

O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM (TEDH) ACERCA DA ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO

Carolina Guimarães Pecegueiro Pereira*

Resumo: Este texto tem por objetivo analisar a problemática da utilização de agentes infiltrados, como um dos instrumentos de combate à criminalidade organizada, à luz do entendimento consolidado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Palavras-chave: Agente infiltrado, Agente Provocador, Ações encobertas, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Abstract: This text purposes to analyze the problematic involving the use of undercover agents as one of the able instruments to fight against organized crime under the consolidated knowledge in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

Keywords: Undercover agent, Provocative agent, Undercover operations, European Court of Human Rights.



* Doutoranda (Ciências Jurídico-Criminais) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil).

INTRODUÇÃO

O artigo que ora se apresenta trata do entendimento jurisprudencial que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem formado acerca da problemática que envolve o recurso ao agente infiltrado como técnica de investigação policial e, conseqüentemente, das provas que são obtidas mediante tal prática.

O tema se justifica sob o argumento de que, cada vez mais, os países tem utilizado as operações encobertas para fazer frente a uma criminalidade, nomeadamente, a organizada, que se fortalece e aprimora os seus métodos de atuação, com vistas a escapar do sistema de justiça criminal.

Ainda que esteja em causa uma criminalidade que destrói o Estado Democrático de Direito, o combate a tal flagelo não pode ser levado a cabo indiscriminadamente, daí se fazer necessária uma permanente reflexão sobre os regimes jurídicos que estabelecem as ações encobertas e sua operacionalidade.

A ideia de abordar o debate em nível supranacional se deveu à escassez de material específico sobre o tratamento do tema pelo TEDH, enquanto existe uma farta bibliografia que disserta sobre a problemática no âmbito interno dos Estados.

A ordenação do tema se dará em três capítulos. No primeiro capítulo, far-se-á uma contextualização dos métodos de investigação que relativizam os direitos fundamentais, a exemplo das operações encobertas, em tempos de uma política criminal voltada para a eficiência.

No segundo capítulo, analisar-se-á os pressupostos teóricos da figura do agente infiltrado à luz da Constituição e dos Princípios do Direito Penal, além de seu enquadramento dogmático na doutrina penal.

Por derradeiro, selecionar-se-á importantes casos resolvidos pelo TEDH acerca da matéria, como forma de extrair o seu posicionamento acerca dos conflitos que

envolvem as questões principais abordadas nesta pesquisa.

1 O CONTROLE PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 A MAXIMIZAÇÃO DO ESTADO PENAL E A SUPRESSÃO DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

O Século XXI é marcado pelo aumento da repressão penal – real ou simbólica¹ – nas mais diversas áreas da sociedade. Tal expansão procura no discurso da segurança e da proteção das instituições do Estado o seu amparo legitimador. A própria demanda das instituições do Sistema de Justiça Criminal para que a legislação permita a utilização de meios cada vez mais intromissivos na esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos, sob o argumento de que, de outro modo, seria impossível proteger e resguardar os bens jurídicos com dignidade penal, é responsável pela ampliação da máquina penal em níveis de criminalização primária, secundária e terciária².

Atribui-se ao combate à criminalidade organizada, ao tráfico de drogas, dentre outras condutas consideradas perigosas ao convívio social³, a necessidade de utilização de

¹ Andrade (2003, p. 293) define como Direito Penal Simbólico a “oposição entre o ‘manifesto’ (declarado) e o ‘latente’; entre o verdadeiramente desejado e o diversamente acontecido; e se trata sempre dos efeitos e conseqüências reais do Direito Penal. Simbólico, no sentido crítico, é por conseguinte um Direito Penal no qual se pode esperar que realize através da norma e sua aplicação outras funções instrumentais diversas das declaradas, associando-se neste sentido com engano”.

² Segundo Baratta (2002, p. 161), “o direito penal não é considerado, nesta crítica, somente como sistema estático de normas, mas como sistema dinâmico de funções, no qual se podem distinguir três mecanismos analisáveis separadamente: o mecanismo da produção das normas (criminalização primária), o mecanismo da aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária) e, enfim, o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança”.

³ Hassemer (1995, p. 66) disserta que “problemas ambientais, droga, criminalidade

poderosos e “eficazes” instrumentos de investigação criminal e desobedece-se o princípio da subsidiariedade ao se colocar o Direito Penal como primeira resposta para a resolução daquele problema, vez que não se exige do Estado uma demonstração de que outros meios menos danosos foram utilizados para resolver tais conflitos⁴.

Esta prática, para além da criminalização e do endurecimento do tratamento penal para as condutas ligadas à modernidade, verifica-se, sobretudo, na investigação criminal, onde se pretende, em nome da elucidação de crimes, cada vez mais reduzir os direitos e garantias individuais.

A supracitada tensão pode ser vista mais claramente ao se analisar os instrumentos utilizados na investigação criminal em praticamente todos os países de cultura jurídica ocidental, a saber: buscas e apreensões, interceptações telefônicas e telemáticas, utilização de agentes infiltrados, etc.

Hassemer (1995, p. 67) assevera que o direito penal da modernidade⁵ já não mais se ocupa em proteger os bens

organizada, economia, tributação, informática, comércio exterior e controlo sobre armas bélicas – nessas áreas se concentra hoje a atenção pública; para elas se aponta uma ‘necessidade de providências’; nelas se realiza a complexidade das sociedades modernas e desenvolvidas; delas preferencialmente surgem à luz do dia os problemas de controlo desta sociedade: são áreas ‘modernas’, e delas se encarrega o actual direito penal. Nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do direito penal, não apenas quando se já tenha verificado a inadequação de outros meios de controlo não penais”.

⁴ Baratta (2003) expõe que o princípio da subsidiariedade está ligado à prova de que não existem meios não penais de intervenção eficazes para resolver conflitos em quais estão ameaçados os direitos humanos. Não é suficiente, portanto, a comprovação da idoneidade da resposta penal, mas também, é necessário demonstrar que esta não é substituível por outros tipos de intervenção de menor custo social.

⁵ Faria Costa (2010, p. 55) perquire que “discretar racionalmente, sobre uma realidade que todos dizem ser qualitativamente diferente do que estava antes e, por isso mesmo, necessitar de outros instrumentos de análise, de outro alfabeto, de outra semântica, de outra gramática? Como se pode ter a veleidade de tentar perceber o que é a corrupção, a fraude e o branqueamento de capitais, a criminalidade exasperadamente organizada, o terrorismo, em um mundo globalizado, se nos fogem, nos escapam os conceitos, as matrizes e, mais prosaicamente, até escasseiam

jurídicos individuais concretos, a exemplo da vida e da liberdade, mas dos modernos bens jurídicos universais, ainda que de vaga e superficial definição, a saber: saúde pública, regularidade do mercado de capitais ou credibilidade da política externa. A estes correspondem os tipos penais em que o moderno direito penal se realiza. Nos crimes de perigo abstrato, por exemplo, não se faz a análise da ocorrência ou não de uma ameaça concreta e, até mesmo, se houve lesão ao bem jurídico protegido⁶, mas basta somente a prática de uma conduta que se enquadre como tipicamente perigosa, de acordo com o exame do legislador. Este direito penal não comporta qualquer delimitação de núcleo e, por sua vez, a ideia de punição à lesão de bens jurídicos individuais já se desfez há bastante tempo. O novo direito penal espalha seus tentáculos por todas as esferas em que a vida dos cidadãos se tornou “moderna” e “arriscada”.

Amparado no discurso da perseguição aos infratores desses bens jurídicos da modernidade, o direito penal tem ampliado o seu controle, sobretudo no processo penal, onde se pretende atingir o maior grau de funcionalidade possível.

Batista Machado (2010, p. 58-59) pondera que, no Estado Democrático de Direito, ao cidadão é garantida segurança diante de eventuais intervenções do Poder Público em sua

os normais meios de perseguição da ‘criminalidade comum’? Mas continuemos desnudando uma perplexidade ainda mais radical: como projectar tudo isso em um horizonte ético? Em um quadro ético que também ele se encontra em mutação ou, talvez pior, em metástica desagregação?”

⁶ No mesmo sentido de Hassemer, em crítica, Zaffaroni (2006, p. 396-397) não concebe a existência de uma conduta típica em que não se verifique a lesão de um bem jurídico, posto que os tipos representam particulares manifestações de tutela jurídica desses bens. Apesar de o delito ser muito mais do que a agressão a um bem jurídico, tal lesão se faz indispensável para a configuração da tipicidade. Deste modo, o bem jurídico exerce um papel central na teoria do tipo, pois dá o verdadeiro sentido teleológico (de telos, fim) à lei penal. Dessarte, sem o bem jurídico, não há um “para que?” do tipo e, portanto, fica excluída a possibilidade de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, o que se tem é apenas um formalismo legal, numa pura “jurisprudência de conceitos”.

esfera pessoal. O princípio do Estado de Direito – ou Estado subordinado ao Direito – surge exatamente como uma forma de contenção do Estado Absoluto, em que prevalecia a denominada “Razão de Estado” sobre os direitos e liberdades dos cidadãos. Hodiernamente, tal princípio não exige somente a garantia da defesa de direitos contra o Estado, mas também a defesa destes contra quaisquer *poderes sociais de fato*. Deste modo, é possível afirmar que o Estado de Direito se demite de sua função ao se abster do recurso aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos.

Neste período, no *Ancien Régime*, tem-se as primeiras notícias da utilização de agentes infiltrados como método de descobrir os inimigos do Rei. A estes era incumbida a função de trazer à tona aqueles que se opunham ao regime e, conseqüentemente, à pessoa do Rei, cometendo, então, crime de lesa-majestade.⁷

A figura em questão, o agente infiltrado, passou por uma remodelagem e se adequou ao dito moderno direito penal, de cunho liberal, sendo utilizado, nos dias atuais, não mais com o escopo de descobrir os inimigos do Rei, mas de descobrir os inimigos do Estado, ou seja, aqueles que infringem as leis penais que estão ligadas aos bens jurídicos elencados como os mais importantes da sociedade.

⁷ Dal Ri (2006, p. 119) explica que as doutrinas absolutistas passaram a ter uma forte incidência sobre a noção de lesa-majestade, servindo como fundamento para a monarquia francesa entre os séculos XVII e XVIII. A consequência direta deste fenômeno foi concretizada através de um processo de progressiva ampliação da aplicação do delito, seja através da multiplicação de sujeitos ‘majestáticos’ objetos da tutela penal e das condutas que poderiam ser nesta enquadradas, seja através de um processo de politização de alguns delitos que outrora o direito penal considerou como delitos comuns, não enquadráveis no delito de majestade. “Como é possível pressupor, não se trata de novos crimes até então desconhecidos para a cultura penal do Ancien Régime francês. Mas as novas estratégias de controle social que surgiam naquele determinado momento histórico faziam com que esses mesmos delitos migrassem de uma determinada categoria para uma nova, de sorte que os elementos que os caracterizavam abandonavam, deste modo, a noção de *lèse-majesté*.”

A utilização do agente infiltrado na investigação criminal é bastante impulsionada pelo discurso da sofisticação dos métodos empregados pelas organizações criminosas, grupos terroristas, redes de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, etc.

