

OS MEIOS ATÍPICOS DE OBTENÇÃO DE PROVA EM SEDE DE INSTRUÇÃO PREPARATÓRIA THE ATYPICAL MEANS OF OBTAINING EVIDENCE IN PREPARATORY INSTRUCTION

Inácio Mulenga Wimbo Katulumba ¹

RESUMO

Os estados democráticos de direito, de um momento para o outro, na viragem do paradigma causado pela globalização, viram-se à mercê de uma criminalidade que tardiamente identificavam e dificilmente controlavam e, o enquadramento dos sistemas de investigação ao contexto é uma necessidade real e sentida. O Estado angolano, em termos dessa análise, reconhece que para grandes problemas são necessárias grandes soluções. Fez surgir no Código Penal Angolano os termos de organização terrorista, terrorismo, terrorismo internacional e financiamento ao terrorismo. A investigação desses crimes exige mais meios do que os habituais. O legislador, pela sensibilidade da matéria, autonomizou-a. Os Estados fazem recurso a grandes investimentos na área da perícia criminal, quer através do surgimento de novas equipas forenses cada vez mais especializadas e multidisciplinares nesse campo, quer na área científica, numa série de acções de formação, investigação e tecnologia quer pelo uso das técnicas operativas e diligências mais dinâmicas com métodos de interferência. Ao serviço do Direito e da Justiça estão também vários ramos das engenharias e das tecnologias que interpelaram as formas clássicas de investigação que hoje são quase inevitáveis. Destacamos, nesta abordagem, aquelas que reclamam por um novo quadro legal, como as técnicas de localização satélite, Global Positioning System, GPS, escutas telefónicas, seguimentos e vigilância, fixação e registo fonográfico e videográficos, rastreamento electrónico, condicionamento de comunicações, agentes infiltrados, entregas controladas, captações ambientais de sinais electromagnéticos, a quebra do sigilo bancário.

PALAVRAS-CHAVE: Meios atípicos. Prova. Ações encobertas. Agente provocador.

ABSTRACT

The democratic states of law, from one moment to the next, in the paradigm shift caused by globalization, found themselves at the mercy of a criminality that they belatedly identified and hardly controlled, and the framing of research systems to the context is a real and felt. The Angolan State, in terms of this analysis, recognizes that great solutions are necessary for great problems. It brought up in the Angolan Penal Code the terms of terrorist organization, terrorism, international terrorism and terrorist financing. The investigation of these crimes requires more means than usual. The legislator, due to the sensitivity of the matter, made it autonomous. States make large investments in the area of criminal expertise, either through the emergence of new forensic teams that are increasingly specialized and multidisciplinary in this field, or in the scientific area, in a series of training, research and technology actions or through the use of more dynamic procedures and diligences with interference methods. At the service of Law and Justice are also several branches of engineering and technologies that challenged the classic forms of investigation that are now almost inevitable. In this approach, we highlight those that demand a new legal framework, such as satellite location techniques, Global Positioning System, GPS, telephone tapping, tracking and surveillance, phonographic and videographic recording and recording, electronic tracking, communications conditioning, undercover agents, controlled deliveries, environmental capture of electromagnetic signals, breach of bank secrecy.

KEYWORDS: Atypical means. Proof. Covert actions. Provocateur.

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas pela ACU - Absolute Christian University; Pós-Graduação Lato Sensu em Filosofia e Existência pela Universidade Católica de Brasília; Licenciado em Ciências Jurídico-Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Angola. E-mail: Katulumba79@gmail.com. Currículo Lattes: lattes.cnpq.br/3973810228894231

INTRODUÇÃO

É indubitável que o recurso aos meios técnicos na investigação amplia a capacidade investigatória, com maior tónica nos meios de obtenção de prova; meios estes que, em prol da eficácia, se movem, por vezes, na zona limítrofe do ilícito. Por esta razão, afirma-se que o ritmo da velocidade entre o crime e a reação ao crime na era da globalização não admite silêncio e lacunas (SOARES, 2017, p. 101). Reivindicação de novas soluções normativas próprias, que estejam à altura da disciplina probatória processual penal angolana é legítima sob pena do direito a investigação das partes se inquinar na esfera de desigualdade de armas e garantias legais.

