e a instigação se situa ao nível da responsabilidade³¹. Estão excluídos do âmbito da autoria mediata e portanto integrados no âmbito da instigação todas as situações em que o homem-da-frente atue a nível doloso ou plenamente responsável.

A questão que se coloca relativamente a este conceito, nomeadamente na doutrina portuguesa, é se a instigação, tal como é definida no preceito acima mencionado, pertence à categoria da autoria ou da participação. Ou seja, o que se questiona é a natureza jurídica desta figura.

Na doutrina alemã, por exemplo, esta forma de participação no ilícito não está incluída na categoria da autoria, mas sim ao lado dos auxiliares na categoria da participação. Na doutrina portuguesa não temos um consenso quanto a esta questão. Temos

³⁰ Jorge Figueiredo Dias (et al.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, 2º Volume, Coimbra: Coimbra Editora, 2001; p. 928

³¹ “O critério distintivo entre a autoria mediata e a instigação é o princípio da auto-responsabilidade. Na autoria mediata o responsável criminal é o autor mediato, enquanto na instigação, quer o instigador quer o instigado são responsáveis” Susana Aires de Sousa, “*Contratado para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento (comentário acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de fevereiro de 2016)*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 27, N.º 1, Janeiro/Abril 2017, Coimbra Editora, p. 192

autores que defendem que a instigação pertence à categoria da autoria e autores que defendem que a instigação pertence à categoria da participação. De acordo com autores tais como Maria da Conceição Valdágua, Paulo Pinto de Albuquerque e Helena Morão, a instigação não pode ser considerada uma forma de autoria mas sim uma forma de participação.

Os argumentos que usam para justificar tal decisão são, em primeiro lugar, a formulação que a lei usa no artigo 26.º do CP. Nas palavras de Conceição Valdágua, a “diferença entre executar o facto (total ou parcialmente) e determinar outrem a praticá-lo (executá-lo) não é produto do acaso ou de menor rigor terminológico”³². Outro argumento levantado para defender esta inclusão da instigação na categoria da participação é a exigência da execução ou começo da execução da prática do facto. De acordo com Paulo Pinto de Albuquerque, “a instigação é uma forma de participação, colocando-se em relação a ela o problema da acessoriedade do facto do instigador em relação ao facto principal (doloso) do instigado”³³. Segundo Helena Morão, “a dependência jurídica da punibilidade do instigador e do cúmplice em relação ao facto principal designa-se por acessoriedade”³⁴, acessoriedade esta que é um pressuposto da participação. Ainda de acordo com a última autora, “o participante responde por um ilícito próprio, mas simultaneamente dependente e, nesta medida, não autónomo, surgindo, deste modo, a acessoriedade como elemento do ilícito da participação”³⁵.

Do outro lado da questão encontramos Figueiredo Dias que defende que a instigação deve ser vista e entendida como autoria. Para este autor, a inclusão da instigação no artigo da autoria é um indício claro da visão do legislador sobre o assunto. Transcrevendo a sua opinião: “o legislador português conhecia segura e exatamente as

³² Jorge Figueiredo Dias (et al.), *op. cit.*; p. 919 (nota rodapé (8))

³³ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 3ª Edição Atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007; p. 203

³⁴ Helena Morão, *Autoria e Execução Comparticipadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014; p. 44

³⁵ Helena Morão, *op. cit.*, p. 91

formulações da lei alemã sobre o problema (...) isto indica ter sido deliberadamente (que não por inabilidade, confusão ou ligeireza) que o legislador português colocou a instigação ao lado da autoria, imediata e mediata, e da coautoria”³⁶.

Além disso e seguindo a teoria adotada para definir e distinguir a autoria da participação (teoria do domínio do facto), autor é a figura central do acontecimento, vulgo cometimento do ilícito típico. E nos casos de instigação “o instigador surge assim (mas só então) como verdadeiro senhor, dono ou dominador do ilícito típico como tal, ao menos e seguramente da decisão do instigado de a cometer; determinação que desta maneira integra, por antecipação, a totalidade dos elementos constitutivos do ilícito típico e, por isso, também, do conteúdo material de ilícito”³⁷.

Ainda, refutando o argumento da acessoriedade para determinar a instigação como uma forma de autoria, Figueiredo Dias responde que, o facto de ter de se verificar o início da execução para que o instigador possa ser punido (como autor) “é uma exigência político-criminal ligada à ideia de que, sendo o processo de determinação essencialmente interno ou psicológico, entendeu a lei sublinhar de forma expressa que a determinação só pode considerar-se verificada quando conduza à prática pelo instigado de ato(s) que a revele(m) e execute(m)”³⁸.

Ainda na senda desta decisão de enquadrar a instigação como uma forma de participação e não como verdadeira autoria, vamos lembrar que Conceição Valdágua adicionou uma hipótese às já definidas por Roxin para os casos de autoria mediata, nomeadamente o aliciamento. A autora fá-lo porque reconduzir casos destes à categoria da instigação e conseqüentemente da participação (teoria que a autora defende) “conduziria a lacunas dificilmente compreensíveis e aceitáveis de punibilidade”³⁹ segundo Figueiredo

³⁶Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime* 3ª Edição, Coimbra: Gestlegal, 2019; p. 931

³⁷ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*; p. 933

³⁸ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*; pp. 943 e 944

³⁹ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*; p. 941

Dias. De acordo com este último autor, nos casos de aliciamento, estamos perante situações de domínio da decisão e, portanto, de instigação, não sendo necessário nem útil alargar as hipóteses da autoria mediata à custa do princípio da auto-responsabilidade.

Consideramos relevante assinalar que Susana Aires de Sousa e Nuno Brandão seguem a orientação de Figueiredo Dias no que diz respeito à inclusão da figura da instigação na autoria. Contudo, Susana Aires de Sousa reitera que “para ser autor não basta que o homem de trás incentive ou meramente aconselhe outrem a cometer um facto ilícito típico, sendo neste caso apenas participante”⁴⁰. Para a autora, para que possamos integrar a instigação na categoria da autoria é necessário que o instigador tenha um domínio sobre o instigado que, mesmo sendo a execução do ilícito obra pessoal do homem da frente (instigado) ainda aparece como obra do instigador (homem de trás)⁴¹. Ainda, Nuno Brandão escreve que, “O instigador é na nossa lei autor porque sem ele não havia crime. É figura central, deu um contributo decisivo para que o crime ocorresse, ou, se quisermos abandonar uma concepção causal de autoria, para o legislador, o instigador ascende à categoria de autor, porque domina o facto, sob a forma de domínio da vontade (do executante)”⁴².

Entendendo os argumentos suscitados por ambas as partes, que são válidos e tornam difícil uma tomada de posição, tendemos a concordar com Figueiredo Dias. A verdade é que, sem o instigador, não temos o cometimento do ilícito típico, portanto este é a figura central do acontecimento. Acrescentando ainda que, apesar de o argumento da acessoriedade ser bastante forte, a explicação do porquê de ele se demonstrar nesta situação (o elemento interno ou psicológico ter de ser exteriorizado para que se possa considerar verificado) levantada por Figueiredo Dias colhe mais a nossa aceitação.

⁴⁰ Susana Aires de Sousa, *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, N.º3, Julho/Setembro 2005; p. 355

⁴¹ *Ibidem*

⁴² Nuno Brandão, *Pacto para matar: autoria e início de execução*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, N.º 4, Outubro/Dezembro 2008, Coimbra Editora; p. 561

Esta questão é de extrema importância pois, inserir a modalidade instigação numa das categorias de comparticipação, autoria ou participação, levará inevitavelmente a resultados de punição díspares. De acordo com os defensores da teoria da instigação como autoria, identificar a instigação na categoria da participação implicaria correr «o risco de incorrer em lacunas de punibilidade político-criminalmente inconvenientes, como conduzirá a um tratamento injustificável dos casos em questão, derivado de se punir como autor aquele a quem cabe a menor fatia de responsabilidade jurídico-penal e como mero participante aquele que no fundo foi o autêntico “centro pessoal” do ilícito típico».⁴³ Ou seja, poderiam ser considerados e/ou punidos como participantes agentes que tiveram uma responsabilidade na prática do ilícito bem maior que o agente que o executou.

Os casos de utilização do agente provocador não se inserem nesta problemática. Mesmo Conceição Valdágua, que enquadra a instigação na categoria da participação, insere as situações de aliciamento (agente provocador) na autoria mediata. Dito de outra forma, independentemente de inserir a instigação na autoria ou na participação, ambas as correntes doutrinárias classificariam a atuação do agente provocador como autoria.

É importante notar que a “diferente compreensão doutrinária dos casos de aliciamento não tem consequências práticas se o aliciado inicia ou consuma a realização criminosa. Porém, a diferença de enquadramento ganha maiores contornos quando o aliciado nada faz”⁴⁴. A diferença prática que daqui resulta deve-se ao facto de, para a responsabilização por instigação ser necessária a prática de atos de execução, enquanto que para a autoria mediata não. Pode inclusive afirmar-se que essa diferente classificação implicaria a aplicação ou não aplicação de uma pena.⁴⁵

2.2 O dolo na instigação

⁴³ Jorge de Figueiredo Dias, op. cit.; p 937

⁴⁴ Susana Aires de Sousa, “Contratado” para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento (comentário acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de fevereiro de 2016), in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 27, N.º 1, Janeiro/Abril 2017, Coimbra Editora; p. 211

⁴⁵ “É inexplicável como se poderá negar a aplicação de uma pena a um agente se lhe chamarmos instigador e aplicar-lha, denominando-o de autor mediato.” Susana Aires de Sousa, op. cit; p. 193.