No entanto, de acordo com Garland (2005, p. 313-315), o mundo atual do controle do delito e da justiça penal não surgiu como consequência das crescentes taxas de crimes, mas foi criado e modificou-se por uma série de respostas adaptativas às condições culturais e criminológicas da modernidade tardia, condições estas que incluem novos problemas de delito e insegurança. O caráter arriscado e inseguro das relações sociais e econômicas atuais é a base social que origina tanto a nossa preocupação enfática e generalizada pelo controle como a velocidade e o afã com que segregamos, fortificamos e excluímos. É esta circunstância de fundo que alimenta nossos intentos obsessivos de manter sob vigilância indivíduos suspeitos e de impor controles em cenários que, de outro modo, estariam abertos e fluidos. É a fonte das ansiedades profundamente arraigadas que se expressam na atual cultura da consciência do delito, na mercantilização da segurança e em um sistema desenhado para gerir o espaço e dividir as pessoas⁸. As novas mudanças no controle do delito tem se adaptado e tem respondido ao mundo da modernidade tardia com seus

⁸ Bauman (2001, p. 39) preconiza que “a apresentação dos membros como indivíduos é a marca registrada da sociedade moderna. Essa apresentação, porém, não foi uma peça de um ato: é uma atividade reencenada diariamente. A sociedade moderna existe em sua atividade incessante de ‘individualização’, assim como as atividades dos indivíduos consistem na reformulação e renegociação diárias da rede de entrelaçamentos chamada ‘sociedade’. Nenhum dos dois parceiros fica parado por muito tempo. E assim o significado da ‘individualização’ muda, assumindo sempre novas formas – à medida que os resultados acumulados em sua história passada solapam as regras herdadas, estabelecem novos preceitos comportamentais e fazem surgir novos prêmios no jogo. A ‘individualização’ agora significa uma coisa muito diferente do que significava há cem anos e do que implicava nos primeiros tempos da era moderna – os tempos da exaltada ‘emancipação’ do homem da trama estreita da dependência, da vigilância e da imposição comunitárias”.

valores políticos e culturais.

O medo crescente da criminalidade organizada⁹ pode ser definido como o principal responsável pelas mais radicais modificações e superlativizações do poder da polícia e do direito penal na modernidade. Os princípios fundamentais tem validade nula ou limitada, a saber: princípio do *in dubio pro reo*; a separação, outrora nítida, entre o poder de polícia e a persecução penal (entre prevenção e repressão); a limitação de utilização de medidas restritivas de direitos ao infrator (poder de polícia) e do suspeito (persecução penal) e, sobretudo, a regra fundamental da transparência das investigações (HASSEMER, 1995, p. 99).

O atual debate acerca das questões que envolvem a política criminal leva a crer que se se conferir às autoridades da segurança pública todos os meios que demandam, será possível fazer frente ao crime organizado. Tal ideia é falaciosa. Nos últimos tempos, foram conferidos às autoridades da segurança pública os mais poderosos instrumentos legais coercitivos que já vinham sendo objeto de demanda por parte daqueles. Na Alemanha, acolheu-se tais instrumentos tanto nas legislações policiais e de ordem pública dos Estados, como nos códigos penal e de processo da federação, que são: agentes infiltrados,

⁹ O art. 1º, *i, j, l, m* do CPPP traz as definições do que vem a ser terrorismo, criminalidade violenta, criminalidade especialmente violenta e criminalidade altamente organizada, a saber, respectivamente: “as condutas que integrem os crimes de organização terrorista, terrorismo e terrorismo internacional; as condutas que, dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual ou a autoridade pública e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 8 anos; as condutas que integrem crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação econômica em negócio ou branqueamento”. Silva Dias (2010, p. 25) aponta críticas aos referidos conceitos normativos, sob o argumento de que estes, por serem vagos e imprecisos, causam “insegurança jurídica se tivermos presente que a definição do que é criminalidade organizada funciona como pressuposto da aplicação de um regime processual e sancionatório mais severo, consistente em medidas fortemente restritivas de direitos e liberdades”.

“arrependidos”, observação policial prolongada, escuta telefônica ampliada, proteção de testemunhas (o que limita a atuação da defesa), levantamento e gravação de dados pessoais em larga escala, licitações para a prática de observação policial, escutas por meios eletrônicos, penas patrimoniais e punibilidade da lavagem de dinheiro. Tudo o mais que for demandado, no contexto do que já foi concedido, representa muito pouco (HASSEMER, 1995, p. 100).

Não seria, entretanto, maduro o retrocesso pela inutilização desses métodos, nomeadamente, do agente infiltrado. O que se deve ter em conta é que, sendo o direito processual penal a concretização do direito constitucional, tais medidas devem estar em consonância com os princípios fundamentais da Carta Magna, não sendo possível, em nenhuma hipótese, prescindir dos direitos humanos, principalmente, em nome da segurança pública.

Uma questão, que também se faz presente na temática da possibilidade de utilização de agente infiltrado, é o dilema ético que envolve o uso da enganação e do engodo, sentimentos dotados de carga valorativa tão negativa no seio social, por parte do Estado, para que este venha a descobrir crimes. Ainda que se considere que a sociedade vive um contexto de pluralismo e multiculturalismo de valores, resta claro que a mentira, em nenhuma sociedade, é valorada como positiva. Em todas as esferas da vida social se percebe a tentativa de consagrar o *fair play*, ou a igualdade de condições numa disputa e, quando se tem em causa a figura do agente infiltrado, o Estado, que, pela sua própria natureza, já é demasiado mais poderoso do que os indivíduos, ainda sai em vantagem quando a ele é permitida a utilização de tal meio, socialmente tão condenável.

Outro ponto problemático é pensar que o Estado pode, na pessoa do agente infiltrado, cometer crimes para descobrir ou evitar crimes, sendo tal “prerrogativa” negada aos cidadãos,

excetuando-se, obviamente, os casos de exclusão de antijuridicidade e de culpabilidade, previstos na lei penal.

E, ainda, sabendo-se que o que separa o agente infiltrado do agente provocador é uma tênue linha, por vezes, o homem de confiança pode se transformar em *agent provocateur*, o que amplia ainda mais o dilema que envolve a legitimidade ético-jurídica do procedimento.

Costa Andrade (2006, p. 221) desenvolve a ideia de que, nestes casos, a transformação de agente infiltrado em agente provocador acontece quando, de algum modo, este precipita o crime, ao cometer a instigação ou o induzimento, nomeadamente, quando aparece como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos. Tanto no direito alemão como no americano, tem ganho cada vez mais relevo a corrente que contesta claramente a solvabilidade ético-jurídica desta prática. Levanta-se a imoralidade cometida pelo Estado, que “com uma mão favorece o crime que quer punir com a outra. Acabando, não raro, por atrair pessoas que de outro modo ficariam imunes à delinquência e potencializando os factores da extorsão, da violência e do crime em geral”.

1.2 A POLÍTICA CRIMINAL DO SÉCULO XXI: O EFICIENTISMO PENAL

O modelo de política criminal da modernidade, de base eficientista¹⁰, aproveitou-se, para formular seus postulados,

¹⁰ Sobre o movimento de política criminal denominado Tolerância Zero, Wacquant (2001, p. 34) estabelece que “do domínio policial e penal, a noção de ‘tolerância zero’ se espalhou segundo um processo de metástase para designar pouco a pouco e indistintamente a aplicação estrita da disciplina parental no seio das famílias: expulsão automática dos estudantes que tenham levado arma para a escola, suspensão dos esportistas profissionais culpados por violências fora dos estádios, controle minucioso do contrabando de drogas nas prisões, mas também o rechaço sem trégua dos estereótipos racistas, a sanção severa dos comportamentos incivilizados dos passageiros de avião e a intransigência em relação a crianças que não estão usando seu cinto de segurança no banco traseiro dos carros, do

substancialmente, da *Teoria das Vidraças Quebradas*, formulada, em 1982, por James Wilson e George Kelling. Esta teoria partia do ditado popular americano “quem rouba um ovo, rouba um boi”, para dizer que o Estado deveria punir com rigor a criminalidade aparentemente sem importância, pois seria esta, com o passar do tempo, tornar-se-ia grave caso o Estado permanesse inerte ou a tratasse com brandura. Trocando em miúdos, o Estado deveria ser implacável até – ou sobretudo – com a dita “pequena” criminalidade, posto que, de outro modo, a deixaria “livre” para praticar, em momento posterior, crimes cada vez mais graves e que afetariam, principalmente, a segurança e o patrimônio dos “cidadãos de bem”.

Como um instrumento que operacionaliza a referida política criminal está o mecanismo de eleição de inimigos¹¹ no plano interno e no plano externo dos Estados, sendo estes materializados, respectivamente, nas pessoas do traficante de drogas e do terrorista. A eleição destes não é aleatória, mas serve exatamente para dar um propósito à tendência de restrição aos direitos e liberdades individuais dos cidadãos adotada pelos Estados. Ou seja, em nome da perseguição ao

estacionamento em fila dupla ao longo das avenidas de comércio e da sujeira nos parques e jardins públicos. Estendeu-se até às relações internacionais: Ehud Barak exigia recentemente de Yasser Arafat que mostrasse a eficácia da ‘tolerância zero’ contra o terrorismo, enquanto as tropas britânicas da força de intervenção da ONU no Kosovo dizem aplicar a ‘tolerância zero’ a qualquer desordem nas ruas de Pristina”.

¹¹ Segundo Gracia Martín (2005, p. 2), nos últimos tempos, a doutrina penal tem apontado a certas regulações do direito positivo que parecem se diferenciar do direito penal geral em virtude de certas características peculiares, as quais motivariam o seu agrupamento e individualização como um particular *corpus* punitivo, que poderia identificar-se com a denominação “direito penal do inimigo”. Em uma perspectiva geral, poder-se-ia dizer que o direito penal do inimigo seria uma clara manifestação dos excessos próprios do direito penal moderno, ou seja, da atual tendência expansiva do direito penal que, geralmente, dá lugar, no plano formal, a uma ampliação de seus âmbitos de intervenção e, materialmente, de acordo com a opinião majoritária, a um desconhecimento, ou, pelo menos, a uma clara flexibilização e, com isso, a um menosprezo pelos princípios e pelas garantias jurídico-penais liberais do Estado de Direito.

inimigo – perseguição esta que é perene – disfarçada no discurso da busca por segurança, devem ser admitidos todos os meios de investigação e punição e também abusivas interferências na intimidade das pessoas, além da não preservação da ética, conforme já aludido anteriormente.

Esta caça aos inimigos do Estado acaba por legitimar, como regra, mecanismos que são próprios de um estado de exceção. Agamben (2004, p. 13) afirma que existe uma forte tendência de que o estado de exceção, cada vez mais, apresente-se como paradigma de governo dominante na política contemporânea. Tal deslocamento, de uma medida provisória e excepcional, para uma regra de governo ameaça transformar substancialmente a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre as diversas espécies de constituição. O estado de exceção se apresenta, sob esta ótica, como um patamar de indeterminação entre a democracia e o absolutismo.

Por sua vez, a transformação do Direito Penal do Fato em Direito Penal do Autor está cada vez mais evidente e isto não passa pela questão aristotélica de tratar com desigualdade aqueles que se desiguam, o que só representa uma falácia, mas de, em nome de uma identificação para a repressão, a segregação. Isto quando o autor do delito puder ser atingido pelo Direito Penal, o que sabemos ser muito raro quando se trata de pessoa detentora de poder político ou econômico, vez que estes se constituem em verdadeiras imunidades ao poder de punir do Estado.

Zaffaroni (2007, p. 116-117) desvenda que quando se trata de inimigos que não podem ser identificados claramente *ab initio* (um determinado grupo com características físicas, étnicas ou culturais bem diferentes), mas sim de pessoas que estão “misturadas” e que, portanto, podem ser “confundidas” com o resto da população, só podendo ser identificados por uma investigação policial ou judicial, perguntar por um tratamento diferenciado para esses *inimigos* leva à interrogação

acerca da possibilidade que tem ou não o Estado de limitar as garantias e as liberdades de todos os cidadãos com o fim de identificar e conter os *inimigos*.

Ao se permitir a ingerência ilimitada na esfera da intimidade dos indivíduos com o propósito da individualização dos inimigos, certamente, a intimidade de todos será afetada. Em casos de investigação das comunicações privadas, por exemplo, estarão incluídas as comunicações de milhares de pessoas que não são *inimigos* (ZAFFARONI, 2007, p. 117).

Ao serem cingidas as garantias processuais, mediante a falta de comunicações, limitações ao direito de defesa, prisões preventivas prolongadas, presunções, admissões de provas extraordinárias, testemunhas sem rosto, magistrados e acusadores anônimos, denúncias anônimas, imputações de co-processados, de *arrepentidos*, de agentes infiltrados, etc., todas as pessoas estarão sob o risco de serem indevidamente processadas e condenadas como supostos *inimigos*. Da mesma forma, ao se permitir a tipificação de atos preparatórios equívocos, todos os cidadãos serão cominados com penas por condutas que, em sua maioria, são inofensivas como, por exemplo, adquirir um precursor de explosivo para pintar a casa ou adubar o jardim, omitir a declaração de uma transferência bancária de dinheiro próprio e legalmente obtido, etc. A antecipação da tipificação, pretensamente inovadora e pós-moderna traduz-se, em verdade, na antiga *Lex Julia* contra os crimes de lesa-majestade, cuja ampliação chegou a criminalizar a posse e a fabricação de tela púrpura, por representar um risco de preparação de um magnicídio (ZAFFARONI, 2007, p. 117-118).