No entender de BRITO (2018, p 219), deverão ser os princípios jurídico-constitucionais a primeira e essencial forma de adaptação do sistema aos desafios da era digital, no sentido de expansão da área de tutela típica dos direitos fundamentais.

No entanto, na busca da prova para responsabilização criminal não serve o adágio “se não consegue escalar a montanha a contorne”. A instrução de um processo não se contorna. A instrução galga a montanha em toda a sua altitude e graus (passando pela análise, correcção e síntese) para a prova material ter valor.

Toda a investigação criminal gira em torno de pessoas e de coisas. Somente as pessoas cometem crimes, mas fazem-no, invariavelmente, através das coisas. Nesta lógica, se, por um lado, a investigação circunscreve o seu palco nas pessoas, coisas e num espaço que pode ser físico ou virtual, por outro lado, a esfera pessoal e patrimonial de qualquer pessoa é inviolável. Bem o sufraga a CRA, ao considerar inviolável tanto a vida humana como a integridade moral e física das pessoas, a inviolabilidade do domicílio, correspondência, sigilo, intimidade da vida privada salvo sob decisão de autoridade judicial competente (arts. 30.º, 32.º, 31.º, 33.º e 34.º).

Em consonância com os arts. 5º e 12º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, arts. 4.º e 5.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, e art.º 7.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, pode-se depreender que “todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” não são atendíveis. A eles se aplica o regime mais gravoso no campo das invalidades dos sistemas jurídicos, isto é, a nulidade.

OBJETIVO

Propor-se a elaboração de um guia teórico integral sobre as acções que ajudam a investigação criminal, desde uma perspectiva metodológica, constitucional e processual penal para facilitar a efectividade da recolha de provas às entrevistas, meios ocultos e medidas policiais na investigação criminal que tributam ao direito e processo penal angolano.

ENQUADRAMENTO LEGAL DOS MEIOS DE PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ANGOLANO

Num Estado Democrático de Direito, como é o caso de Angola (vide art.º 2.º da CRA), a realização da justiça e a averiguação da verdade material deverão encontrar limites. Estes limites estão colocados, por um lado, pelos influxos dos ideais do Iluminismo e do Liberalismo do século XIX, que influenciaram decisivamente a matriz do Direito Processual Penal contemporâneo MATA-MOURO (2011, pp. 13-14). Com o surgimento da garantia de intervenção mínima do direito penal como *última ratio*, da qual se faz derivar, entre nós, no n.º 1 do art.º 57.º da Constituição da República de Angola, a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos naquele diploma legal, devendo as restrições

limitar-se ao necessário, proporcional e razoável numa sociedade livre e democrática, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Em completo, o n.º 2 do artigo referido dispõe: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão nem o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

Na investigação criminal, de acordo com o disposto no n.º 1 do art.º 146.º do Código de Processo Penal Angolano, prevalece o princípio da liberdade da obtenção da prova, segundo o qual “são admissíveis todos e, quaisquer meios de prova, mesmo atípicos (que não constem do elenco legal), desde que não proibidos por lei”. O critério estabelecido pelo legislador é de exclusão de parte, isto é, se não é proibido, é permitido.

Na hermenêutica da *ratio legislatoris* da exclusão de partes feita pelo legislador, facilmente se pode entender a jogada tática ao estabelecer a *regra de permissão condicionada*. Esta formulação pode influenciar o investigador criminal imbuído num pensamento maquiavélico, ao recurso a um meio de prova cujos fins justifiquem os meios, bastando para o efeito não ser proibido por lei. Ora vejamos, é consensual que o “processo penal não versa apenas sobre matérias técnico-jurídica, mas abrange uma alta significação ética por ser nele onde se revela mais nitidamente a coordenação do Estado e do indivíduo. A questão ultrapassa o plano da temática em análise, mas pode ser um verdadeiro *doping* processual penal”, na medida em que coloca na sombra dos meios de prova previstos no Código de Processo Penal Angolano (revistas e buscas art.º 212.º a 222.º – apreensão art.º 223.º a 237.º – escutas telefónicas art.º 241.º a 241.º) outros meios desde que não proibidos.