Ainda no artigo 26.º, na sua 4ª modalidade, há um detalhe que chama a atenção e se reveste da maior importância. Ao contrário das restantes alternativas, exige-se expressamente que a instigação seja dolosa (“... e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto...”). Ou seja, o agente (instigador) tem de determinar (instigar) o instigado com conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo de ilícito. Ainda sobre este tema, não observamos a possibilidade de determinar alguém a cometer um ilícito típico de forma negligente.

A questão que se segue é naturalmente a de saber qual o tipo de dolo que se exige na instigação. De acordo com Figueiredo Dias é possível que a instigação se processe com dolo eventual, pois ainda nesta hipótese o agente representa a realização do tipo como possível e conforma-se com isso.

Sabemos que a instigação tem de ser dolosa, mas, além disso, há ainda quem afirme que na instigação tem de estar presente um duplo dolo por parte do instigador. O que isto quer dizer é que “o dolo do instigador deve, por um lado, referir-se à determinação do instigado, por outro ao facto por este cometido, ao menos em início de execução”⁴⁶.

Relativamente ao duplo dolo acima mencionado, cumpre precisar se o dolo do instigador se deve dirigir à consumação ou se pode ficar-se pela tentativa. Ou seja, o que se questiona é se o instigador tem de ter conhecimento e vontade de consumação do ilícito por parte do instigado, conformando-se com (a provável) efetiva lesão do bem jurídico ou não. Para Figueiredo Dias, o dolo do instigador poderá reportar-se tanto à tentativa quanto à consumação que o instigador será sempre punido. O argumento suscitado para o defender é o próprio artigo 26.º e a forma como está redigido pois, “também a tentativa constitui um facto na acepção daquele preceito legal”⁴⁷. Para Paulo Pinto de Albuquerque “A instigação consiste na determinação de outra pessoa à prática de um facto ilícito típico concreto

⁴⁶ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*; p 945

⁴⁷ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*; p 947

quando esta pessoa não tivesse anteriormente dolo desse facto ilícito típico (...) O instigador tem um duplo dolo, reportado, por um lado, à determinação do instigado e, por outro lado, ao facto concreto (consumado ou tentado) cometido pelo instigado⁴⁸. Portanto, ambos partilham da mesma opinião quanto a este ponto.

Convém notar que esta não é a opinião seguida no ordenamento jurídico alemão no qual não se pune o instigador caso a realização do ilícito típico determinado por ele se fique pelo estágio da tentativa. Com esta opção, o que se alcança é a não punibilidade do agente provocador. Algo que não acontece em Portugal, pois de acordo com o artigo 6.º, número 1 do RJAE, o instigador é sempre punido. Sendo um agente provocador um instigador, terá sempre de responder criminalmente por esse facto. Voltaremos a este ponto.

Ainda sobre o dolo, se o instigado vai além do dolo do instigador (caso de excesso de mandato), este último responde apenas na medida do seu dolo. Dito de outra forma, apenas ao instigado é imputável o crime “novo” ou “mais grave”, sem prejuízo de o instigador ser punido a título de negligência. Se pelo contrário o instigado fica aquém do dolo do instigador, este último responde pelo facto efetivamente cometido. Neste contexto, importa afirmar que o dolo do instigador não tem de compreender a espécie e o modo de execução, “basta que ele se refira ao concreto ilícito-típico nos seus elementos constitutivos”⁴⁹.

2.3 Instigação em cadeia

Uma outra problemática, ainda no âmbito da instigação é o de saber se “devem ser jurídico-penalmente punidos aqueles agentes que, não tendo contacto direto com o executor do facto, constituem todavia elos de uma cadeia conducente à determinação daquele à prática de um facto ilícito-típico”⁵⁰.

⁴⁸ Paulo Pinto de Albuquerque, *op. cit.*; p. 202

⁴⁹ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 946

⁵⁰ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*; p. 948

Figueiredo Dias defende que devem ser punidos os elos da cadeia, contudo faz uma ressalva, para que os elos da cadeia possam ser punidos como instigadores (e consequentemente autores), é necessário provar que estes dominaram a decisão do executor de praticar o ilícito-típico. Quando não se prove esse domínio, “porque se assumiram como meros transmissores ou intermediários”⁵¹, os elos da cadeia apenas podem ser punidos como cúmplices.

3. Responsabilidade penal do agente provocador

Discorremos sobre toda a categoria da autoria para chegar ao que acreditamos ser o que se adequa à atuação do agente provocador, a instigação. Contudo, tal como os vários autores que se debruçaram sobre o assunto, entendemos não ser suficiente assumir tal conclusão.

Vários autores em vários ordenamentos jurídicos encontraram, no seu parecer, soluções que levavam à impunidade do agente provocador. Na Alemanha, a corrente dominante até à década de 70 era a teoria clássica. Esta teoria transmite-nos que o agente provocador não seria punido “devido à falta de duplo dolo exigido na instigação, uma vez que o agente, embora tendo dolo de determinar, de convencer, de criar a intenção criminal, não tem dolo de consumação do crime”⁵². Na Espanha, a teoria dominante era a da tentativa impossível. Esta teoria considerava que a “a intenção criminal do provocado nunca passará de uma tentativa inidónea, uma vez que o resultado jamais será realizado”⁵³.

A primeira referência à responsabilidade do agente provocador em Portugal surgiu com Eduardo Correia, que defendia que o agente provocador devia ser punido «desde que “tendo previsto o crime como resultado possível da sua determinação actuou não confiando

⁵¹ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*; p. 949

⁵² Susana Aires de Sousa, *Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova: Algumas Reflexões in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*; Coimbra Editora, 2003; p. 1226

⁵³ Susana Aires de Sousa, *op. cit.*; p. 1227

que ele se não produziria”»⁵⁴. Ou seja, colocando o acento tónico da questão na verificação ou não do dolo, mesmo que eventual. Atualmente, Figueiredo Dias, tal como relatámos supra, também segue este entendimento. Daqui podemos concluir que, na visão destes dois autores, se for possível provar que o agente provocador agiu com dolo, mesmo que eventual, será responsabilizado e punido como instigador ao crime.

É ainda relevante mencionar aqui a supra citada Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto - RJAÉ. Esta lei que visa estabelecer o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e repressão criminal, transmite-nos uma informação muito importante. No seu artigo 6.º encontramos o seguinte: “1 - Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.”

O que daqui podemos retirar é que, de acordo com esta lei, o agente encoberto está isento de responsabilidade pela prática da atos preparatórios ou de execução de uma infração, em qualquer forma de comparticipação que não a instigação ou a autoria mediata. Recordando que o agente provocador será sempre classificado como instigador ou como autor mediato (dependendo da teoria sobre autoria que se perfilhe), portanto nunca estará isento de responsabilidade penal na sua atuação provocatória. Segundo esta lei, é aceite a intervenção do agente encoberto e do agente infiltrado, mas não a intervenção do agente provocador. Esta é, aliás peremptoriamente e unanimemente recusada.

Podemos avançar que esta diferença entre a responsabilidade penal no caso do agente provocador e a isenção de responsabilidade penal no caso do agente infiltrado (desde que obedeça aos restantes requisitos da lei tais como a adequação aos fins de prevenção e repressão e a proporcionalidade a essas finalidades e à gravidade do crime que

⁵⁴ Manuel Augusto Alves Meireis, *op. cit.*; p. 138

se visa investigar) se deve à aceitação da intervenção do agente infiltrado e encoberto no nosso ordenamento jurídico e à completa recusa da intervenção do agente provocador.

Ainda que a atuação do agente infiltrado ou do agente encoberto também viole direitos e garantias fundamentais do visado na investigação/arguido no processo, bem como se mostre de certa forma desleal⁵⁵, ela é admitida como expediente último e apenas para prevenção e repressão de crimes graves⁵⁶ (crimes esses que estão elencados na própria Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto).

Tendo em conta a gravidade dos crimes investigados é permitida utilização deste mecanismo, pois não se abala o equilíbrio que se pretende manter entre os dois vetores fundamentais da segurança dos cidadãos e da eficácia das investigações criminais. A lei permite a atuação do agente infiltrado sem que este possa posteriormente ser responsabilizado penalmente.

O mesmo já não sucede com a atuação do agente provocador cuja violação do direito de livre determinação de vontade e/ou de decisão atenta contra a própria dignidade da pessoa humana, um direito fundamental e inviolável num Estado de Direito democrático como o nosso. O agente que determine um suspeito ao cometimento de um crime, mesmo

⁵⁵ Acórdão STJ, 30-10-2003, processo n.º 03P2032 “A lealdade é um princípio inerente à estrutura do processo penal. A lealdade pretende imprimir a priori toda uma atitude de respeito pela dignidade das pessoas e da Justiça e nessa perspectiva é fundamento de proibição de prova. Nesta perspectiva parece-me que o recurso a agentes informadores e agentes infiltrados viola o princípio da lealdade (...)

⁵⁶ Acórdão STJ, 20 -02-2003, processo n.º 04P4510 “1 - Têm sido, em geral, admitidas medidas de investigação especiais, como último meio, mas como estritamente necessárias à eficácia da prevenção e combate à criminalidade objetivamente grave, de consequências de elevada danosidade social, que corroem os próprios fundamentos das sociedades democráticas e abertas, e às dificuldades de investigação que normalmente lhe estão associadas (...) 2- A pressão das circunstâncias e das imposições de defesa das sociedades democráticas contra tão graves afrontamentos tem imposto em todas as legislações, meios como... a utilização de agentes infiltrados (...)”