Conceber, portanto, um tratamento penal diferenciado para *inimigos* que não são identificáveis tampouco reconhecíveis fisicamente significa o exercício de um controle social mais autoritário sobre todas as pessoas, como a única maneira de identificá-los e, ainda, condenar todos os indivíduos

a uma série de restrições às suas liberdades além do risco de uma identificação errônea e, conseqüentemente, criminalização de inocentes (ZAFFARONI, 2007, p. 118).

Apesar das restrições aos direitos e garantias fundamentais ficarem adstritas, no plano legislativo, aos infratores dos crimes dos catálogos dos Estados, geralmente terroristas, narcotraficantes, poderosos chefes do crime organizado, etc., sabe-se que é bem fácil a ocorrência de desvirtuamento da atuação dos órgãos de investigação criminal, por ser muito amplo o poder que tais agências possuem no que concerne à individualização de criminosos.

Quando são autorizadas invasões de domicílio, revistas de pessoas, veículos automotores e residências, investigações e registros de comunicações de toda espécie, detenção de suspeitos, utilização de agentes infiltrados, etc., mas somente suspeitos de terrorismo, por exemplo, é sabido que será impossível evitar que as agências do sistema de justiça criminal utilizem tais poderes cada vez que julgarem conveniente, sendo-lhes suficiente alegar *suspeita de terrorismo*, e que, por acaso, acharam cigarros de maconha, dinheiro não declarado ou, até mesmo, uma carteira roubada. Tal cenário, ainda, pode ser agravado ao se levar em conta a deterioração das agências executivas e políticas que, quando não entrarem num acordo extorsivo com um infrator, declararão que encontraram os objetos *por acaso*. Tendo por base estas medidas, abre-se uma ampla seara para a corrupção, a tortura, as vinganças pessoais, os assédios sexuais, a chantagem, a perseguição política de dissidentes, antipáticos ou indisciplinados (ZAFFARONI, 2007, p. 119).

Não só é falaciosa a ideia de que o direito penal do *inimigo* afetará unicamente as garantias deste, mas também é ilusória sua pretensa eficácia. Quando são abandonados os postulados teóricos e se admite que os direitos da coletividade sejam afetados, imediatamente, remete-se ao *eficientismo*

penal, próprio do Estado autoritário e de sua *Razão de Estado*, fazendo alusão à falsa opção entre *eficácia* e *garantias*, através da qual só resta dizer é que, deste modo, haverá mais sentenças condenatórias ou mais prisões cautelares (ZAFFARONI, 2007, p. 119).

Deste modo, quando se tem em conta a segurança¹² de um lado e as garantias de outro, o que se extrai, ao se revisitar a história do direito penal, é o fato de que ele não só não protegeu os bens jurídicos que prometeu ao longo de sua existência, como foi o responsável pelo cruel aniquilamento destes, das mais diversas formas possíveis¹³.

2 OS TENTÁCULOS DO PROCESSO PENAL: O AGENTE INFILTRADO

2.1 MULTIFACES DE UMA REALIDADE ESCAMOTEADA: E QUANDO O AGENTE INFILTRADO É, EM VERDADE, UM AGENTE PROVOCADOR?

¹² De acordo com Giddens (2010, p. 222-223), a sociedade está envolvida em um processo constante de gestão do risco, tendo em conta as diversas mudanças e incertezas presentes no mundo globalizado. “O crime é um dos riscos mais óbvios com que temos que nos confrontar nos tempos mais recentes da era moderna. Porém, os indivíduos não são os únicos envolvidos numa situação de gestão do risco: os governos confrontam-se, na actualidade, com sociedades mais perigosas e incertas do que outrora. O controlo do crime e da delinquência tem sido das principais tarefas da política social nos Estados modernos. No entanto, se num dado momento os Estados procuravam garantir segurança aos cidadãos, agora as políticas estão centradas cada vez mais na gestão da insegurança”.

¹³ Durante toda a sua trajetória, o Direito Penal foi utilizado como instrumento de reprodução de violência, desde as suas penas, até no modo como eram perseguidos os infratores, através de torturas, espíões, etc. O suplício de Damiens, narrado detalhadamente em Foucault (2005, p. 9-11), é apenas um exemplo do que o Direito Penal já cometeu em nome da proteção da segurança estatal. Na mesma obra, estão presentes os vários métodos de investigação e punição já empregados, bem como a superação das penas corporais para a preservação do corpo, sempre atingindo objetivos escamoteados pelo discurso oficial da legitimação do poder de punir do Estado.

Feita esta breve contextualização da realidade político-criminal em nível mundial, que propugna por uma ingerência cada vez mais intensa na esfera dos direitos e liberdades individuais, passa-se, doravante, a analisar, especificamente, dentro do cenário exposto, a figura do agente infiltrado na investigação criminal e suas implicações jurídicas, sociais e políticas.

Primeiramente, necessário se faz distinguir entre si as figuras do agente infiltrado, do agente encoberto e do agente provocador e, para tanto, utiliza-se as definições estabelecidas por Alves Meireis (1999, p. 163-164), que denomina o primeiro como

aquele agente da autoridade ou cidadão particular (mas que actue de forma concertada com a polícia) que, sem revelar a sua identidade ou qualidade e com o fim de obter provas para a incriminação do(s) suspeito(s), ou então simplesmente para a obtenção da *notitia criminis*, ganha a sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos factos, praticando atos de execução se necessário for, por forma a conseguir a informação necessária ao fim a que se propõe. Daqui se depreende estarmos perante uma figura bem mais “suave” quando comparada com o agente provocador. O epicentro da actuação do agente infiltrado é obter a confiança do(s) agente(s) do crime, tornando-se aparentemente num deles, para, desta forma, ter acesso a informações, planos, processos, confidências... que, de acordo com o seu plano, constituirão as provas necessárias à condenação.

Ainda no que concerne ao agente infiltrado, a este será permitido que seja, na atividade de infiltração e com base no plano estabelecido, um verdadeiro participante. Entretanto,

apenas poderá revestir-se de uma forma de autoria e uma forma de participação, respectivamente, a saber: co-autoria e cumplicidade (ALVES MEIREIS, 1999, p. 164).

Ao agente infiltrado não é consentida a instigação ou a determinação do crime, vez que a provocação não está amparada na lei e, portanto, ao cometer tais condutas, ele transformar-se-ia em agente provocador, que se define como aquele que tem a conduta imprescindível para o cometimento do crime por parte do agente, ou seja, sem ele, o agente não teria delinquido.

A previsão legal, em Portugal, do agente infiltrado, está na lei n. 101/2001, de 25 de agosto, que dispõe sobre o *Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal*, mais precisamente, no art. 1º, n. 2¹⁴.

A terceira figura a ser analisada, o agente encoberto, é definida por Alves Meireis (1999, p. 192) como aquela cuja característica principal é a sua absoluta passividade com relação à decisão criminosa. Ainda que estivesse naquele lugar, àquela hora, poderia estar outro agente qualquer, outro cidadão qualquer. Deste modo, o agente encoberto é

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 ao crime nem conquista a confiança de ninguém. A sua presença e a sua qualidade é indiferente para determinar o rumo dos acontecimentos; naquele lugar e naquele momento poderia estar qualquer outra pessoa e as coisas aconteceriam da mesma forma; aqui o risco corre, no todo, por conta do delinquente. Trata-se

¹⁴ “Consideram-se acções encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade.”

do vulgarmente chamado “policia à paisana” que, v. g. para combater o tráfico e o consumo de estupefacientes, frequenta cafés, bares, ruas, estações de caminhos de ferro e demais lugares abertos ao público na esperança, ou de presenciar os crimes em causa e deter os seus agentes, ou de que um dos traficantes se lhe dirija propondo-lhe a aquisição de estupefacientes. Nestes casos a actuação do agente encoberto é totalmente lícita e legalmente admitida ao abrigo do princípio da oficialidade e da investigação e da liberdade e atipicidade dos meios de prova não proibidos.

Embora seja clara, do ponto de vista conceitual, a distinção entre os agentes infiltrado, provocador e encoberto, na prática, a linha que os separa é muito tênue, sobretudo os dois primeiros, cujas ações, frequentemente, confundem-se quando em uma operação policial. O agente infiltrado tem a sua atuação marcada por um forte dilema, que é o de estar em um ambiente criminoso, ter que se portar como tal, sob pena de não conseguir a confiança dos delinquentes¹⁵, ou, até mesmo, de arriscar a sua vida caso seja descoberta a sua identidade, mas também tem a sua conduta limitada pela lei, que não admite que ele adote plenamente o comportamento dos delinquentes. A questão é que, na maioria das vezes, é este comportamento desviante, semelhante ao dos membros da organização criminosa, que lhe permite pertencer ao grupo. Do mesmo modo que o sistema de justiça criminal tem adotado medidas para perseguir os criminosos, como, por exemplo, a

¹⁵ “También hay que tener en cuenta en este momento que cuanto más grado de infiltración existe por parte de un individuo en una concreta banda organizada mayores posibilidades habrá de que tenga que cometer algún hecho presuntamente delictivo con el objetivo de cumplir con las denominadas ‘pruebas de fidelidad’, que tratarán de valorar su lealtad, y así no ser descubierto por la organización, evitando levantar sospechas sobre su verdadera condición e intenciones” (PÉREZ, 2010, p. 42).

utilização de agentes infiltrados, as organizações criminosas tem se precavido¹⁶ e elaborado *rituais de iniciação*, que sabem não ser tolerados na atuação de um agente infiltrado, como o cometimento de um homicídio como requisito objetivo para a conquista da confiança do grupo.

Isto significa dizer que o limite dado pelo RJAÉ à atuação do agente infiltrado pode inviabilizar a própria operação ou, até mesmo, arriscar a vida daquele, caso opte por se comportar estritamente em acordo com a lei.

Por outro lado, se extrapolar o limite que lhe foi concedido, o que não é raro de acontecer, pode vir a ser transformado em agente provocador e, por consequência, será responsabilizado criminalmente.

Há de se considerar, ainda, que estas operações implicam um altíssimo nível de *stress* por parte do agente infiltrado, sobretudo nas operações de infiltração mais profundas e mais longas, visto que, nestas, ele vai mudar de identidade, perder seus contatos de amizade, contatos familiares, mudar de cidade e passar a ser uma outra pessoa, com hábitos diferentes e, ainda por cima, arriscando sua vida e sua integridade física para poder cumprir o objetivo principal da operação, que geralmente é chegar no 2º e no 3º níveis da organização criminosas, comumente ligada ao crime organizado¹⁷, que detem o controle

¹⁶ Ademais, existe também a “infiltração inversa”, pois há pessoas pertencentes ao crime organizado atuando dentro das agências do sistema de justiça criminal, com o objetivo de saber informações, como por exemplo, as identidades dos agentes infiltrados, as operações, mandados de prisão, etc.