As alíneas a); b) e c) do art.º 209.º, do Código de Processo Penal Angolano, retomam o alargamento dos meios de obtenção de prova atípicas *pro legem* para

salvaguardar todos os vestígios no cenário do crime e facilitar as vias de recolha (art.º 145.º, n.º 1 do mesmo diploma legal).

MEIOS ATÍPICOS DE OBTENÇÃO DA PROVA EM PROCESSO PENAL E SUA ADMISSIBILIDADE

A convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, ou UNTOC, (Convenção de Palermo), ratificada pela resolução da Assembleia Nacional n.º 21/10, de 22 de Junho, no n.º 1 do seu art.º 20.º, refere: “se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adoptará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras *técnicas especiais de investigação*, como a vigilância electrónica ou outras formas de vigilância e as acções encobertas, por parte de autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada”.

Também o Conselho da Europa se pronunciou sobre o recurso a estas *special investigations technics*, que envolve a “actuação das autoridades competentes em matéria de perseguição criminal, com os fins de detenção e investigação dos crimes mais graves e dos suspeitos que os praticam, tendo por escopo a recolha de informações de modo a não alertar os visados”.

No âmbito destas técnicas de investigação, enquadram-se na definição dada pelo Conselho da Europa (CdE) entre outros, os mecanismos processuais atinentes à “recolha de voz e imagem, as vigilâncias e seguimentos, as intercepções nas comunicações e as operações de infiltração” no meio criminal (entenda-se acção encoberta), de acordo com SILVA (301, pp. 37-38).

Rigorosamente, não se trata de meios atípicos de obtenção da prova, mas sim de métodos ocultos de

obtenção de prova. É na verdade uma filosofia de trabalho investigativo *high policing*. Estes caracterizam-se pela intromissão nos processos de acção, interacção e comunicação das pessoas concretamente visadas (alvo de investigação criminal), sem que estas tenham conhecimento do facto nem o percebam. Por causa disso, continuam a agir, interagir, a expressar-se e a comunicar de forma inocente, fazendo ou dizendo coisas de sentido, muitas vezes, auto-incriminatório ou incriminatório daqueles que com elas interagem ou comunicam. De forma simplificada e reducionista, os meios ocultos de investigação levam as pessoas atingidas — normalmente o suspeito — a “ditar” inconscientemente para o processo “confissões” não esclarecidas nem livres.

Na alçada da procura da verdade material, as partes processuais, perante uma relação jurídico-material controvertida, apresentam as suas razões (prova e contraprova), trazendo nos autos a matéria que de facto entendam oportuna e necessária a servir de base e fundamento à decisão judicial. De sorte que o julgador, vinculado ao princípio da limitação objectiva da decisão, apenas aprecia e decide com base na matéria de facto trazida aos autos pelas partes, sabatinada pelo princípio da mediação que coloca a prova à prova.

No entanto, da permissão condicionada por habilitação legal dos meios de prova (*law in book*), podem surgir ensaios (*law in the action*) de vias ocultas admissíveis de como enfrentar o novo paradigma do crime em “acções fora do tecido normativo existente”. Esta temática abre naturalmente várias frentes de espanto e problematização e oferece diferentes linhas de reflexão e de enquadramento teórico-doutrinal, nessa medida, deixando adivinhar juízos de concordância/discordância, de onvergência e afastamento mais ou menos pronunciados em relação ao limite tangível da admissibilidade condicionada.