Acórdão STJ, 30-10-2003, processo n.º 03P2032 “é de admitir que, no limite, se possa recorrer a estes meios de investigação (...). Dizemos no limite, ou seja, quando a inteligência dos agentes da justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a actividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça criminal cabe tutelar (...)”

que para reunir provas para posteriormente o submeter a um processo penal, será responsabilizado, mais concretamente, como instigador de um crime.⁵⁷

Uma nota adicional sobre a não punibilidade do agente infiltrado. “I - A não punibilidade de agente de investigação criminal que, para fins de prevenção ou repressão criminal, intervier - aceitando, detendo, transportando ou entregando - no circuito do tráfico de droga, obedece a dois vetores: - regularização da actuação do agente policial com vista à sua própria defesa, retirando-o de qualquer suspeição; e - desencorajamento de excessos de zelo ou de comprometimento. II - O agente infiltrado destina-se a desmascarar o crime enquanto o agente provocador se torna, ele próprio criador do crime. III - O agente infiltrado integra-se em actuação lícita, cada vez mais importante na luta contra o crime sofisticado ou organizado.”⁵⁸

Apesar de este acórdão datar de 1998, e por isso ser prévio à Lei 101/2001, de 25 de Agosto, compagina-se com o cenário da própria Lei 101/2001 que aceita, válida e não responsabiliza a atuação do agente infiltrado mas recusa e responsabiliza (argumento *a contrario*) o agente provocador pela sua atuação provocatória.

4. Conclusão

Esta questão não é amplamente tratada no nosso ordenamento jurídico, o que o prova a escassa bibliografia sobre o assunto bem como as poucas decisões jurisprudenciais visando este tema. Contudo, consideramos que a resposta a esta questão está claramente definida no artigo 6.º do RJA. Desde que a actuação do agente infiltrado não consubstancie uma provocação (na forma de instigação ou autoria mediata) para o cometimento do ilícito por parte do suspeito, a sua atuação é legalmente válida. Se, pelo contrário, estivermos perante uma atuação provocatória, o agente provocador nunca poderá

⁵⁷ No capítulo de análise de jurisprudência iremos debruçar-nos concreta e detalhadamente sobre um acórdão que visa a responsabilidade penal do agente provocadora Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25-05-2010, processo n.º 281/08.1JELSB.L1-5

⁵⁸ Acórdão TRL, 07-07-1998, processo n.º 0043325

ver a sua responsabilidade penal isentada por essa atuação e, portanto, terá sempre de responder pela mesma. No capítulo que se segue irá ser abordada a vertente processual do agente provocador.

III.

PROVA

1. A prova

A matéria da prova é um tema central do direito processual penal, sendo a sua maior demonstração o facto de o legislador ter condensado todas as normas relativas a este tema no Livro III do Código de Processo Penal, (artigos 124.º e ss.). A prova em si mesma é essencial para que se investigue a existência de um crime, bem como para que se determine o(s) seu(s) agente(s) e a sua responsabilidade.

Neste contexto da prova encontramos dois meios processuais, os meios de obtenção de prova e os meios de prova. De acordo com Maria João Andrade, “é através dos meios de obtenção da prova que são obtidos os meios de prova a partir dos quais se forma a convicção das autoridades judiciárias”⁵⁹. Os meios de obtenção de prova, normalmente, são modos de investigação que possibilitam a recolha dos meios de prova. O CPP prevê como meios de obtenção de prova os exames, as revistas, as buscas, as apreensões e as escutas telefónicas prevendo como meios de prova a prova testemunhal, as declarações do arguido, do assistente e das partes civis, a prova por acareação, a prova por reconhecimento, a reconstituição do facto, a prova pericial e a prova documental.

2. Princípio da lealdade

Um princípio que podemos mobilizar quanto às proibições de prova e, mais propriamente, quanto à sua fundamentação é o princípio da lealdade. Este princípio não é exclusivo da prova, sendo por sua vez um princípio inerente a toda a estrutura do processo penal. Nas palavras de Germano Marques da Silva, “a lealdade pretende imprimir ao processo toda uma atitude de respeito pela dignidade das pessoas e da Justiça”⁶⁰.

⁵⁹ Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*; 3ª Edição, Coimbra; Edições Almedina, 2021; p. 128

⁶⁰ Germano Marques da Silva, *Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado*, in *Direito e Justiça*, Vol. VXII, 2003, p.23

Ainda de acordo com o mesmo autor, “a lealdade não é uma noção jurídica autónoma, é sobretudo de natureza essencialmente moral, e traduz uma maneira de ser da investigação e obtenção das provas em conformidade com o respeito dos direitos da pessoa e a dignidade da justiça”⁶¹. Ora, uma das finalidades do processo penal é a realização da justiça e a descoberta da verdade material, contudo, esta não pode ser obtida a qualquer custo, tem de ser compatibilizada com as restantes finalidades e de acordo com uma determinada ética na atuação por parte do Estado. Só assim a comunidade continua confiante na sua atuação como sendo a mais justa e correta.

É esta ideia que Germano Marques da Silva quer passar com o seguinte trecho, “a ordem pública é mais perturbada pela violação das regras fundamentais da dignidade e da retidão da actuação judiciária, pilares fundamentais da sociedade democrática, do que pela não repressão de alguns crimes, por mais graves que sejam”⁶². O que consideramos importante reter é que a confiança da comunidade na atuação judiciária é mais abalada quando esta se mostra desleal ou desonesta do que quando não se perseguem ou reprimem determinados crimes.

3. A legalidade da prova

A prova ou a sua produção têm de obedecer a determinados princípios, entre os quais o princípio da legalidade, o princípio da livre apreciação da prova e o *princípio in dubio pro reo*. No entanto, iremos focar a nossa atenção apenas no princípio da legalidade. Este princípio está consagrado no artigo 125.º do Código de Processo Penal e diz o seguinte: “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”.

Da leitura desta norma podemos retirar que o legislador traçou um limite positivo e um limite negativo à admissibilidade de provas. No plano positivo, "o legislador não limitou a admissibilidade dos meios de prova e dos meios de obtenção da mesma às

⁶¹ Germano Marques da Silva, *Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrepentidos: Os Princípios Democrático e da Lealdade Processual in Direito e Justiça*, Lisboa, Volume VIII, Tomo II, 1994; p. 30

⁶² Germano Marques da Silva, *op. cit.*; p. 29

espécies tipificadas no CPP (arts. 128.º a 190.º) ou em legislação processual complementar, mas também no de que não prescreveu que certo facto pertinente ao tema da prova (art. 124.º) tenha, por princípio, de ser apurado através de determinada forma aquisitiva.”⁶³ No plano negativo, temos a proibição de todas as provas que, perdoem a redundância, forem proibidas por lei.

Parece-nos pertinente e até crucial transcrevermos um trecho que Sandra Oliveira e Silva citou num artigo para a Revista Portuguesa da Ciência Criminal, pois resume perfeitamente a ideia que queremos passar: “o artigo 125.º nem se limita a uma mera *regra de exclusão*, vendando as formas de aquisição proibidas, nem a uma estrita *regra de permissão ou de inclusão*, ao abrir o caminho a vias não previstas”⁶⁴.

Antes de passarmos propriamente à parte das proibições de prova, temos de realçar que, no nosso CPP, encontramos as chamadas provas típicas, ou seja, os meios de prova e meios de obtenção de prova aí consagrados. No entanto, as autoridades judiciárias não são obrigadas a socorrer-se única e exclusivamente delas, podendo ainda socorrer-se das provas atípicas. As provas atípicas podem ser utilizadas quando se mostrem adequadas ao apuramento de factos que não sejam possíveis alcançar através de uma prova típica e quando não sejam proibidas por lei.

4. Proibições de prova

A partir do artigo 125.º, que acabámos de mencionar podemos depreender que existem provas que são proibidas por lei: “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”. E é no artigo 32.º, número 8 da Constituição da República Portuguesa que encontramos o mais significativo elenco dessas provas proibidas. Segundo o qual, “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física

⁶³ António Gama (et al.), *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Artigos 124.º a 190.º*, Coimbra: Edições Almedina, 2019; pp. 29 e 30

⁶⁴ Sandra Oliveira e Silva, *Legalidade das provas e provas proibidas*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, N.º 4, Outubro-Dezembro 2011, Coimbra Editora; p. 563

ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.”

Segundo Sandra Oliveira e Silva podemos apontar três razões de fundo para a consagração desta norma e conseqüente proibição de prova. A primeira prende-se com a “*tutela da inviolabilidade dos direitos fundamentais*”⁶⁵, direitos fundamentais esses que são mais susceptíveis a ser violados quando se trate do arguido do processo. A segunda relaciona-se com uma ideia de “*preservação da integridade moral ou axiológica do Estado*”⁶⁶, pois o Estado não pode socorrer-se de quaisquer mecanismos que se mostrem eficazes na luta contra o crime. Por último, a autora alega que com a proibição o legislador quis afastar todo o “estigma da dúvida”⁶⁷ sobre as provas apresentadas em tribunal no contexto de um processo, pois só assim se assegura que as provas são verdadeiras e, sobretudo, confiáveis.