¹⁷ Ao abordar a temática que envolve a definição de crime organizado, Giddens (2010, p. 235) o conecta a formas de atividade que possuem muitas das características dos negócios ortodoxos, mas que encontram-se na ilegalidade. “O crime organizado engloba, entre outras actividades, o jogo ilegal, a prostituição, o roubo em grande escala e esquemas de extorsão. Baseia-se frequentemente na violência ou na ameaça do uso da mesma. Embora o crime organizado tenha se desenvolvido tradicionalmente em cada país segundo determinadas particularidades culturais, o seu alcance tornou-se cada vez mais de carácter transnacional”. O crime organizado tem se espalhado pelos países em todo o mundo, mas, historicamente, tem sido desenvolvido num determinado número de nações. Nos EUA, representa

dos processos econômicos à escala internacional e centros de decisão política¹⁸.

um negócio gigantesco e compete com os maiores setores econômicos como, a indústria automobilística, por exemplo. “As organizações criminosas, nacionais ou locais, fornecem produtos e serviços ilegais aos consumidores e, certas redes de crime também se expandem internacionalmente. Nos EUA, o jogo ilícito das corridas de cavalos, as lotarias e eventos desportivos representam a maior fonte de lucro gerada pelo crime organizado”. Em Londres, onde também existem amplas redes criminosas, há um centro de operações internacionais de organizações com base nos EUA e em outros países. “As ‘Triades’ (*gângsters* chineses, originalmente de Hong Kong e do Sudoeste Asiático) e os ‘Yardies’ (traficantes de droga com ligações com as Caraíbas) são duas das maiores redes criminosas. Existem, no entanto, outros grupos de crime organizado da Europa de Leste, da América do Sul e da África Ocidental, que estão envolvidos no branqueamento de capitais, no tráfico de droga e em esquemas de fraude”. Na Grã-Bretanha, o crime organizado tem ficado mais complexo do que era outrora, visto que não existe uma única organização nacional que conecte os diferentes grupos criminosos. Entretanto, tem ficado cada vez mais sofisticado. “Algumas das maiores organizações criminosas, por exemplo, lavam dinheiro através dos grandes bancos; usando o seu dinheiro ‘limpo’ investem, então, em negócios legítimos. A polícia calcula que passam anualmente pelos bancos britânicos entre 2,5 e 4 mil milhões de libras de dinheiro de criminalidade”. A nova máfia Russa tem adquirido cada vez mais importância no mundo do crime organizado. Suas redes criminosas estão amplamente ligadas ao branqueamento de capitais, em articulação com os bancos russos que, na sua maioria, não são fiscalizados. “Alguns consideram mesmo que os grupos russos podem vir a tornar-se a maior rede criminosa do mundo. Eles apoiam-se num Estado russo infiltrado pela máfia, onde a ‘protecção’ do submundo é actualmente uma rotina para muitos negócios. A possibilidade mais preocupante é a de que as redes criminosas russas estejam a contrabandear materiais nucleares que faziam parte do arsenal da antiga União Soviética à escala internacional”. Embora os governos e a polícia tenham empreendido numerosas campanhas, o tráfico de estupefacientes é uma das indústrias criminosas internacionais com mais rápida ampliação, tendo um índice anual de crescimento superior a 10% nos anos 80 e no início dos anos 90 e um lucro muito elevado. “As redes de tráfico de heroína estendem-se pelo Extremo-Oriente, em particular pelo Sul da Ásia, estando também localizadas no Norte da África, no Médio Oriente e na América Latina. Algumas linhas de tráfico passam também por Paris e Amsterdão, de onde as drogas são encaminhadas habitualmente para a Grã-Bretanha”.

¹⁸ Albrecht (2010, p. 91) ressalta que “enquanto que no caso da criminalidade ‘normal’, que se resume à criminalidade individual, se aborda o grau de envolvimento do indivíduo ou a sua posição nas estruturas sociais, no caso da criminalidade organizada a questão é haver condições para a formação de uma organização duradoura e estável e de que forma tal capacidade de organização se relaciona com as estruturas sociais. A constituição de organização e de estruturas

Tendo em conta o que estabelece o art. 3º, n. 1 do RJAÉ, a admissão de agente infiltrado pressupõe dois requisitos, a saber: a adequação para fins de repressão e prevenção de crimes do catálogo, estabelecido no art. 2º e alíneas do RJAÉ, e sujeição ao princípio da proporcionalidade.

Ao referido princípio está ligada a ideia de que a criminalização, incluindo o processo penal, alcança um limite de irracionalidade intolerável quando o conflito em causa é de lesividade ínfima ou naqueles casos em que, mesmo não o sendo, a afetação de direitos envolvida é grosseiramente desproporcional à magnitude da lesividade do conflito. Uma vez que é impossível a demonstração da racionalidade da pena e das medidas, as agências jurídicas devem, ao menos, demonstrar que o custo em direitos da *suspensão* do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau da lesão que tenha causado (ZAFFARONI, 2003, p. 230).

No que tange à finalidade da figura do agente infiltrado, Costa Andrade (2006, p. 232-233) afirma não ser possível tolerar a intervenção do *homem de confiança* cuja atuação se restringe a provocar alguém ao consumo de estupefacientes com objetivo exclusivo de, deste modo, como meramente consumidor, persegui-lo criminalmente.

Do mesmo modo, manifesta ser inadmissível a intervenção de *homens de confiança* dotados de fins e propósitos unicamente repressivos, ou seja, quando é exclusivamente preordenada a repressão de crimes já consumados, em consonância com a ideia de uma *administração eficaz da justiça penal*.

similares a estruturas empresariais não surge naturalmente, dependendo de toda uma série de características do meio envolvente, do tipo dos mercados, do contexto étnico, económico e político. Não se deve descurar o facto de, em parte, ter surgido uma relação simbiótica entre o submundo e a sociedade legal [...] É isto que, em tempos modernos, faz com que o submundo seja duradouro e viável. Esta simbiose reporta-se, aliás, em escalas diferentes, tanto às estruturas económicas e sociais, como às estruturas políticas e culturais”.

Assevera, este autor, ainda, que tais circunstâncias são diferentes daquela em que o *homem de confiança* prossegue com objetivos exclusivo ou prevalentemente preventivos. Será considerada assim, concretamente, sempre que a perseguição de eventuais agentes, executada através do *homem de confiança*, esteja integrada em programas de repressão e dismantelamento do *terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada*. De outro modo, a sociedade ficaria desarmada diante de tão drásticas e intoleráveis manifestações de criminalidade. Ou, como um meio de repressão, estar-se-ia a induzir o recurso a meios incontroláveis de resposta, fato este que representa riscos igualmente sérios e consequências não menos nefastas e intoleráveis.

Destas notas, pode-se extrair que a figura do agente provocador, ainda que separada, na prática, do agente infiltrado por uma delicada linha, não pode ser tolerada num contexto de Estado Democrático de Direito. Do contrário, o Estado, na pessoa do *agent provocateur*, determinaria a conduta daquele que, de outro modo, não cometeria o crime e ainda poderia julgá-lo e puni-lo por tal delinquência. Por sua vez, o recurso ao agente infiltrado pode ser utilizado, desde que este represente a *ultima ratio*, numa operação que se justifique e legitime, do ponto de vista ético-jurídico, com fins de salvaguardar bens jurídicos ameaçados de lesão e não com objetivos eminentemente ou somente repressivos, visto que, além de representar uma larga invasão no campo dos direitos fundamentais e de ser uma problemática situada em um nebuloso campo ético, ainda envolve o polícia ou o terceiro que atua sob o comando deste numa situação de sério risco à sua pessoa.

2.2 A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO PROVOCADO E DO PROVOCADOR

Determinante para a avaliação da responsabilidade criminal do provocado, a *entrapment defense* surgiu, nos EUA, representando, sobretudo, um mecanismo de proteção do acusado diante dos possíveis excessos por parte do agente infiltrado.

Esta teoria, de origem jurisprudencial, veio sendo desenvolvida, lentamente, nos casos *Wittier* (1978), e *Woo Wai* (1915) e também no processo *Casey v. U.S.* (1928), nos quais as cortes americanas tiveram que decidir acerca de crimes provocados por agentes policiais. No último caso, havia suspeitas, por parte dos policiais, de que um advogado traficava drogas no interior da prisão, então, encarregaram um detido de lhe solicitar o fornecimento de droga. No ato da entrega, o advogado foi preso. Grande parte dos juízes o condenou, mas, contrariando o julgamento da maioria, o juiz Brandeis fez a distinção das situações em que o governo apenas insere numa intenção criminosa daquela em que ele próprio cria o crime (ONETO, 2005, p. 38).

Estes foram os primeiros passos de uma tese que se consagrou, de fato, no processo *Sorrells v. U.S.* (1932), no qual foi proferido o primeiro acórdão da Corte que cristaliza a *entrapment defense*. Neste caso, um agente policial visitou um companheiro antigo de guerra, que estava na presença de mais três amigos. Sob o argumento de que ambos já haviam combatido na mesma divisão na 1ª Guerra Mundial, o polícia pediu ao indivíduo que lhe arranjasse bebida alcoólica. Houve a recusa por parte deste, mas o agente insistiu cerca de 3 a 5 vezes, acabando por fazer que o indivíduo cedesse à solicitação, entregando-lhe uma garrafa de *whisky*. Após, o indivíduo foi acusado de ter violado o *National Prohibition Act* e condenado em tribunal, que refutou a tese da defesa, baseada na ideia da instigação ao crime por parte do polícia (ONETO, 2005, p. 38).

Os juízes americanos, em sede de recurso, consagraram a

tese da *entrapment defense*, com fulcro no critério subjetivo: “a decisão criminosa teve origem no agente policial, que a implantou num inocente, que nunca teria violado a lei se não fosse a conduta daquele”. A argumentação assentou-se no fato de que não foi constatada predisposição, por parte do agente, ao cometimento do crime. O crime, portanto, só aconteceu pela insistência do agente, que se aproveitou do sentimento do indivíduo, fruto das experiências como companheiros na 1ª Guerra Mundial¹⁹ (ONETO, 2005, p. 39).

Uma decisão também importante para a consolidação da *entrapment defense* foi a proferida no acórdão *Sherman v. U.S.* (1958). Um polícia²⁰ teve vários encontros em um consultório médico com um indivíduo, no qual ambos realizavam

¹⁹ “It is clear that the evidence was sufficient to warrant a finding that the act for which defendant was prosecuted was instigated by the prohibition agent, that it was the creature of his purpose, that defendant had no previous disposition to commit it but was an industrious, law-abiding citizen, and that the agent lured defendant, otherwise innocent, to its commission by repeated and persistent solicitation in which he succeeded by taking advantage of the sentiment aroused by reminiscences of their experiences as companions in arms in the World War” (U.S. Supreme Court *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932), 2011).

²⁰ “In late August 1951, Kalchinian, a government informer, first met petitioner at a doctor's office where apparently both were being treated to be cured of narcotics addiction. Several accidental meetings followed, either at the doctor's office or at the pharmacy where both filled their prescriptions from the doctor. From mere greetings, conversation progressed to a discussion of mutual experiences and problems, including their attempts to overcome addiction to narcotics. Finally Kalchinian asked petitioner if he knew of a good source of narcotics. He asked petitioner to supply him with a source because he was not responding to treatment. From the first, petitioner tried to avoid the issue. Not until after a number of repetitions of the request, predicated on Kalchinian's presumed suffering, did petitioner finally acquiesce. Several times thereafter he obtained a quantity of narcotics which he shared with Kalchinian. Each time petitioner told Kalchinian that the total cost of narcotics he obtained was twenty-five dollars and that Kalchinian owed him fifteen dollars. The informer thus bore the cost of his share of the narcotics plus the taxi and other expenses necessary to obtain the drug. After several such sales Kalchinian informed agents of the Bureau of Narcotics that he had another seller for them. On three occasions during November 1951, government agents observed petitioner give narcotics to Kalchinian in return for money supplied by the Government” (U.S. Supreme Court *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958), 2011).

tratamentos contra a toxicod dependência. Certa vez, o polícia solicitou-lhe estupefacientes. Primeiramente, houve recusa por parte do indivíduo, mas, face à insistência do polícia, cedeu à solicitação. Em seu julgamento, alegou ter sido vítima de *entrapment*. Ao ser suscitada a predisposição do argüido ao cometimento do crime, o tribunal rejeitou valorar os seus antecedentes criminais, que consistiam em uma condenação a pena de nove anos de prisão pelo tráfico de estupefacientes e outra, de cinco anos, pela posse de droga. No entendimento dos juízes²¹, não havia provas que levassem a crer que o argüido, naquele tempo, dedicasse-se ao tráfico de drogas, ressaltando que, após uma busca à sua residência, não fora encontrado qualquer estupefaciente (ONETO, 2005, p. 40-41).