Neste artigo 32.º, número 8 da CRP encontramos uma dualidade de regimes que se reportam a diferentes “tipos” de provas proibidas. Na primeira parte da norma estabelece-se a nulidade absoluta de todas as provas obtidas daquelas formas (tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa) e na segunda as provas só serão consideradas nulas se a intromissão naqueles direitos (vida privada, domicílio, correspondência ou telecomunicações) for considerada abusiva. O que denota que foi intenção do legislador constitucional deixar a tarefa ao legislador ordinário de definir e distinguir as formas de intromissão abusivas e portanto nulas das não abusivas e portanto permitidas.

Este artigo 32.º, número 8 da CRP encontra um correspondente no CPP, o artigo 126.º cuja epígrafe é “Métodos proibidos de prova”.

⁶⁵ Sandra Oliveira e Silva, *op. cit.*; p. 577

⁶⁶ Sandra oliveira e Silva, *op. cit.*; p. 579

⁶⁷ Sandra Oliveira e Silva, *op. cit.*; p. 581

5. Métodos proibidos de prova

O artigo 126.º do CPP visa proibir a aquisição de provas através de determinados métodos, nomeadamente os que estão nesse mesmo artigo elencados. À semelhança do que acontece no artigo 32.º, número 8, também neste artigo encontramos proibições absolutas (número 1 e 2) e proibições relativas (número 3). É importante realçar que o elenco de métodos aqui previstos não é taxativo, sendo portanto meramente exemplificativo. De acordo com o que nos é dito no Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, “ a doutrina nacional tem entendido que onde surjam métodos susceptíveis de produzir a mesma danosidade que os elencados ficarão eles abrangidos pela proibição”⁶⁸.

No artigo 126.º, número 2, alínea a) encontramos a hipótese “utilização de meios enganosos”, e é neste ponto que iremos focar daqui em diante. Ainda de acordo com a referida norma, a utilização de meios enganosos é proibida pois é ofensiva da integridade física ou moral das pessoas. Quando aprofundamos esta questão descobrimos que esta expressão foi incluída na lei porque, apesar de não implicarem qualquer tipo de violência, estes meios também afetam a liberdade de vontade e/ou decisão do sujeito passivo. De ressaltar que o sujeito passivo dos métodos proibidos não se restringe ao arguido num processo, apesar de este ser o mais provável de ser lesado, mas alarga-se aos demais intervenientes.

Centrando na posição do arguido, também podemos invocar como fundamentação para a proibição de utilização de meios enganosos para produção de prova o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Fazendo uma contextualização, ao arguido é atribuído um estatuto, estatuto esse que assenta em três eixos fundamentais: o direito de defesa, o direito à presunção da inocência e o respeito pela decisão de vontade do arguido que se manifesta essencialmente num direito à não autoincriminação⁶⁹. O princípio *nemo tenetur se ipsum*

⁶⁸ Antonio Gama, et al., *op. cit.*, p.42

⁶⁹ Jorge de Figueiredo Dias e Nuno Brandão, *Sujeitos Processuais Penais: o Arguido e o Defensor*, Textos de apoio ao estudo da unidade curricular de Direito Processual Penal do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2020/2021), p. 27

accusare corresponde a esse direito à não autoincriminação e quer dizer, essencialmente, que o arguido não é obrigado ou não está sujeito ao dever de colaboração, ele não tem de participar na sua própria incriminação.

Questiona-se onde se situam as fronteiras deste princípio de forma a possibilitar um critério que consiga “discernir, nas zonas críticas de fronteira, entre a colaboração coercivamente imposta (proibida) e a mera sujeição a diligências de prova (permitida)”⁷⁰. O critério que a doutrina e jurisprudência nacional delinearão diz-nos que os extremos se encontram na “proibição de todas as formas não voluntárias de colaboração própria do arguido e a redução do *nemo tenetur* à sua expressão mais nuclear de liberdade negativa de declaração (que exclui do seu âmbito todos os atos de colaboração não-verbal)”⁷¹.

Dito isto, podemos retirar uma das fundamentações das proibições de prova no que diz respeito à utilização de meios enganosos: vai contra um direito ao qual é reconhecido estatuto constitucional, o direito à não autoincriminação.

Convém fazer aqui uma ressalva no que diz respeito ao consentimento do sujeito passivo. Existe uma diferença entre os métodos proibidos previstos nos números 1 e 2 e no número 3 do artigo 126.º, diferença essa que se funde na ideia do consentimento. Tanto no número 1 quanto no número 2 há uma irrelevância total do consentimento, ou seja, aqueles métodos de prova não podem de todo ser utilizados e as suas provas valoradas independentemente do sujeito passivo ter dado o seu acordo ou não. Já o número 3 apresenta-nos uma situação diferente.

O número 3 diz-nos que “Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do

⁷⁰ Sandra Oliveira e Silva, *O arguido como meio de prova contra si mesmo: Considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano X, 2013, pp. 375 e 376

⁷¹ Sandra Oliveira e Silva, *op. cit.*; p. 378

respectivo titular.” O que podemos retirar da leitura deste número 3 é que sem o consentimento do titular daqueles direitos (vida privada, domicílio, correspondência ou telecomunicações), as provas que foram obtidas através de intromissão nesses mesmos direitos não podem ser utilizadas, pois são nulas. O consentimento assume aqui um papel crucial quanto à possibilidade ou não de as provas serem utilizadas em julgamento.

Contudo, nas palavras de Susana Aires de Sousa, “se o que fica dito constitui fundamento, não fornece critério determinativo do âmbito do engano capaz de inquinar a prova produzida e impedir a sua valoração”⁷². Tudo o que descrevemos até agora sobre os métodos proibidos de prova apenas nos mostra quais são os fundamentos para que esses métodos sejam proibidos. O que precisamos de indagar de seguida é o critério ou os limites desta proibição de utilização de métodos enganosos.

6. Critério de aferição de métodos enganosos

Manuel da Costa Andrade aponta como critério “a proibição dos meios enganosos susceptíveis de colocar o arguido numa situação de coação idêntica à dos demais métodos proibidos de prova”⁷³. Manuel Augusto Alves Meireis defende que, para que a provocação constitua um método proibido devem estar preenchidos certos requisitos: “consistir num engano arditosamente provocado, como forma de extorquir do provocado uma declaração ou um *facere*, ou como forma de colocar o provocado num estado de irresistibilidade”⁷⁴. Ou seja, de acordo com este autor, estamos perante uma provocação proibida numa de duas situações: quando é um engano arditosamente provocado que leva o provocado a produzir prova contra si mesmo ou quando se submete este último a uma proposta irresistível.

Ainda de acordo com Alves Meireis, o engano a que nos referimos no caso da provocação é atingido através de um erro relativamente a vários aspetos. Nomeadamente,

⁷² Susana Aires de Sousa, *Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova: Algumas Reflexões in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*; Coimbra Editora, 2003; p.1218

⁷³ Susana Aires de Sousa, *op. cit.*; p. 1219

⁷⁴ Manuel Augusto Alves Meireis, *op. cit.*; p. 205

“um erro sobre a identidade e qualidade do agente provocador, um erro quanto aos fins prosseguidos pelo mesmo agente provocador, e ainda, um erro acerca das consequências imediatas de crime a que se propõe”⁷⁵. Dito de outra forma, é necessário que o provocado seja enganado pelo agente provocador e que este engano consiga induzir o provocado em erro. É ainda necessário que essa indução seja propositadamente criada para obtenção de provas processuais contra esse último.

Em jeito de síntese, para que estejamos perante a utilização de agente provocador, de forma a que este seja considerado um meio enganoso e consequentemente um método proibido de prova, é necessário um processo ardiloso constituído: pela “prática de actos materiais susceptíveis de iludir o enganado, e por isso, de provocar o erro (engano); a causalidade entre os actos praticados e o erro do provocado; (...) o dolo, ou seja, o conhecimento e a vontade do provocador (...) e uma finalidade própria que consistirá em conseguir provas processuais contra o mesmo provocado”⁷⁶.

O requisito que suscita mais dúvidas é o elemento objetivo da causalidade entre os atos praticados (a provocação) e o erro do provocado. Ou seja, tem de se conseguir provar que é pelo facto de o provocado estar em erro (qualquer um ou todos dos acima mencionados) que comete o crime e/ou produz prova contra si próprio. Dito de outra forma, o nexo de causalidade é quebrado se se conseguir provar que, independentemente da provocação, o suspeito iria sempre cometer o crime. Para que o nexo de causalidade se mantenha, o erro deverá ter sido predominante para a prestação da prova.

7. Consequências da violação da proibição

Começemos por distinguir proibições de prova de regras processuais no que diz respeito à prova. De acordo com Jorge de Figueiredo Dias, uma regra processual probatória é uma “prescrição que apenas determina o procedimento a observar na produção

⁷⁵ Manuel Alves Meireis, *op. cit.*; p. 206

⁷⁶ Manuel Alves Meireis, *op. cit.*; p. 210

probatória”⁷⁷. Por outro lado, uma proibição de prova, que está intimamente ligada à defesa dos direitos fundamentais dos cidadão, é um limite à descoberta da verdade material.

Ainda sobre esta distinção, podemos enunciar Sandra Oliveira e Silva. Para esta autora, as proibições de produção de prova “constituem barreiras à determinação dos factos que constituem objecto do processo e configuram verdadeiros obstáculos à descoberta da verdade”⁷⁸, enquanto as regras de produção de prova “visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova”⁷⁹.

As proibições de prova podem desdobrar-se em três opções: temas de prova proibidos, que consiste na proibição de obter prova sobre determinado acontecimento (p. ex. quando o tema é objeto de segredo de Estado, artigos 137.º e 138.º); meios de prova proibidos, que consiste na proibição de utilização de determinado meio de prova (p. ex. testemunho de um descendente que recuse testemunhar, artigo 134.º) e métodos (de obtenção) de prova proibidos, que consiste na proibição de utilização de determinado método de obtenção de prova (p. ex. uso de tortura para interrogar, artigo 126.º, número 1).

A qualquer uma destas opções de proibição de prova segue-se uma consequência, a proibição de valoração da prova obtida. As proibições de valoração podem ser de dois tipos: dependentes ou independentes. As primeiras “são antecedidas da violação de uma proibição de produção de prova, de que dependem”⁸⁰, as segundas “não dependem da prévia violação duma proibição de produção, derivando diretamente da danosidade da própria prova, nomeadamente sob a forma de atentado a um direito constitucionalmente

⁷⁷ Jorge de Figueiredo Dias, *Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal*, in *Revista da Legislação e Jurisprudência*, Ano 146.º, Setembro-Outubro de 2016, N.º 4000, p. 5

⁷⁸ Sandra Oliveira e Silva, *Legalidade das provas e provas proibidas*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, N.º 4, Outubro-Dezembro 2011, Coimbra Editora, p. 555

⁷⁹ *Ibidem*

⁸⁰ Manuel da Costa Andrade, *Proibições de prova em processo penal (conceitos e princípios fundamentais)*, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, N.º 13, 2008, Porto, p. 149

reconhecido”⁸¹. Contudo, esta ideia de que a uma proibição de prova se tem de seguir inevitavelmente uma proibição de valoração não é consentânea.

Para determinados autores, “de pouco valeria o legislador proibir certos métodos probatórios (n.º 1, 2 e 3) se não acompanhasse a proibição de uma determinada *sanção*”⁸². Para fundamentar esta teoria, utilizam a própria letra da lei “não podendo ser utilizadas”, (n.º 1 e 3) e defendem que esta não utilização consiste em essas provas proibidas não poderem ser utilizadas pelo julgador para formar a sua convicção, tudo tem de se processar como se essas provas não existissem.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, “na doutrina portuguesa vem prevalecendo, praticamente de forma total, o carácter *absoluto* da proibição de prova”⁸³, opinião que enunciámos acima e que o mesmo não segue. Ainda segundo o autor, é necessária e ponderação de conflitos em cada caso em concreto e justifica afirmando que “apesar de todo o valor e relevo que deva atribuir-se a um direito, liberdade, ou garantia individual violado (...) não vejo porque, nos mais democrático dos sistemas, ele haja sempre de ser apreciado como dominante perante o direito, liberdade ou garantia de outras pessoas constituídas em Estado, perante o interesse da comunidade num processo penal justo e eficaz”⁸⁴. Todavia o autor não termina aqui, defendendo ainda que “exato é também que a violação de um direito, liberdade ou garantia pode afetar irremediavelmente a consistência e a credibilidade da prova que com aquela prova se pretendeu alcançar”⁸⁵. Este autor defende que todas estas variáveis, e todos os valores conflitantes que acarretam, devem ser tomadas em atenção, ponderadas, de forma a salvar-se o máximo possível de cada uma. Deve ponderar-se em concreto, caso a caso.

⁸¹ *Ibidem*

⁸² Antonio Gama, et al., *op. cit.*; p. 62

⁸³ Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 11

⁸⁴ *Ibidem*

⁸⁵ *Ibidem*

8. Proibições de prova vs nulidades processuais

Uma outra problemática que também assume um relevo enorme no âmbito das proibições de prova é a da autonomia das proibições de prova perante nulidades processuais. De acordo com João de Matos-Cruz Praia, as proibições de prova estão “diretamente ligadas à salvaguarda dos direitos fundamentais e representam uma barreira ao apuramento dos factos”⁸⁶, já as nulidades processuais “visam, no essencial, o regular funcionamento do processo para que este decorra segundo as prescrições da lei”⁸⁷, sendo que as primeiras servem como resposta para vícios substanciais e as segundas para vícios formais.

Contudo, esta distinção aparentemente fácil na teoria, não se revela tão fácil ao ser aplicada na prática. O que torna a situação um pouco mais difícil de resolver é que, de acordo com o artigo 32.º, número 8 da CRP e 126.º do CPP, a consequência para uma proibição de prova é a nulidade. Contudo, o artigo 118.º, número 3 do CPP diz-nos que “As disposições do presente capítulo não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova”. Ora, isto dá a entender que existem regimes diferentes consoante se tratem de proibições de prova ou de nulidades.

No seguimento desta constatação, podemos avançar que a doutrina é unânime na consideração de que, tanto o regime das proibições de prova, como o regime das nulidades são autónomos. Paulo Pinto de Albuquerque afirma até que é o próprio artigo 118.º, número 3 que o define.⁸⁸ No entanto, a doutrina já se mostra dividida quanto à extensão desta autonomia. Quanto a esta questão destacam-se duas correntes: uma corrente que

⁸⁶ João de Matos Cruz Praia, *Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto*, in Julgar Online, Dezembro de 2019; p. 5 e 6

⁸⁷ João de Matos Cruz Praia, *op. cit.*; p. 6

⁸⁸ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 2ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008; p. 299 Apud Luís Pedro Martins de Oliveira, *Da autonomia do regime das proibições de prova*, in *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2010; p. 260

defende uma autonomia meramente dogmática e outra que defende uma autonomia dogmática, mas também jurídica.

De acordo com a primeira corrente, apesar de termos regimes autónomos que visam responder a problemas diferentes⁸⁹, as proibições de prova encontram-se numa relação de especialidade relativamente às nulidades. Ou seja, aplica-se às proibições de prova o regime das nulidades com algumas adaptações. Adaptações essas que se devem às particularidades das proibições de prova.

De acordo com a segunda corrente, não existe qualquer tipo de relação de especialidade entre ambos os regimes. A ligação que existe entre as proibições de prova e as nulidades é que em ambos os casos se tratam de espécies de invalidade⁹⁰. Podemos definir a invalidade como uma categoria que abrange “todos os desvios entre as disposições processuais e a atividade empreendida”⁹¹. Esta abrange, portanto, a inexistência jurídica, a nulidade e a irregularidade. A consequência jurídica que está associada às proibições de prova não é a nulidade, mas sim a inexistência jurídica⁹².

9. Efeito à distância das proibições de prova

Um outro assunto que assume um relevo substancial na temática das proibições de prova é o efeito-à-distância. No contexto de um processo, é de extrema importância averiguar e determinar se o efeito negativo que recai sobre uma prova se projeta nas provas que lhe são subsequentes.

⁸⁹ “Enquanto, por um lado, o regime das nulidades visa responder à inobservância das exigências legais dos actos processuais, quer relativas à forma, quer relativas ao iter processual para eles prescrito, o regime das proibições de prova propõe-se, por outro lado, disciplinar a investigação criminal, estabelecendo limites cuja violação acarreta a ofensa dos mais relevantes direitos individuais. De um lado está em causa um problema de natureza formal, do outro, perfila-se uma questão de natureza substancial”, Luís Pedro Martins de Oliveira, *Da autonomia do regime das proibições de prova, in Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2010; p. 260

⁹⁰ Luís Pedro Martins de Oliveira, *op. cit.*, p. 281

⁹¹ *Ibidem*

⁹² Luís Pedro Martins de Oliveira, *op. cit.*, p. 286

Para responder a esta questão de saber se, entre a prova considerada proibida e a prova posterior existe umnexo ou, se pelo contrário, existe autonomia, a doutrina norte-americana criou e utiliza a teoria dos “frutos da árvore venenosa” (*fruit of the poisonous tree*). Esta doutrina engloba três grupos de situações nos quais a prova proibida não se projeta para a prova subsequente. Esses grupos são: «a chamada limitação da “fonte independente” (independent source limitation); a limitação da “descoberta inevitável” (inevitable discovery limitation); e a limitação da “mácula (nódoa) dissipada” (purged tainha limitation)»⁹³.

A situação da “fonte independente” consiste em, para a descoberta de determinado facto, termos a prova declarada proibida e uma outra prova que tem uma fonte independente da primeira. Esta última prova que levou à descoberta do facto não tem uma correlação direta com a prova declarada proibida. A situação da “descoberta inevitável” traduz-se na prova subsequente não ser considerada proibida se for possível provar que era inevitável chegar ao conhecimento do facto através de outra atividade investigatória não proibida (hipotética). Por fim, na situação da “mácula dissipada”, admite-se a prova subsequente quando se prove que a conexão entre a primeira e a segunda é muito fraca, quando exista uma certa autonomia entre ambas.

Ou seja, nos casos que se incluam nestas três situações acima mencionadas, a impossibilidade de utilização da prova primária não se transmite às provas subsequentes ou secundárias. Contudo, na doutrina portuguesa, apesar de a aceitação quanto à “fonte independente” e quanto à “mácula dissipada” ser unânime, quanto à “descoberta inevitável” esvai-se o consenso.

Outra questão na qual também não existe consenso é a de saber qual a sede ou âmbito normativo deste efeito-à-distância das proibições de prova. Alguns autores

⁹³ Helena Morão, *Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessoriais - o Acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “the cat is out of the bag*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, N.º 4, Outubro-Dezembro 2012, Coimbra Editora; p. 697

defendem que se encontra no artigo 32.º, número 8 da CRP e no artigo 126.º CPP, enquanto outros defendem que se encontra no artigo 122.º CPP. De referir que, apesar desta divergência, todos admitem o referido efeito.