Igualmente importante para a consagração da *entrapment defense* foi o caso *U.S. v. Russell* (1973), no qual a Corte²² anulou uma sentença que constatava a predisposição do acusado ao cometimento do crime, concluindo que houve um

²¹ “There is no evidence that petitioner himself was in the trade. When his apartment was searched after arrest, no narcotics were found. There is no significant evidence that petitioner even made a profit on any sale to Kalchinian. The Government's characterization of petitioner's hesitancy to Kalchinian's request as the natural wariness of the criminal cannot fill the evidentiary void” (U.S. Supreme Court *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958), 2011).

²² “An undercover narcotics agent investigating respondent and his confederates for illicitly manufacturing a drug, offered them an essential ingredient which was difficult to obtain, though legally available. After the agent had observed the process and contributed the ingredient in return for a share of the finished product, respondent was found guilty by a jury which had been given the standard entrapment instruction. The Court of Appeals reversed, concluding that there had been “an intolerable degree of governmental participation in the criminal enterprise.” Held: The entrapment defense, which, as explicated in *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 , and *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 , prohibits law enforcement officers from instigating criminal acts by otherwise innocent persons in order to lure them to commit crimes and punish them, did not bar the conviction of respondent in view of the evidence of respondent's involvement in making the drug before and after the agent's visits, and respondent's concession “that he may have harbored a predisposition to commit the charged offenses. Nor was the agent's infiltration of the drug-making operation of such a nature as to violate fundamental principles of due process” (U.S. Supreme Court *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973), 2011).

intolerável grau de participação do Estado na atividade criminosa, fato este que já havia sido debatido nos dois casos citados anteriormente.

McAdams (2005, p. 5) explica que a controvérsia que envolve a *entrapment defense* torna-se cada vez mais importante. Primeiro, porque os EUA exportam a tática das operações encobertas e a ideia de que os juízes devem regulá-las. E, depois, porque os EUA têm persuadido os outros países a utilizarem, de forma ainda mais agressiva, as operações encobertas, sobretudo, no combate ao tráfico internacional de estupefacientes. Após acatarem as demandas norte-americanas, muitos países passaram a necessitar de regulamentação jurídica para tais operações. Estes países reconhecem, não a uma defesa criminal, mas sim o poder judicial de paralisar persecuções ou excluir provas como um remédio para as operações ilegais. Independentemente da regulamentação, a questão normativa inicial é saber se há alguma racionalidade para quaisquer regulamentações destas táticas. A globalização das ações encobertas eleva a importância de se identificar alguma racionalidade.

Para a aferição da ocorrência ou não da *entrapment defense*, Alves Meireis (1999, p. 102-103) ressalta que existem dois modelos, a saber: o subjetivo e o objetivo. Para aquele, a *entrapment defense* deverá constituir como pressupostos essenciais, que devem ser verificados, a indução e a predisposição²³, por exemplo: “o funcionário público levou, induziu efectivamente o acusado à prática do crime? O acusado estava disposto a cometer o crime ainda que sem a indução?” O teste é, portanto, positivo e a *defense* se verifica se a primeira resposta for afirmativa e a segunda, negativa. Refere-se, deste modo, a um teste realizado em dois graus sucessivos, com

²³ Estas regras tem em causa o impacto hipotético sobre o homem médio (*normally Law-abiding person*). Uma vez constatada a predisposição, ao investigado será imputada a responsabilidade criminal pelo ato.

ênfase muito forte no quesito predisposição, visto que se trata de um critério subjetivo. No que concerne ao modelo objetivo, existe o interesse na preservação da pureza das instituições e de seus processos. Os tribunais, dessarte, não devem condenar aqueles que foram instigados ou provocados, por agentes do governo, a cometer o crime, uma vez que, embora sejam culpados, os métodos utilizados pelo Estado para chegar à sua condenação são inadmissíveis.

Para Stevenson (2004, p. 80), o teste objetivo, sobretudo quando combinado com as regras de exclusão, faz muito pouco para impedir que os polícias forgem as circunstâncias ao invés de hesitarem antes da realização de uma operação encoberta.

Diferentemente da realidade norte-americana, na Alemanha, as operações encobertas foram introduzidas no ordenamento jurídico após a aprovação do OrgK (*Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität – Lei contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Outras Manifestações de Criminalidade Organizada*), de 22 de setembro de 1992, que foi responsável pela introdução dos §§ 110^a e 110e do StPO. Pela lei germânica, a utilização de agentes infiltrados deve obedecer ao princípio da subsidiariedade, sendo admitido tal recurso somente em casos que, de outro modo, as investigações estariam fadadas ao fracasso. Há, ainda, outra limitação, que diz respeito à necessidade de, no caso concreto, demonstrar que existem indícios de que o crime cometido é considerado grave no âmbito do tráfico de estupefacientes ou de armas, falsificação de moeda, documentos ou valores, segurança do Estado ou crime organizado (ONETO, 2005, p. 96-97).

Por sua vez, em França, o recurso ao agente infiltrado foi introduzido no sistema jurídico após a condenação, em 1991, de seis funcionários das alfândegas de Lyon e de Dijon pelo crime de tráfico de drogas. Segundo a defesa, os funcionários

infiltraram-se numa rede de tráfico de drogas e entregaram aos traficantes sessenta e cinco quilos de haxixe, com o intuito de obter sua confiança. O resultado da operação foi a apreensão de 535 quilos do referido entorpecente e a prisão dos traficantes. A condenação dos funcionários desencadeou uma greve geral nas alfândegas e aqueles foram defendidos publicamente por vários membros do governo. Atualmente, as operações encobertas são permitidas na investigação de crimes de tráfico de estupefacientes e precursores, conforme a L. 627-7, § 2, do Código de Saúde Pública, de 20-12-91 e do art. 67bis do Código Aduaneiro, Lei n. 91-1264, de 19-12-91 (ONETO, 2005, p. 100-101).

Para evitar situações como esta que ocorreu em França, tem-se buscado soluções no âmbito legislativo e dogmático para esta problemática que envolve a responsabilidade penal do agente infiltrado.

Em termos legislativos, praticamente todos os países onde tal técnica de investigação criminal é utilizada já adotaram instrumentos normativos que a regulamentem, a exemplo de EUA, Alemanha, Portugal, França, Espanha, etc.

No que toca à classificação dogmática dessa não atribuição de responsabilidade penal ao agente infiltrado, é possível destacar algumas teorias.

Há quem sustente que a responsabilidade penal não é atribuída ao agente infiltrado porque as ações cometidas por este estariam incluídas na causa de exclusão de antijuridicidade²⁴ do estrito cumprimento do dever legal, permitindo, deste modo que o funcionário público cometa, em

²⁴ Figueiredo Dias (2007, p. 391) compreende que teleológica e funcionalmente, a justificação resulta da preponderância jurídica “em situação de um interesse perante outro ou, como costuma dizer-se numa fórmula mais curta, da *prevalência do interesse juridicamente preponderante*. Por isso, a situação de justificação implica sempre um ‘sopeso jurídico’ dos interesses conflituantes. O que, de resto, está em plena consonância com a função primariamente preventiva do direito penal, conducente à maior preservação possível dos bens jurídicos”.

sua atuação, delitos como coação, privação da liberdade ou, invasão de domicílio, por exemplo. Entretanto, tal teoria é problemática, pois admite que aquele tem o dever legal de cometer crimes, o que traria grosseiros problemas de inconstitucionalidade e, ainda, esta excludente se comunica aos outros autores e partícipes do crime, fato este que tornaria inválida a operação, pois isentaria de responsabilidade justamente aqueles que a investigação criminal visava atingir.

Outra hipótese de enquadramento suscitada é a exclusão de culpabilidade na modalidade inexigibilidade de conduta diversa, sob a alegação de que, caso o agente infiltrado decida não cometer o crime, ele colocará em risco a sua vida, o que não lhe permite outro caminho senão o do delito.

A próxima conjectura diz respeito à ausência de dolo por parte do agente infiltrado, uma vez que este não tem a intenção específica de cometer os crimes do grupo onde se infiltrou, mas sim possui finalidade de investigar aquelas pessoas. A responsabilidade penal, portanto, iria de encontro à teoria finalista da ação.

Por derradeiro, alguns países, que adotam a infiltração como técnica investigativa, utilizam a escusa absolutória como método para a não responsabilização do agente infiltrado.

A escusa absolutória constitui-se em causa pessoal de exclusão de aplicação da pena, por razões de política criminal e tem um caráter eminentemente individual. É reconhecido que, muito embora o ato seja, dogmaticamente, típico, antijurídico e culpável, não será aplicada pena por motivo de política criminal, motivo este, no caso, que é a própria utilização do agente infiltrado como técnica de investigação. É importante ressaltar que a escusa absolutória representa uma causa pessoal e individual de exclusão da pena e, portanto, não se comunica aos demais membros da organização criminosa, que receberão, respectivamente, penas na medida de sua culpabilidade (JOSÉ, 2010, p. 80).

Uma situação que está completamente proibida no direito é a conversão do agente infiltrado em agente provocador. Este cenário se verifica quando um polícia, que oculta sua identidade, provoca determinado indivíduo a cometer o delito, ou seja, incita a perpetrar o crime aquele que não tinha, anteriormente, este propósito, fazendo nascer-lhe uma vontade delitativa. Trocando em miúdos, se não houvesse a indução, por parte do funcionário, a conduta não teria sido levada a cabo (PÉREZ, 2010, p. 43).

O art. 6º, n. 1 do RJAE isenta de responsabilidade o agente infiltrado que, numa operação encoberta, pratique atos preparatórios ou de execução de um delito em qualquer forma de participação que não seja instigação ou autoria mediata, sempre resguardando a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.

É de suma importância conhecer quais são os limites e possibilidades de interpretação desse texto normativo, com vistas a se poder definir, de forma concreta e precisa, a responsabilidade de um agente infiltrado.

Com relação à possibilidade de cometimento de atos preparatórios, por parte do agente infiltrado, não existe um grande conflito, pois o art. 21 do CPP já estabelece que os atos preparatórios não são puníveis, do mesmo modo não o são para os agentes infiltrados.

No que toca aos atos de execução, o legislador só permitiu ao agente infiltrado que cometesse crimes na modalidade tentada, em consonância com o art. 22, n. 1 do CPP²⁵, jamais consumada, ou seja, não pode haver nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado típico final.

²⁵ “Art. 22, n. 1 – Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se. N. 2 – São actos de execução: a) Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) Os que forem idôneos a produzir o resultado típico; ou c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores”.

Verifica-se, ainda, o problema, já tratado neste trabalho, que envolve os crimes de perigo abstrato, vez que determinados atos de execução, por si só, já configurariam a consumação tipos penais de perigo abstrato, o que atribuiria ao agente infiltrado, a responsabilização criminal, por não estar enquadrado na previsão do RJAÉ.

Parte da doutrina acredita que tais limitações inviabilizam o próprio sentido das ações encobertas, uma vez que ao agente seria muito difícil conquistar a confiança dos membros da organização criminosa cometendo apenas crimes na modalidade tentada.

O art. 32, n. 8 da CRP prevê a nulidade das provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Por sua vez, a utilização de agente infiltrado entraria em confronto com o Direito à integridade moral, protegido no art. 25, n. 1 da CRP²⁶.

Deste modo, vem à tona, novamente, a tese de que não pode ser admitido o recurso ao agente infiltrado quando a operação se der para fins repressivos, por exemplo, introduzir um funcionário numa cela para que seja obtida uma confissão de um crime já consumado. Esta hipótese estaria subsumida aos meios proibidos de prova, nomeadamente, aos art. 126, n. 1 e n. 2, *a* do CPPP. Diferentemente ocorre quando se tem em causa a finalidade de evitar a ocorrência de crimes, sendo imprescindível, neste caso, a utilização de critério de ponderação e proporcionalidade entre o bem jurídico lesado e o que se pretende salvar, por exemplo, em casos de infiltração do funcionário numa cela para que seja descoberta a localização exata de uma bomba ativada para explodir em local público por uma célula terrorista e, assim, poder desativá-la e evitar a morte de centenas de pessoas.

²⁶ “Art. 25, n. 1 – A integridade moral e física das pessoas é inviolável”.

Mendes (2002, p. 182-183) afirma que os casos de colisão de direitos reconduzem a um conflito de princípios, onde, em um juízo, um prevalecerá sobre o outro. Necessário se faz, contudo, entender que esta prevalência só poderá ser determinada em razão das particularidades do caso concreto. Não se consegue, pois, definir um critério de solução de conflitos que seja válido em nível abstrato. O máximo que se pode fazer é colher de um precedente uma regra de solução de conflitos, que servirá para, em casos de semelhanças das condições, poder ser utilizado. Afirma, ainda, que, o juízo de ponderação a ser feito baseia-se no princípio da proporcionalidade, que exige um sacrifício de um direito para a solução do problema e que seja, também, proporcional, em sentido estrito, isto é, que o ônus imputado ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Por fim, devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa.

Com fulcro na ponderação a ser feita no caso concreto, é possível extrair que a opção axiológico-constitucional da prevalência da dignidade humana se impõe como fator limitador ao legislador, o que impede que bens jurídicos como a vida, a integridade física, a intimidade da vida privada e a honra sejam passíveis de sofrer lesões em detrimento da eficácia da investigação criminal (ONETO, 2005, p. 183).

Do contrário, bens jurídicos com menor intensidade valorativa, como o patrimônio, por exemplo, podem ser alvo dessa compressão se, na avaliação do caso concreto, ficar constatada a obediência aos critérios de proporcionalidade em face do bem jurídico segurança ou eficácia da investigação criminal.

2.3 A MEDIDA DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE A INFILTRAÇÃO DE UM AGENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

O direito processual penal português, assim como a maioria dos países ocidentais, veda a obtenção de provas que não se coadunem com o Estado de Direito. No que envolve a problemática do agente infiltrado, tais proibições estão elencadas no art. 126, n. 1 e n. 2, *a*, que tem a seguinte disposição

1 – São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

2 – São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com o consentimento delas, mediante

a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos.

As operações encobertas, apesar de sua previsão legal no RJA, representam um meio de obtenção de prova que se utiliza do engano, lesando, portanto o bem jurídico constitucional e penalmente protegido da integridade moral.

O Estado Democrático proíbe a utilização do engodo tendo em vista que este acirra ainda mais a desigualdade abissal que existe entre o cidadão investigado e o poderoso Estado.

Sabe-se, hodiernamente, que os direitos fundamentais, ainda que aderidos às Constituições ao longo da história como fruto de muitas lutas, não são absolutos e podem ser relativizados, desde que tal possibilidade esteja legalmente prevista no ordenamento e possua requisitos que não afrontem a Constituição e o Estado de Direito.

No caso das provas obtidas mediante o recurso ao agente

infiltrado, o que está em causa é a administração da justiça em confronto com o direito fundamental à integridade moral, violada por aquele método.

É possível a obtenção de prova mediante meio enganoso, nomeadamente, o recurso ao agente infiltrado, desde que este se enquadre exatamente neste conceito, não se transformando, ao longo da operação, em agente provocador. Deverá aquele, também, agir com base na proporcionalidade, pois o excesso não será aceito no exame da validação da prova.

Quando está evidente que a relação entre o Estado e o cidadão está legalmente desnivelada, em casos de utilização de métodos proibidos de prova, por exemplo, mediante agente provocador, remonta-se à ideia de ter sido violado, sobretudo, o direito a um processo equitativo, no qual as partes, principalmente o cidadão, pode se defender plenamente das acusações do Estado.

Canotilho (2003, p. 494), com base na doutrina americana, invoca que há duas concepções de *processo devido*, a saber: a processual e a material ou substantiva. A primeira restringe-se a dizer que o cidadão que foi privado dos seus direitos fundamentais da vida, da liberdade e propriedade tem o direito de exigir que tal restrição seja feita de acordo com um processo especificado na lei. Já a segunda, por sua vez, tenciona justificar, do ponto de vista material, o que vem a ser um processo justo, uma vez que o cidadão tem direito não apenas a um processo legal, mas, sobretudo, a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício de sua vida, liberdade e propriedade.

A proteção estendida mediante a exigência de um processo equitativo implicará o controle dos tribunais no que tange ao caráter justo e equitativo e se alargará, no caso concreto e com respeito às suas características particulares, às dimensões materiais e processuais do processo no seu conjunto. O catálogo de direitos, liberdades e garantias

constitucionalmente consagrados na Constituição e os direitos análogos protegidos por leis e convenções internacionais servirão como parâmetro para o controle (CANOTILHO, 2003, p. 495).

O diálogo se estabelece em duas frentes que, à primeira vista, parecem opostas, mas possuem um ponto de intersecção, que é a proteção de direitos fundamentais. Se, de um lado, a Constituição consagra direitos fundamentais, que só podem ser restringidos a partir de previsão legal e com base nos princípios, de outro lado, a função da norma penal e processual penal é exatamente salvaguardar estes direitos, ainda que, para isto, seja necessário o sacrifício de outros direitos, que se dará de forma criteriosa e com base na lei.

Conforme já foi aludido anteriormente, quando se tem em causa o sacrifício de um direito para a proteção de outro, traduzido em forma de bem jurídico, deve-se lançar mão do critério da ponderação, que não pode ser feita genericamente, mas adequada aos elementos próprios do caso concreto.

Diante do exposto, a prova proveniente de operação encoberta amparada por lei, em conformidade com o RJAE, pode ser valorada no processo. Caso contrário, encaixa-se nas hipóteses de proibições de provas dispostas no art. 126, n. 2, *a*.

O Tribunal Constitucional, no Acórdão n. 578-98 de 14 de outubro, manifestou-se acerca da prova obtida mediante recurso a agente infiltrado. Em sua fundamentação, afirmou o referido acórdão que o Estado, enquanto detentor do *jus puniendi*, tem interesse em punir os criminosos, mas os verdadeiros criminosos. Igualmente está o Estado interessado em proteger os cidadãos dos excessos do sistema de justiça criminal, garantindo aos indivíduos as suas liberdades diante do perigo das injustiças. Dispõe que a verdade material não pode ser alcançada a qualquer preço, mas somente respeitando-se os limites que decorrem do dever de respeito à integridade física e moral das pessoas. Argumenta, ainda que, determinada

prova é inadmissível se a sua forma de obtenção ou produção colide com princípios cuja importância se traduza muito maior do que o valor da prova livre. Por derradeiro, após a referência aos perigos e à dose de deslealdade embutidos nas operações encobertas, conclui que quando está em causa um determinado tipo de criminalidade (terrorismo, tráfico de droga, criminalidade violenta ou organizada) não se pode rejeitar a utilização do agente infiltrado. Nestas situações, os interesses que se entrecruzam são de tal importância e os meios de que os criminosos dispõem são tão poderosos e sofisticados, que a sociedade sente-se impotente para combater este tipo de criminalidade. Por esta razão, é admitida certa excepcionalidade no que tange ao modo de obtenção de provas.

3 O ENTENDIMENTO DO TEDH SOBRE O DIREITO A UM PROCESSO EQUITATIVO

3.1 O DESVENDAR DE UMA NEFASTA REALIDADE COMUM: O CASO TEIXEIRA DE CASTRO V. PORTUGAL

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

A importância do referido caso para a análise da jurisprudência do TEDH sobre o assunto se deve ao fato de que, nesta Corte, pela primeira vez um país foi condenado pela utilização do agente provocador como meio para obtenção de prova. E, ainda, a discussão e a fundamentação utilizadas neste julgamento servem como base para o debate acerca do tema, no plano interno, por parte dos países que adotam a *Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*.

O patrono da defesa, Loureiro (2007, p. 10) manifesta estranheza por esta ter sido a primeira vez, e até o ano de 2007, a única, que o TEDH foi chamado a pronunciar-se acerca deste tema, uma vez que a utilização desta prática é tão utilizada pelas polícias europeias, incluindo a portuguesa.

Imprescindível se faz, portanto, a narração dos fatos para a compreensão, em sua plenitude, da problemática debatida.

Cidadão português, nascido em 1955 e domiciliado a Campelos (Guimarães), Teixeira de Castro era, à época dos fatos, empregado de uma fábrica de produtos têxteis. Após sua saída da prisão, estava desempregado (CEDH, 2011, tradução nossa).

Na circunstância de uma operação de controle de tráfico de estupefacientes, dois polícias da Segurança Pública do posto de Famalicão, à paisana, dirigiram-se por diversas vezes ao indivíduo V.S., suspeito de se ocupar do pequeno tráfico para manter o seu consumo, principalmente de haxixe, com o objetivo de indicar o seu fornecedor. Eles lhe propuseram a compra de vários quilos deste estupefaciente. Ignorando a função dos polícias, V.S. aceita conseguir os contatos para esta finalidade. A despeito da insistência dos dois polícias, ele não veio a entrar em contato com um revendedor (CEDH, 2011, tradução nossa).

Em 30 de dezembro de 1992, pouco antes da meia-noite, os dois polícias foram à casa de V.S. e declararam ter, naquele momento, interesse em comprar heroína. V.S. mencionou o nome de Francisco Teixeira de Castro como suscetível de encontrar tal produto, entretanto, não conhecendo o domicílio deste último, dirige-se à casa de F.O., que lho indica. Estas quatro pessoas, no veículo dos pretensos compradores, foram à casa de Teixeira de Castro. Este, a pedido de F.O., saiu de sua residência e aproximou-se da viatura na qual esperavam os dois polícias na companhia de V.S. Os polícias declararam querer comprar 20 gramas de heroína ao preço de 200.000 escudos e

exibiram um maço de notas do Banco de Portugal (CEDH, 2011, tradução nossa).

O Sr. Teixeira de Castro aceitou procurar-lhes heroína e se deslocou, em seu próprio veículo, acompanhado de F.O. , à casa de um outro indivíduo, J.P.O. Este, por sua vez, obteve junto à uma outra pessoa, três saquetas de heroína, das quais uma pesava dez gramas e as outras duas, cinco gramas e, em seu retorno, entregou-as ao Sr. Teixeira de Castro por uma quantia de montante desconhecido, mas, pelo menos, superior a 100.000 escudos (CEDH, 2011, tradução nossa).

O interessado, de posse da droga, dirigiu-se, em seguida, ao domicílio de V.S., ao qual este tinha regressado e, diante do qual esperavam os dois agentes. Assim que estes, a convite de V.S., entraram em casa, lugar onde a transação deveria se concretizar, Teixeira de Castro tirou de seu bolso uma das saquetas. Os dois polícias divulgaram, então, suas identidades e detiveram, aproximadamente, às duas horas da manhã, o Sr. Teixeira de Castro, assim como V.S. e F.O. Eles revistaram os três detidos e encontraram, na posse de Teixeira de Castro, outras duas saquetas de heroína, uma soma de 43.000 escudos e uma pulseira de outro (CEDH, 2011, tradução nossa).

Teixeira de Castro foi preso, preventivamente, e, após, apresentou pedido de libertação, alegando a ilegalidade desta, por força de violação dos arts. 3, 6 e 8²⁷ da Convenção. Tal

²⁷ Art. 3o – PROIBIÇÃO DA TORTURA

“Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

Art. 6, § 1 – DIREITO A UM PROCESSO EQUITATIVO

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

ilegalidade foi arguida com base no comportamento moral e legalmente reprovável dos dois agentes. Alegou que a infração teria sido cometida única e exclusivamente em razão da provocação dos referidos agentes. Eles teriam, em verdade, atuado como agentes provocadores, além do fato de que a atuação dos polícias não se deu no âmbito de uma operação de repressão ao tráfico de estupefacientes ordenada por um magistrado (CEDH, 2011, tradução nossa).

Teixeira de Castro teve os dois pedidos de *habeas corpus* negados pelo Supremo Tribunal de Justiça. Os arguidos F.O. e J.P.O. não foram acusados. No Tribunal de Santo Tirso, Teixeira de Castro foi julgado culpado e foi-lhe aplicada pena de seis anos de prisão. V.S. recebeu multa correspondente a 20 dias de multa. De acordo com o Tribunal, a intervenção de um agente infiltrado ou mesmo provocador não seria proibida pela legislação nacional, na condição que o sacrifício da liberdade individual do acusado seja justificada pelos valores a salvaguardar (CEDH, 2011, tradução nossa).