10. Conclusão

Esta questão da prova produzida por agente provocador é mais discutida e tratada em sede jurisprudencial do que a vertente substantiva anteriormente tratada. É unânime o entendimento de que as provas produzidas por agente provocador são ilícitas e, portanto, não podem ser utilizadas para, no contexto de um processo judicial, o juiz formar a sua convicção. Contudo, consideramos de extrema importância assumir uma atitude mais prática. Com isto o que queremos transmitir é que, na nossa opinião, não deve proceder-se a uma recondução automática dos métodos ocultos aos métodos enganosos e conseqüentemente aos métodos proibidos de prova. Deve existir um cuidado acrescido nesse âmbito, pois é com base nas provas produzidas que se forma a convicção do tribunal e posteriormente se decide um caso e como já tivemos oportunidade de explicar nem toda a conduta provocatória constitui provocação proibida e portanto, as provas daí obtidas não devem ser consideradas nulas (pelo menos, com base nesse fundamento). De seguida procederemos à análise de jurisprudência que envolve tanto a questão da vertente substantiva quanto a vertente processual.

IV.

ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

Neste quinto capítulo da presente dissertação, propomos-nos a analisar acórdãos referentes ao tema do agente provocador. O que se pretende é retirar e apreciar qual ou quais são os critérios utilizados para definir e constatar pela presença do agente provocador, bem como analisar o tratamento dado a casos onde se verifica a sua presença.

No fundo, aquilo que pretendemos é averiguar se tudo quanto foi desenvolvido nos capítulos supra é realmente aplicado e cumprido aquando do surgimento da matéria num caso concreto. Escolhemos dois acórdãos, um referente a cada vertente do agente provocador.

Começaremos com uma descrição breve dos casos, dos quais retiraremos os pontos essenciais à nossa investigação para o presente trabalho. Analisaremos também as fundamentações de cada tribunal e, por fim, comentaremos sob o nosso ponto de vista essas mesmas decisões.

1. Acórdão TRL de 25 de Maio de 2010, Processo número 281/08.1JELSB.L1-5

No Tribunal da Relação de Lisboa, o arguido **J** foi condenado como autor material de um crime de tráfico de estupefacientes na pena de 7 anos de prisão. O dito arguido **J** recorre da condenação e pede, entre outras coisas, que “se altere a decisão sobre a matéria de direito, por existir uma ação provocadora ou por terem existido atos praticados por agente infiltrado que retiram à conduta do recorrente os elementos típicos do tráfico de estupefaciente”.

O caso sujeito a julgamento, de acordo com o que os juízes da 5ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa declararam como provado, era o seguinte: Por volta do mês de Maio de 2008, o arguido **J**, que reside em Madrid, pretende proceder à “importação” de estupefacientes da América do Sul com destino à Europa, através do Aeroporto de Lisboa.

Para tal, o arguido **J** contactou **M**, que na altura se encontrava detido no Estabelecimento Prisional da PJ. Tendo obtido tal informação a PJ desencadeou uma operação policial encoberta.

Na sequência dessa ação, **M** (que actuava a mando e sob o controlo da PJ) disse ao arguido que conhecia uma pessoa, “**Hugo**” (o agente encoberto), que trabalhava no aeroporto e que este poderia facilitar a retirada do produto. Seguiram-se vários contactos telefónicos entre o arguido **J** e “**Hugo**” para combinarem todo o processo de execução da operação (datas, contactos, detalhes da entrega, etc). No dia 4 de Setembro, “**Hugo**” contacta o arguido **J** para o informar de que se encontrava com o produto e para combinar a entrega.

Assim que o arguido **J** se encontrou na posse da mercadoria, os agentes da PJ que se ficaram encarregues da operação de vigilância, abordaram-no e apreenderam o produto estupefaciente que se encontrava na mala do veículo (que veio a comprovar-se ser cocaína).

Contudo, a versão do arguido **J** sobre o desenrolar dos acontecimentos, era substancialmente diferente. A versão que o arguido apresentava e que fundamentava a sua argumentação de que teria existido uma conduta provocatória era a seguinte: **A**, namorada de **M**, contactou o arguido **J** solicitando o seu contacto telefónico para que **M** pudesse entrar em contacto com ele. **M** efetuou a ligação e pediu ajuda a **J**, ajuda essa que consistia em encontrar alguém que quisesse enviar produto estupefaciente para o Aeroporto de Lisboa, pois tinha aí um conhecido (“**Hugo**”) que facilitaria o processo.

O arguido **J** afirmou que se mostrou relutante a aceder ao pedido mas que, devido à insistência tanto de **M** como de “**Hugo**”, que garantiram a ausência de risco, acabou por aceder aos seus pedidos e praticou os factos constantes dos autos, que levaram à sua detenção.

“O ponto crucial da divergência entre a versão do arguido e aquela dada por assente está (...) em saber-se de quem ou de onde partiu a iniciativa que veio a determinar esta importação da droga”, se do arguido **J**, se de **M** sob a orientação da PJ. Esta divergência é o que define se temos ou não uma conduta provocatória.

Quanto ao ponto específico de saber quem iniciou os contactos, temos a versão da testemunha **M** (que colaborou com a PJ para beneficiar de uma atenuação de pena num processo que contra si vinha a decorrer) e a versão do arguido **J**. Só desta pequena conclusão, humildemente consideramos que o tribunal decidiu mal (algo que tribunal de recurso também apontou e considerou), visto que violou um princípio norteador do processo penal, o princípio *in dubio pro reo*. Tendo duas versões contraditórias e sem provas adicionais e substanciais que validem uma delas, deve favorecer-se o arguido.

Deixando isso de parte, e concentrando-nos apenas na questão da conduta do agente “**Hugo**” e de **M**. O tribunal de recurso revogou a decisão condenatória que tinha sido anteriormente proferida contra o arguido **J**. Fê-lo porque no seu entender, “tendo em conta os factos dados agora como provados, a situação corresponde a um caso nítido de ação encoberta que conduziu à provocação de um crime”. O tribunal considerou que a testemunha **M** convenceu dolosamente o arguido **J** e que não existia qualquer predisposição anterior, minimamente atual do arguido **J** ou que ele já tivesse a intenção de praticar o crime, mesmo que não se desse a intervenção da ação encoberta da PJ.

Contudo, o que de mais relevante (no contexto do presente trabalho e desta análise em concreto) conseguimos retirar deste acórdão é que, pela primeira e única vez na jurisprudência portuguesa, se fala de responsabilizar o agente provocador. O próprio acórdão diz-nos que “pelo menos à testemunha **M**... pode ser imputada uma atuação de instigação do crime”.

Podemos então afirmar que o tribunal de recurso, neste caso em concreto, adotou a mesma posição que nós temos vindo a debater e que demonstrámos nos capítulos

anteriores. “Se o arguido foi instigado a cometer um crime, devido a atuação dolosa de um particular inserido na ação encoberta levada a cabo pela PJ, com a colaboração ainda de um agente policial encoberto, está-se perante um caso de uma ação provocatória e de um agente provocador”. Assim sendo, e como o nexo de causalidade não foi quebrado, todas as provas devem ser consideradas nulas e desanexadas do processo e o agente provocador do crime deve ser responsabilizado por instigação ao crime com fundamento do artigo 6.º do RJA.

2. Acórdão do STJ de 30 de Outubro 2002, Processo número 02P2118

No 1º juízo Criminal da Comarca de Vila Franca de Xira, foram condenados 4 arguidos como co-autores materiais de um crime de estupefacientes. Inconformados com a decisão, os quatro arguidos interpuseram recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa. Este tribunal julgou procedente o recurso de um dos arguidos (**B**), julgando improcedentes todos os restantes. Do acórdão da Relação de Lisboa foram interpostos recursos para o Supremo Tribunal de Justiça. De forma sumária, o caso era o seguinte:

E contactou a PSP de Vila Franca de Xira, mais propriamente **F**, e informou-o que tinha conhecido uma pessoa ligada ao tráfico de drogas (**A**) e que estava com receio dessa mesma pessoa. **F** sugeriu que **E** colaborasse com a PSP, contactando **A** encomendado estupefacientes. O objetivo de **F** era deter **A**.

A e **E** combinaram a entrega do produto que **A** aceitou porque pretendia ganhar a simpatia de **E**. **E** informou os detalhes da entrega à PSP. No dia da entrega **A** foi abordado e detido pela PSP, transportando várias gramas de canábis.

Após a detenção, **A** prontificou-se a colaborar com a PSP a fim de identificar os fornecedores. A PSP concordou e contactou a PJ por razões territoriais (a transação ia dar-se numa zona limítrofe de Lisboa).

Na esquadra da PSP e com a presença de elementos da PJ, **A** recebeu um telefonema de **B** para ser combinado o encontro entre **B** e a compradora. **A** contactou **B** e este combinou o local para se encontrarem. Na chegada ao local do encontro, **B** chamou **A**, **H** e **I** (sendo estes dois últimos os agentes da PJ) para um prédio onde todos combinaram um novo encontro no qual se iria efectuar, de facto, a transação. **B** contactou **A** indicando um local para a transação e informou que a mesma ia ser procedida por dois indivíduos que se encontravam num Renault Clio (**C** e **D**)

No momento em que todas as pessoas (**A**, **B**, **H**, **I**, **C** e **D**) se encontraram, os elementos da PJ e os elementos da PSP que se encontravam por perto comunicaram a sua qualidade de polícias e deram voz de detenção

O que os arguidos **A** e **B** invocavam no recurso era que toda a prova produzida deveria ter sido considerada nula pois fora obtida através de um método proibido. Método esse que consistia na utilização de agente provocador.