Em resposta ao recurso interposto perante o Supremo Tribunal de Justiça, este negou seu provimento e manteve integralmente a decisão impugnada. Na ocasião, o Ministério Público argumentou que o comportamento dos agentes da PSP respeitou a lei e não se constituiu como um meio proibido de prova (CEDH, 2011, tradução nossa).

Em seguida a esta breve narrativa dos fatos ocorridos em

estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

Art. 8º – DIREITO AO RESPEITO PELA VIDA PRIVADA E FAMILIAR

“1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

Portugal, tanto no âmbito da conduta de Teixeira de Castro quanto na esfera processual, enfrentada perante as cortes portuguesas, passa-se à exposição do processo perante o TEDH.

Teixeira de Castro se dirigiu à Comissão, em 24 de outubro de 1994, invocando o Art. 6, § 1 da Convenção. Reclamou de não se ter beneficiado de um processo equitativo na medida em que teria sido incitado pelos policiais a cometer a infração pela qual foi, em seguida, considerado culpado. Sob a sua ótica, estes fatos implicariam, também, violação aos arts. 3 e 8. Acreditava ter sido objeto de um tratamento discriminatório, contrário ao art. 14, tendo em conta a pesada pena à qual fora condenado enquanto os demais envolvidos não foram perseguidos ou foram brandamente punidos (CEDH, 2011, tradução nossa).

Em 24 de junho de 1996, a Comissão recebeu a queixa no que concerne ao caráter equitativo do processo e a declarou inadmissível no restante. Em seu relatório de 25 de fevereiro de 1997, concluiu ter havido violação do Art. 6, § 1 (trinta votos contra um). Entretanto, não considerou do art. 3 (unanimidade) e manifestou que não se impunha examinar a existência de violação do art. 8 (trinta votos contra um).

A fundamentação da sentença do TEDH, no que tange ao art. 6, § 1, foi baseada na reclamação de Teixeira de Castro ter sido incitado a praticar o crime pelos dos agentes de polícia e isso, portanto, violou-lhe o direito de ter um processo equitativo. O TEDH iniciou seu julgamento ressaltando que Teixeira de Castro possuía um registro criminal limpo e que jamais haveria perpetuado a infração que lhe fora imputada sem a intervenção dos agentes provocadores. Ademais, para a Corte em questão, eles atuaram de sua própria iniciativa e livres de qualquer controle judiciário e na ausência de abertura de inquérito preliminar (CEDH, 2011, tradução nossa).

Segundo o Governo, diversos Estados, dentre os quais a

maior parte dos membros do Conselho da Europa, admitem a utilização de mecanismos especiais de investigação, nomeadamente no domínio da luta contra o tráfico de drogas. Asseverou ainda que, a sociedade deve encontrar instrumentos para conter este tipo de atividades, que destroem os fundamentos das sociedades democráticas. A legislação que se aplicava ao caso, o art. 52 do Decreto-Lei n. 430/83, bem como a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes de 1988 e a Convenção do Conselho da Europa de 1990 relativa ao branqueamento, identificação, apreensão e perda dos produtos do crime, admitia o recurso a agentes infiltrados, medida que não tinha relação com a atividade de um agente provocador. Além disso, os parágrafos 1 e 2 do art. 126 do CPPP seriam exigentes no que pertine à legitimidade e à legalidade dos meios de obtenção de provas (CEDH, 2011, tradução nossa).

Portugal seguiu argumentando que os dois polícias que intervieram no caso não poderiam ser definidos como agentes provocadores. Seria necessário fazer uma distinção entre os casos em que o agente infiltrado cria uma intenção criminosa daqueles em que havia anteriormente uma predisposição do acusado para cometer a infração. No caso, a conduta dos agentes teria se limitado a revelar uma intenção criminosa existente, oferecendo a Teixeira de Castro a oportunidade de concretizá-la. Alegou que não houvera insistência de F.O. para que Teixeira de Castro realizasse a ação. Ao contrário, este ficara interessado, de imediato, em obter a droga e concretizar a transação. O interessado teria consigo, além disso, mais droga do que lhe foi demandado pelos compradores. Teixeira de Castro, na opinião do Governo, desperdiçou a oportunidade de interrogar os dois policiais no decurso do processo. Caso o tivesse feito, o Tribunal teria formado a sua convicção não apenas na intervenção em causa, mas sobre outros meios de prova. Portanto, nenhuma ofensa à equidade do processo teria

sido detectada (CEDH, 2011, tradução nossa).

De acordo com o TEDH, a atuação da polícia esteve, de modo essencial, senão exclusivo, na origem da prática dos fatos e da condenação de Teixeira de Castro a uma tão pesada pena. Ao atuarem desta maneira, provocaram uma atividade criminosa que, de outro modo, não teria possivelmente ocorrido. Esta situação afetou, irremediavelmente, o caráter equitativo do processo. O TEDH recorda que a admissibilidade das provas é de competência do direito penal interno. A função do TEDH, portanto, consiste em verificar se o processo, no todo, incluindo o modo de obtenção dos meios de prova, revestiu-se de caráter equitativo (CEDH, 2011, tradução nossa).

O TEDH se manifestou no sentido de que a intervenção de agentes infiltrados deve ser circunscrita e rodeada de garantias, mesmo quando está em causa a repressão ao tráfico de estupefacientes. Ainda que a expansão da criminalidade organizada exija a adoção de medidas apropriadas, não se pode pensar que, numa sociedade democrática, o direito a uma boa administração da justiça ocupe um lugar tão eminente que não possa ser sacrificado por razões de oportunidade. As exigências gerais de equidade, consagradas no art. 6, aplicam-se aos processos concernentes a todos os tipos de infração criminal, da mais simples à mais complexa. O interesse público não servirá para justificar a utilização de elementos recolhidos na sequência de uma provocação policial (CEDH, 2011, tradução nossa).

Em prosseguimento à análise da atuação dos policiais ter se configurado na hipótese de agente infiltrado ou de agente provocador, o TEDH sublinhou que o Governo não alegou que a intervenção dos polícias se situava no âmbito de uma operação de repressão ao tráfico de estupefacientes, ordenada e controlada por um magistrado. Não restou comprovado que as autoridades competentes dispusessem de boas razões para

supor que Teixeira de Castro era um traficante de drogas. Ao contrário, o seu registro criminal era virgem e não estava aberto nenhum inquérito preliminar contra si. Os polícias sequer o conheciam, visto que entraram em contato com ele por intermédio de V.S. e F.O. A droga, por sua vez, não se encontrava no domicílio de Teixeira de Castro. Este a procurou junto a um terceiro que, por sua vez, obteve-a através de outro indivíduo. Para o TEDH, também não se demonstra, no acórdão do Supremo Tribunal, que Teixeira de Castro estivesse com mais droga do que o demandado e, portanto, tivesse ido além da provocação policial. Nenhuma prova sustenta a tese do Governo de que Teixeira de Castro tinha uma propensão a cometer as infrações. Pelas circunstâncias, extrai-se que os polícias não se limitaram a examinar, de uma maneira puramente passiva, a atividade delituosa de Teixeira de Castro, mas exerceram uma influência de maneira a incitá-lo a cometer a infração. O TEDH percebe, ainda, que os tribunais internos, para motivar a condenação, tiveram em conta essencialmente as declarações dos dois agentes de polícia (CEDH, 2011, tradução nossa).

Com base neste conjunto de considerações, o TEDH concluiu que a atividade dos dois policiais ultrapassou a de um agente infiltrado, visto que provocaram a infração e não há nada que indique que, sem a sua intervenção, aquela teria sido cometida. Tal intervenção e a sua utilização no processo penal em questão privaram Teixeira de Castro, *ab initio* e definitivamente, de um processo equitativo. Arrematou, portanto, que houve violação do art. 6º, § 1 da Convenção (CEDH, 2011, tradução nossa).

No que pertine à violação alegada do art. 3º, o TEDH entendeu que nem Teixeira de Castro nem o Governo apresentaram argumentos com relação a este ponto, portanto, não há necessidade de examiná-lo. Com relação ao art. 8º, o TEDH também não julgou necessário o exame da questão

(CEDH, 2011, tradução nossa).

Por derradeiro, além da constatação das violações supracitadas, o TEDH condenou Portugal ao pagamento, no prazo de três meses, a soma de dez milhões de escudos, referentes aos danos materiais e morais, e um milhão e oitocentos mil escudos, correspondentes às custas e às despesas (CEDH, 2011, tradução nossa).

Na decisão que ora se expõe, com relação à violação do art. 6º, § 1 houve a opinião dissidente do juiz Butkevych, que apresentou sua argumentação no sentido de que, tendo em conta não ser possível a separação de certos direitos e de certas liberdades, uma vez que não são direitos absolutos, deve-se ponderar a defesa dos direitos do indivíduo e a restrição a se fazer a estes direitos, com o objetivo de proteger os direitos de outrem. Faz-se necessária particular atenção na procura de um certo equilíbrio, quando se tratar de delitos perigosos para a sociedade, a saber: o transplante forçado de órgãos humanos com fins lucrativos, o comércio de pessoas, a prostituição forçada, o terrorismo, o comércio ilegal de componentes de armas de destruição massiva e o tráfico de drogas. Para este magistrado, Teixeira de Castro tinha consciência de que se tratava de um ato criminoso, portanto, o fato de conhecer ou não a identidade dos policiais, não alterou em nada a substância do caso. Concluiu que, em sua opinião, os policiais não agiram enquanto agentes provocadores, mas como agentes infiltrados, sendo esta modalidade admitida por lei.

3.2 JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE AGENTE INFILTRADO E AGENTE PROVOCADOR

A partir de análise feita sobre a jurisprudência do TEDH, é possível afirmar que, para esta Corte, não são admissíveis as provas obtidas mediante o recurso a agente provocador, ou

seja, quando existe a determinação do crime por parte deste. Tal técnica de investigação representa violação do direito a um processo equitativo, previsto no art. 6, § 1 da Convenção.

Por sua vez, as operações encobertas são admitidas, desde que, em consonância com o que estiver previsto no direito interno do Estado em cujo território ela se realize.

Exemplos claros de tal admissão podem ser vistos no caso *Bannikova contre Russie*, em que o TEDH considerou não ter havido violação ao art. 6º, § 1, no âmbito da realização de uma operação encoberta.

No caso em questão, Bannikova reclamou acerca da armadilha utilizada pela polícia, que resultou em sua condenação por tráfico de drogas.

Entre 23 e 27 de janeiro de 2005, o *Service Fédéral de Sécurité* gravou uma série de conversações telefônicas entre Bannikova e o suspeito S, que forneceu-lhe uma carga de maconha, em 28 de janeiro de 2005. No mesmo dia, o chefe regional da referida agência autorizou uma operação encoberta, a ser realizada em forma de simulação de compra, que foi levada a cabo no dia seguinte por um agente infiltrado, B., que teria, supostamente, o propósito de comprar estupefacientes. Em seu julgamento, Bannikova afirmou que ela foi acusada e ameaçada, por um certo Vladimir, para que ela vendesse a maconha. Ela estava convicta da venda de *cannabis* a B. e foi sentenciada a quatro anos de prisão pela venda da maconha a B. e também por formação de quadrilha. Seu recurso de apelação foi negado, após a corte regional rejeitar seus argumentos de incitação, por parte dos agentes do Estado, no grau de sua participação na venda do estupefaciente, em 29 de janeiro de 2005 (CEDH, 2010, tradução nossa).

A fundamentação da sentença do TEDH se deu no sentido de a este incumbe analisar se a atitude dos agentes do Estado, no âmbito de uma operação de infiltração se deu nos limites de uma estrita passividade ou se eles ultrapassaram os

limites e poderiam ser enquadrados como agentes provocadores. Para tanto, o TEDH verifica, em concreto, se houve provocação policial. Faz-se, portanto, necessário examinar se existiam suposições objetivas e também se havia predisposições. Deve-se verificar se os agentes estavam apenas associados à atividade criminosa ou se a determinaram, exercendo pressão sobre Bannikova para que esta cometesse o crime em causa. Salvo improbabilidade flagrante das alegações de Bannikova, às autoridades é incumbido o dever de demonstrar a ausência de provocações (CEDH, 2010, tradução nossa).