A fundamentação do Ministério Público era a que **E** não poderia ser considerado agente provocador, pois ao encomendar o produto estupefaciente não determinou nem provocou **A** a aceitar a encomenda. Defendem que **A** “se determinou com inteira liberdade, de forma autónoma e plenamente consciente”. Assim sendo, não se trata de uma atuação por parte de agente provocador, pois não existiu perturbação da liberdade ou vontade de decisão (artigo 126.º CPP), portanto não se trata de um método proibido de prova e como tal as provas podem ser valoradas.

Seguidamente, os Juízes do STJ decidiram negar provimento a todos os recursos e confirmar o acórdão recorrido. Ou seja, não existiu conduta provocatória e portanto as provas e a consequente condenação dos arguidos eram válidas.

Consideramos que a decisão tomada pelos juízes do STJ, com todo o respeito, não está correta. O que está aqui em causa é saber se a atuação de **E** em conjunto com os polícias, tanto da PSP como da PJ, consubstancia uma atuação de agente provocador.

O STJ entendeu que **A** não foi provocado a cometer o crime. Como argumentos para fundamentar esta decisão, o STJ alegou que **E** apenas desencadeou uma intenção criminosa já existente ao realizar a encomenda do produto. De notar que este é um dos critérios seguidos pela jurisprudência maioritária do STJ, ou seja, o agente provocador cria uma vontade criminosa enquanto que o agente infiltrado apenas a desencadeia. Ainda de acordo com a jurisprudência maioritária, a aceitação da encomenda é o momento que revela a pré-existência da vontade.⁹⁴

Outro argumento suscitado pelo STJ foi o de que existiam já duas condenações prévias de **A** pelo cometimento do mesmo crime (tráfico de estupefacientes), o que no entender dos juízes também demonstrava uma pré-disposição para o crime. Além disso, ainda foram chamados ao caso os pormenores de que a entrega se realizou de modo fácil e rápido e se demonstrou que existia uma relação de confiança entre **A** e **B** o que seria indicador de que esta situação de entregas entre ambos não seria única.

Por fim, o tribunal alegou que a atuação de **E** foi espontânea, voluntária e desinteressada e que, portanto, tal não se identificava com a atuação do agente provocador.⁹⁵

Para fundamentarmos a nossa opinião de que neste caso existiu, de facto, uma conduta provocatória necessitamos de relembrar a definição de agente provocador. No início do presente trabalho definimos agente provocador como alguém que, com o intuito de sujeitar um suspeito a um processo penal, ou seja, reunir provas que permitam proceder

⁹⁴ Ana Rita de Melo Justo, *Proibição de prova em processo penal: o agente provocador*, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Outubro de 2002, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, N.º 3, Julho-Setembro 2006, Coimbra Editora; p. 506

⁹⁵ Ana Rita de Melo Justo, op. cit; pp. 505-507

criminallymente contra o suspeito, induz esse mesmo suspeito à prática de determinado crime, nunca revelando o seu sumo objetivo ou a sua verdadeira identidade.

Começando pela primeira parte da definição, o agente provocador tem de ser alguém que pretende sujeitar um suspeito a um processo penal reunindo provas contra o mesmo. De acordo com Alves Meireis “as motivações do agente provocador podem ser várias, desde o simples combate ao crime, a razões pessoais, vinganças e benefícios obtidos com a condenação. Em comum, há sempre a vontade de submeter a um processo penal e a uma condenação.”⁹⁶ Partindo da matéria de facto dada como provada, **E** tinha receio de **A** e por esse motivo é que decidiu ajudar a PSP. **E** sabia que se ajudasse a PSP **A** seria detido e muito provavelmente condenado. Portanto, podemos refutar já um dos argumentos do tribunal, a atuação de **E** pode ter sido voluntária e espontânea, mas não foi desinteressada, tal como a dos agentes que propuseram a simulação da compra do produto. O seu objetivo também seria submeter **A** a um processo penal e posterior condenação motivados muito provavelmente pela luta contra o crime, nomeadamente o de tráfico de estupefacientes.

A segunda parte da definição diz-nos que o agente provocador tem de induzir o suspeito à prática de determinado crime. Segundo o tribunal, a encomenda da droga feita por **E** não era suficiente para determinar **A** ao cometimento do crime. Não podemos estar mais em desacordo. Foi precisamente devido à encomenda de **E**, que **A** “apenas” aceitou porque queria cair nas suas boas graças, que **A** cometeu (pelo menos) aquele crime de tráfico de estupefacientes.

Por fim, a terceira parte da definição diz-nos que o agente provocador não revela o seu objetivo ou a sua verdadeira identidade. Neste caso, **E** não revelou a **A** o seu objetivo de ajudar na sua detenção e posterior condenação, e os agentes da PSP e da PJ também não revelaram a sua verdadeira identidade enquanto tal.

⁹⁶ Ana Rita de Melo Justo, *op. cit.*; p. 508

Quanto à questão do nexo de causalidade, o tribunal suscitou a questão da pré-disposição para o crime. Sabemos que se o nexo de causalidade for quebrado, então não estamos perante uma conduta provocatória, pois o suspeito já estaria determinado a cometer o crime e não houve de facto provocação. No entanto, consideramos os dados do acórdão insuficientes para provar uma pré-disposição do suspeito ao cometimento do crime. De ressaltar que, não é pelo arguido já ter sido condenado por um crime que se pode assumir que ele voltará a cometê-lo. Isso vai contra um princípio basilar do estatuto do arguido, nomeadamente o *in dubio pro reo*. Bem como a suposta conotação com o mundo do crime ou a relação de confiança que tinha com B não são argumentos fortes o suficiente para se provar pela predisposição ao cometimento do crime.

Em jeito de conclusão, consideramos que houve sim uma conduta provocatória, a formação da vontade de A não foi livre e, portanto, não só todas as provas deveriam ser consideradas nulas no julgamento, como ainda se deveria proceder criminalmente contra as pessoas envolvidas que perpetraram toda esta situação (responsabilizando-os por instigação ao crime).

No atual contexto societário, observamos com frequência uma sofisticação de meios no cometimento de crimes. Para que os Estado cumpram uma das suas funções fundamentais de prevenir e reprimir os crimes, pois só assim a confiança comunitária na realização da justiça se mantém, mostra-se necessário que este último tenha lançar mão de “táticas” diferentes das tradicionais. Uma das quais é a utilização de métodos ocultos de investigação nos quais se insere, entre outras, a figura do agente provocador sobre a qual nos debruçámos neste trabalho.

É certo que uma das finalidades do processo penal é a descoberta da verdade material, no entanto, esta não pode ser conseguida de qualquer maneira. O desejo de combater o crime que assola os nossos dias não pode sobrepor-se à defesa dos direitos e garantias constitucionalmente consagradas dos cidadãos. É necessário que continue a estabelecer-se como objetivo primordial o equilíbrio dos interesses que conflituam neste âmbito: a eficácia das investigações criminais e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O agente provocador não é uma realidade nova no âmbito dos métodos ocultos, mas não é por isso que deixa de ser tema de debate entre a doutrina e a jurisprudência.

Quanto à responsabilidade penal do agente provocador, caracterizamos a sua atuação como sendo pertencente à 4ª modalidade de autoria prevista no artigo 26.º do Código Penal, a instigação, ao contrário de parte da doutrina que a define como sendo pertencente à 2ª modalidade, a autoria mediata. Contudo, independentemente de se assumir a atuação do agente provocador como sendo autoria mediata ou instigação, ele (o agente provocador) será sempre punido como autor.

No entanto, a resposta final de toda esta questão encontra-se no Regime Jurídico das Ações Encobertas, a Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto. No seu artigo 6.º, esta lei diz-nos que um agente encoberto será isento de responsabilidade penal se atuar em qualquer forma de participação que não a autoria mediata ou instigação. Dito de outra forma, se se classificar a atuação do agente encoberto como sendo instigação ou autoria mediata, esse mesmo agente terá de responder penalmente.

Quanto à vertente probatória do agente provocador, este pode ser considerado um método enganoso de prova e conseqüentemente um método proibido de prova (tornando as provas assim recolhidas nulas). Para que possamos afirmar tal conclusão é necessário que se tenham como preenchidos determinados requisitos, nomeadamente, a “prática de actos materiais susceptíveis de iludir o enganado, e por isso, de provocar o erro (engano); a causalidade entre os actos praticados e o erro do provocado; (...) o dolo, ou seja, o conhecimento e a vontade do provocador (...) e uma finalidade própria que consistirá em conseguir provas processuais contra o mesmo provocado”⁹⁷.

A convicção de um juiz é formada com base nas provas que lhe são apresentadas, mas considera-se inadmissível que essas provas sejam obtidas através da violação da liberdade de determinação e/ou decisão do suspeito/arguido. Se se entender e confirmar que das provas foram obtidas através de agente provocador/através de uma atuação provocatória, que todos os requisitos foram preenchidos, as provas devem ser consideradas nulas e desanexadas do processo em que se encontram. Essas provas, de acordo com o artigo 126.º, número 4 do CPP, apenas podem ser utilizadas para proceder criminalmente contra quem as produziu.