O TEDH concluiu que, sem dúvidas, o agente infiltrado B. não deu origem à atividade criminosa em causa, ele somente *associou-se*, uma vez que no primeiro encontro entre B. e Bannikova, em 29 de janeiro de 2005, o *Service Fédéral de Sécurité* já tinha posse de registros de suas conversações com S., que demonstravam o seu interesse na venda da droga. Ademais, o TEDH não conseguiu determinar com certeza se a alegação acerca de Vladimir envolveu uma parte da operação encoberta, como Bannikova parecia ter afirmado e, a partir disso, se foram exercidas pressões para que ela cometesse a infração. O TEDH entendeu que os registros das comunicações feitas por Bannikova foram determinantes para provar uma intenção preexistente no que concerne à venda do estupefaciente. A conclusão do TEDH, por unanimidade, foi a de que não existiu violação ao art. 6º, § 1 (CEDH, 2010, tradução nossa).

Este entendimento, por parte do TEDH, não é recente, mas, ao contrário, representa uma cristalização do que já vinha se manifestando em outros casos anteriores, como o que envolveu Sequeira contra Portugal.

Neste caso, o requerente, Sequeira cumpriu pena de prisão em Espanha, entre 1989 e 1992, por tráfico de drogas. Retornou a Portugal após o cumprimento de sua pena, mas foi

detido provisoriamente, no âmbito de um outro processo, em 1994. Durante a sua detenção, no estabelecimento penitenciário de Montijo, ele conheceu A., uma pessoa que seria ligada ao meio do tráfico de drogas. Este último informou a Sequeira que estava a procurar-lhe meios de transporte, especialmente barcos, em caso de Sequeira decidir organizar um tráfico de estupefacientes. Após sua liberdade, em 1994, Sequeira viajou ao Brasil, à Colômbia e à Venezuela, países onde, segundo ele, possuía negócios comerciais (venda de imóveis e exportação de carnes). Retornou a Portugal no verão de 1996, tornando a fazer contato com A., que havia sido posto em liberdade (CEDH, 2011a, tradução nossa).

Em setembro de 1996, Sequeira solicita a A. que lhe consiga um barco, para a importação, do Brasil, de uma quantidade importante de cocaína. Por sua vez, A. entra em contato com C., proprietário de um barco, a fim de organizar o transporte da droga para Portugal. Este ressalta um dossiê que mostra que C. já houvera colaborado, em varias ocasiões, com a polícia judiciária no que diz respeito ao tráfico de estupefacientes. C. convenceu A. de colaborar com a polícia judiciária, que foi informada, assim como o Ministério Público (CEDH, 2011a, tradução nossa).

A. apresentou C. a Sequeira em agosto de 1997. No final de agosto, o barco de C., à bordo do qual estavam também A. e um agente infiltrado da polícia judiciária, recolheram a droga de um outro barco de fora do Brasil. C. conduziu, em seguida, o barco para o porto português de Figueira da Foz e a droga estava sendo desembarcada e guardada em um armazém (CEDH, 2011a, tradução nossa).

Em 29 de setembro de 1997, A. transportou a droga até uma fazenda em Salvaterra de Magos, que Sequeira havia comprado. A droga foi desembarcada na fazenda. Após a saída de A., a polícia judiciária, que estava a monitorar toda a operação, prende Sequeira e apreende 1833 quilos de cocaína.

Sequeira, e não A. e C., que não estavam a ser perseguidos, foi acusado de tráfico de estupefacientes e formação de quadrilha. No julgamento, em 22 de dezembro de 1998, o Tribunal de Benavente o julga culpado pelas infrações em causa e o condena à dezenove anos de prisão. O tribunal baseou-se, notadamente, nos depoimentos de A. e C., ainda que os agentes da polícia judiciária tenham participado da operação (CEDH, 2011a, tradução nossa).

Invocando o art. 6º, § 1 da Convenção, Sequeira alegou, perante o TEDH, não ter se beneficiado de um processo equitativo, na medida em que foi julgado e condenado devido a uma provocação de terceiras pessoas agindo por conta da polícia (CEDH, 2011a, tradução nossa).

Sequeira argumentou ter sido incitado a cometer uma infração que não teria ocorrido sem a intervenção em causa, alegou, inclusive, que o seu caso era semelhante ao de Teixeira de Castro. O TEDH, em sua fundamentação, asseverou que a sua função era avaliar se o processo, em seu conjunto, cumpria a previsão legal no que toca aos meios de prova, revertendo-se num caráter equitativo. Manifestou que a intervenção dos agentes infiltrados deve ser circunscrita e cercada de garantias mesmo quando se trata de repressão ao tráfico de estupefacientes. Utilizou-se da mesma fundamentação do caso Teixeira de Castro para dizer que o interesse público não justificará a utilização se elementos recolhidos através de uma provocação policial. Ressalta, entretanto, que a atuação de A. e C. foi controlada pela Polícia Judiciária e o Ministério Público foi informado antes da operação. Deste modo, as autoridades dispunham de elementos suficientes para supor que a vontade de Sequeira de organizar um tráfico de estupefacientes. Este caso é, portanto, para o TEDH, claramente distinto do caso Teixeira de Castro e demonstra que A. e C. não se configuram como agentes provocadores, o que obedece ao caráter equitativo do processo. O TEDH concluiu, por unanimidade,

que Sequeira pôde gozar de todos os seus direitos de defesa e seu processo foi revestido de um caráter equitativo, portanto, não houve qualquer violação ao art. 6º, § 1 da Convenção (CEDH, 2011a, tradução nossa).

Em todos os casos apresentados, o TEDH manifestou-se, coerentemente, no sentido de permitir aos países a utilização de meios mais invasivos dos direitos fundamentais, nomeadamente, o recurso ao agente infiltrado, quando se tem em causa uma grave e sofisticada criminalidade, entretanto faz uma interpretação restritiva das leis internas no sentido de proteger do abuso do Estado os bens jurídicos cujo sacrifício, por vezes, é previsto em lei.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O recurso ao agente infiltrado como método de investigação criminal está situado em um contexto de política criminal que se inclina, a cada dia, para a redução de direitos e garantias fundamentais. Esta flexibilização procura legitimidade no discurso do combate ao crime organizado, que tem atingido, na modernidade, os mais altos níveis de controle de poder econômico e político.

Ideologicamente, o Direito Penal do Inimigo surge como um artifício utilizado para justificar os abusos cometidos pelo Estado, no âmbito do seu poder de punir.

As operações encobertas, executadas na pessoa de um agente infiltrado, à primeira vista, parecem inovações criadas pelo Estado Moderno para fazer frente à criminalidade perigosa. Entretanto, ao se revisitar alguns períodos da história como, por exemplo, o Antigo Regime, é notório que tal técnica nada tem de atual, mas, ao contrário, já era largamente utilizada para descobrir os crimes de lesa-majestade, num contexto de Estado autoritário.

A regulamentação jurídica impõe a distinção entre as

figuras do agente infiltrado e do agente provocador, uma vez que a atuação deste último não se coaduna com o Estado Democrático de Direito e, portanto, a prova obtida através deste não poderá ser valorada para a incriminação do infrator. Ademais, em se verificando que houve provocação ou determinação da conduta, este fato isenta de responsabilidade criminal o provocado e impõe, por sua vez, responsabilidade da mesma natureza ao provocador.

Entretanto, se mesmo com as dificuldades práticas que o RJAE cria, a operação se der dentro dos limites previstos legalmente, o agente infiltrado não será responsabilizado pelos crimes que cometeu, visando à conquista da confiança dos membros da organização criminosa. Crimes estes que só poderão ser cometidos de forma tentada, jamais consumada.

O TEDH corrobora com este entendimento teórico e fundamentou os seus principais acórdãos acerca do tema com base em tais postulados. O caso *Teixeira de Castro contre Portugal*, paradigmático, haja vista ter sido, pela primeira vez, palco da condenação de um país pela utilização do agente provocador, iniciou o juízo que se consolidou mais tarde, em outros casos, tendo sido, inclusive, utilizado como precedente na fundamentação dos posteriores. O TEDH demonstra, no que tange ao tema, cuidado e maturidade, no sentido de equilibrar, com maestria, de um lado, a administração eficaz da justiça penal e de outro lado, o direito à integridade moral, com fulcro na legalidade e nos princípios constitucionais e penais.



REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo:

- Boitempo, 2004. 146 p.
- ALBRECHT, Hans-Jörg. Criminalidade organizada na Europa: perspectiva teórica e empírica. In: MENDES, Paulo de Sousa et al. (Orgs.). *2º Congresso de investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 73-99.
- ALVES MEIREIS, Manuel Augusto. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999. 272 p.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 336 p.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. 256 p.
- _____. *Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal*. 2003. (mimeo)
- BATISTA MACHADO, João. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2010. 390 p.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 262 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1530 p.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006. 345 p.
- CEDH – COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME. *Affaire Teixeira de Castro contre Portugal*. 09 jun. 1998. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos/teixeiradecastro.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2011.
- CEDH – COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME. *Affaire Modesto Sequeira contre Portugal*. 06 mai. 2003. Disponível em:

- <http://www.rtdh.eu/pdf/20030506_sequeira_c_portugal.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2011a.
- CEDH – COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. *Affaire Bannikova contre Russie*. 04 nov. 2010. Note d'information n. 135. Novembre, 2010.
- DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 400 p.
- FARIA COSTA. *Direito penal e globalização: reflexos não locais e pouco globais*. Coimbra: Wolter Kluwer / Coimbra, 2010. 110 p.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. 1068 p.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. 288p.
- GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social em la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005. 466 p.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. 730 p.
- GRACIA MARTÍN, Luis. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2011.
- HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. A segurança pública no Estado de Direito*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995. 126 p.
- JOSÉ, Maria Jamile. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito,

- Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010.
- LOUREIRO, Joaquim. *Agente infiltrado? Agente provocador!* Reflexões sobre o 1o acórdão do T.E.D.Homem – 9 junho 1998. Condenação do Estado português. Coimbra: Almedina, 2007. 306 p.
- McADAMS, Richard H. A Tempting State:the political economy of entrapment. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series of University of Illinois – College of Law*. Research Paper No. 05-13. 2005. 57 p. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=797964>>. Acesso em: 22 mar. 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. 322p.
- ONETO, Isabel. *O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*. Coimbra: Coimbra, 2005. 226 p.
- PÉREZ, Marta del Pozo. El agente encubierto como medio de investigacion de la delincuencia organizada en la ley de enjuiciamiento criminal española. *Revista Critério Jurídico*. N. 6. 2006. 44 p. Disponível em: <http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/10_267_mpoz_o_agente_encubierto.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2011.
- SILVA DIAS, Augusto. Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito. In: MENDES, Paulo de Sousa et al. (Orgs.). *2º Congresso de investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 23-47.
- STEVENSON, Dru. Entrapment and the problem of deterring police misconduct. *Legal Series – The Berkerley Electronic Press*. Paper No. 147. 2004. 97 p. Disponível em: < <http://law.bepress.com/expresso/eps/147>>. Acesso em: 30 mar. 2011.
- U. S. Supreme Court. *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369

- (1958). Disponível em: <
[http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-
bin/getcase.pl?court=US&vol=356&invol=369](http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=356&invol=369)>. Acesso
em: 30 mar. 2011.
- U. S. Supreme Court. *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435
(1932). Disponível em:
<[http://caselaw.lp.fi-
bin/getcase.pl?court=US&vol=287&invol=435](http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=287&invol=435)>. Acesso
em: 30 mar. 2011.
- U. S. Supreme Court. *United States v. Russell*, 411 U.S. 423
(1973). Disponível em:
<[http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-
bin/getcase.pl?court=US&vol=411&invol=423](http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=411&invol=423)>. Acesso
em: 30 mar. 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA,
Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal
brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 666 p.
- _____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal
brasileiro*: volume I: parte geral. 6. ed. São Paulo:
Revista dos Tribunais, 2006. 772 p.
- _____. *O inimigo do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan,
2007. 224 p.
- WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro:
Jorge Zahar, 2001. 178 p.