Consideramos ser fulcral retirar de todo este estudo duas conclusões importantíssimas. A primeira é a de que se criem critérios que fortaleçam a distinção entre agente provocador e agente infiltrado. Devido ao facto de a linha divisora de ambos ser tão ténue, muitas vezes incorrem-se em erros, maioritariamente considerando como agente

⁹⁷ Manuel Alves Meireis, *op. cit.*; p. 210

infiltrado aquele que na realidade atuou como agente provocador e, como vimos, isso tem consequências gravíssimas. Não só as provas da sua atividade são consideradas válidas (quando não o deviam ser), como ainda o agente não é responsabilizado por instigação ao crime. A segunda é a de que, no cerne de toda a questão, independentemente de se tratar de responsabilidade ou de prova, se encontra o nexo de causalidade.

No seguimento de Susana Aires de Sousa, nem toda a provocação constitui um meio enganoso de prova. Para que tal se possa afirmar é necessário que se prove indubitavelmente que entre o erro criado pelo agente da polícia e a prática do crime existiu um nexo de causalidade.⁹⁸ Por outras palavras, tem de se provar que foi devido ao engano cometido pelo agente que o suspeito cometeu o crime. É excluído o nexo de causalidade e, portanto, a definição de atuação ilícita e a prova considerada nula, se se provar que, independentemente da atuação do agente, o suspeito sempre viria a praticar o crime. É assim porque, ainda nas palavras da autora, não é possível determinar alguém que já estava determinado.

Apesar de se tratarem de duas vertentes de uma só realidade: a responsabilidade e a prova, ambas necessitam que seja preenchido o mesmo requisito principal. Isto porque, se se provar o nexo de causalidade: o agente provocador é responsabilizado por instigação de acordo com o artigo 26.º, 4ª modalidade do CP e de acordo com o artigo 6.º do RJAe e as provas obtidas são consideradas nulas por se tratar de um método enganoso de prova com fundamento no artigo 126.º do CPP. Se, pelo contrário, não se provar a existência de um nexo de causalidade, não estamos perante um agente provocador porque não existiu determinação ao crime (nomeadamente porque não se pode determinar alguém que já está determinado) e as provas que o agente recolheu não são determinadas nulas com base na

⁹⁸ Susana Aires de Sousa, *Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova: Algumas Reflexões in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*; Coimbra Editora, 2003; p. 1233

utilização proibida de agente provocador. O que, logicamente, não determina que não o sejam com base noutra fundamento ou motivo.⁹⁹

Concordamos com Rui Pereira no seu entendimento de que um exemplo daquilo que se considera ser uma situação em que onexo de causalidade é quebrado quando o vendedor não só aceita a compra (simulada) de droga como já está munido da própria droga «devido “à elevada fungibilidade do acto de aquisição e, sobretudo, à circunstância de a detenção para venda ser já considerado tráfico».¹⁰⁰ O facto de o suspeito trazer a droga consigo denota já uma intenção ou pré-disposição a vendê-la. E mesmo que se tente refutar este entendimento, só o facto de a possuir constitui já um crime punido pelo nosso Código Penal.

Algo que também não conseguimos compreender é que, apesar de a jurisprudência considerar que existiu provocação e acabe por não utilizar as provas contra o visado do processo, não responsabilize os agentes provocadores pela sua atuação. Para que esta técnica considerada por todos ilegítima, deixe de ser utilizada é necessário que se demonstre que existem repercussões. A lei (RJAÉ - artigo 6.º) já está criada para tal, agora é “só” segui-la e pô-la em prática.

⁹⁹ Susana Aires de Sousa, *op. cit.*; p. 1234 «Todavia, do que fica dito não se pode presumir de imediato que as provas obtidas pelo “homem de confiança” nos casos em que a sua actuação não configura um meio probatório enganoso sejam válidas.»

¹⁰⁰ Rui Pereira, *O agente infiltrado na ordem jurídica portuguesa in Medidas de combate à criminalidade económico financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, p. 28 (nota 19) apud Ana Rita Melo Justo, *op. cit.*; p. 507

VI.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 3ª Edição Atualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007; pp. 196-206

ANDRADE, Manuel da Costa, *Proibições de prova em processo penal (conceitos e princípios fundamentais)*, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, N.º 13, 2008, Porto; pp. 143-157

ANDRADE, Manuel da Costa, *“Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”*; 1ª Edição, Reimp.; Coimbra: Coimbra Editora, 2013; pp. 209-236

ANTUNES, Maria João, *“Direito Processual Penal”*; 3ª Edição, Coimbra; Edições Almedina, 2021; pp. 127-149

BRANDÃO Nuno, *Pacto para matar: autoria e início de execução*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, N.º 4, Outubro/Dezembro 2008, Coimbra Editora; pp. 531-605

BRAZ, José, *Investigação Criminal: A Organização, o Método e a Prova; Os Desafios da Nova Criminalidade*; 5ª Edição revista e atualizada; Coimbra: Edições Almedina, 2020; pp. 358-365

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime* 3ª Edição, Coimbra: Gestlegal, 2019; pp. 885-951

DIAS, Jorge de Figueiredo (et al.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, 2º Volume, Coimbra: Coimbra Editora, 2001; pp. 917-938

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal*, in *Revista da Legislação e Jurisprudência*, Ano 146.º, Setembro-Outubro de 2016, N.º 4000; pp. 1-16

DIAS, Jorge de Figueiredo, BRANDÃO, Nuno, *Sujeitos Processuais Penais: o Arguido e o Defensor*, Textos de apoio ao estudo da unidade curricular de Direito Processual Penal do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2020/2021); pp.1-49

GAMA, António (et al.), *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Artigos 124.º a 190.º*; Coimbra: Edições Almedina, 2019; pp. 25-76

GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime - O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador: Os Princípios do Processo Penal*; Coimbra: Almedina, 2001, Imp.; 253-304

JUSTO, Ana Rita de Melo, *Proibição de prova em processo penal: o agente provocador; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Outubro de 2002*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, N.º 3, Julho-Setembro 2006, Coimbra Editora; pp. 497-515

MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999; pp. 1-29, 125-274

MORÃO, Helena, *Autoria e Execução Comparticipadas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014; pp. 35-111

MORÃO, Helena, *Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessoriais - o Acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “the*

cat is out of the bag, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, N.º 4, Outubro-Dezembro 2012, Coimbra Editora; pp. 689-726

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *O Problema da Admissibilidade dos Métodos “Ocultos” de Investigação Criminal como Instrumento de Resposta à Criminalidade Organizada: Contributo para uma Adequação do Direito Português às Exigências de uma Resposta Eficaz à Criminalidade Organizada*, 1ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019; pp. 197-203

OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, *Da autonomia do regime das proibições de prova*, in *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2010; pp. 257-290

ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado: Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Ações Encobertas*; Coimbra: Coimbra Editora, 2005; pp. 19-46, 121-141

PRAIA, João de Matos Cruz, *Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto*, in *Julgar Online*, Dezembro de 2019; pp. 1-16

SILVA, Germano Marques da, *Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrepentidos: Os Princípios Democrático e da Lealdade Processual in Direito e Justiça*, Lisboa, Volume VIII, Tomo II, 1994; pp. 27-34

SILVA, Germano Marques da, *Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado in Direito e Justiça, Vol. VXII, 2003; pp. 17-31*

SILVA, Sandra Oliveira e, *Legalidade das provas e provas proibidas*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, N.º 4, Outubro-Dezembro 2011, Coimbra Editora; pp. 545-591

SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo: Considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano X, 2013; pp. 361-379*

SOUSA, Susana Aires de, *Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova: Algumas Reflexões in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias; Coimbra Editora, 2003; pp. 1207-1235*

SOUSA, Susana Aires de, *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 15, N.º 3, Julho/Setembro 2005, Coimbra Editora; pp. 343-368*

SOUSA, Susana Aires de, *“Contratado” para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento (comentário acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de fevereiro de 2016), in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 27, N.º 1, Janeiro/Abril 2017, Coimbra Editora; pp. 181-220*

VII.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 13-01-99, processo n.º 98P999,

[http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/217c22d30dcd442b802568fc003b9f6c?](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/217c22d30dcd442b802568fc003b9f6c?OpenDocument)

[OpenDocument](#)

Acórdão Tribunal Constitucional n.º 578/98, processo n.º 835/98, 3ª Secção,

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html>

Acórdão STJ de 27-05-2009, Processo número 58/07.1PRLSB.S1,

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8e674ed29d3df0a1802575ec0030bffe>

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 30-10-2003, processo n.º 03P2032,

[http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/095237f2defdecabc80256e910044d94e?](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/095237f2defdecabc80256e910044d94e?OpenDocument)

[OpenDocument](#)

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 20-02-2003, processo n.º 04P4510,

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e4c9177530b2c36380256d08004e5d11>

Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 07-07-1998, processo n.º 0043325,

<http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/3ec430902c8e2c648025680300057ac5?OpenDocument>

Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 25-05-2010, processo n.º 281/08.1JELSB.L1-5,

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a330ce544a1b3a3f8025779f00478de4?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30-10-2002, processo n.º 02P2118,

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c86bbadd1c727fe880256cc3004b5b47?OpenDocument>

Todos os links foram acedidos pela última vez no dia 30 de Janeiro de 2022.