ACÇÕES ENCOBERTAS ENQUANTO MÉTODO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Do adágio claudicante “cada doença com seu medicamento”, se estabelece o ponto *ad quo* face ao flagelo da moderna forma de criminalidade. Em Angola, não é novidade a expressão “agente de baixa visibilidade, colaborador”. Porque são assim denominados? A resposta pode ser outra. Porém, a mais assertiva tem a ver com a actuação dos agentes, não podendo de antemão serem identificados como agentes policiais sob pena de não lograrem êxitos nas suas missões. “O crime é um fenómeno social vivo e complexo, multifactorial e em permanente mutação; exprime-se num quadro multiforme de representações sociais, condicionado por inúmeras variáveis, e revela uma notável capacidade de adaptação aos intensos ritmos de mudança social que estão na ordem do dia”, de acordo com BRAZ (2017, p. 400).

Vivemos, indubitavelmente, uma intensa revolução tecnológica que alterou completamente as noções de tempo, distância e espaço, conduzindo a novos modelos societários. Da controvérsia *law in the book* e *law in the action*, interessa um relance, ainda que breve, sobre o fenómeno do homem de confiança, “as fontes” na terminologia dos investigadores criminais.

A relevância destes meios de obtenção de prova mostra-se inevitável. Porém, os direitos fundamentais são o ápice da ordem jurídica de um Estado, por esta razão antroponómica a sua restrição e harmonização tem de obedecer a determinados critérios constitucionalmente previstos. Os arts. 57.º e 58.º da Constituição da República de Angola, excluem inequivocamente uma cláusula geral de restrição, resultando dessa hermenêutica que os direitos fundamentais só podem ser restringidos ou limitados quando tal for necessário e indispensável, isto para salvaguardar outros direitos e interesses com tutela constitucional.

Na verdade, há aqui um conflito ético-jurídico “o bem e o bem maior”. A resposta é que neste conflito a conduta humana/Estado deve dar privilégio ao bem maior. Parafraçando SILVA (1994, p 254), os agentes infiltrados só são admissíveis quando a inteligência dos agentes da justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a actividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à justiça criminal cabe tutelar, desde que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria, ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar e a colher informações a respeito das actividades criminosas de que ele é suspeito. Neste caso a prova não é proibida.

Quanto ao “agente provocador”, importa realçar o já dito supra que a investigação criminal “deve apresentar como primeiro patamar da tutela dos direitos e liberdades individuais contra os abusos *do jus puniendi* do Estado, assim se exige que qualquer processo se execute segundo as regras da transparência democrática. A investigação criminal, deve decorrer de forma transparente sem qualquer subterfúgio capaz de conduzir o cidadão mais incauto a actos ilícitos VALENTE, citado por BELEZA & PINTO (2017, pp. 140-241).

Logo, é inquestionável a inadmissibilidade da prova obtida por agente provocador, pois seria imoral que, num Estado de direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir. Uma tal desonestidade seria de todo incompatível com o que, num Estado de direito, se espera que seja o comportamento das autoridades e agentes da justiça penal, que deve pautar-se pelas regras gerais da ética, como afirma SOUSA (2003, pp. 1207-1235).

ACÇÕES ENCOBERTAS E O ÂMBITO DAS PERMISSÕES

A Constituição da República de Angola não apresenta um artigo que proíba de forma expressa, tal como o faz o n.º 8 do art.º 32.º da Constituição da República Portuguesa, “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, mas aparece recortado em várias disposições legais (art.º 56.º, n.º 1 do art.º 57.º, n.º 1 e al. c) do art.º 58.º, arts. 60.º e 72.º, todos da Constituição da República de Angola). Quando preterido este princípio, à prova redundante na chamada teoria (doutrina) do *Fruits of Poisonous Tree* (fruto da árvore contaminada). Segundo essa doutrina, qualquer informação ou evidência obtida a partir ou em resultado daquela que houvera sido obtida ilegalmente, portanto, também seria ilegal, porque provinha de uma fonte “contaminada”, visto que contamina todos os seus frutos. Há que se ressaltar que a teoria objectivava definir que os frutos decorrentes daquela árvore deveriam ser considerados contaminados.

Ainda neste pensamento, o entendimento muito mais relevante daquele acima, é o consagrado no n.º 3 do art.º 138.º do Código de Processo Penal Angolano, na afirmação da autonomia dos meios de obtenção da prova. Resultando dali que a proibição dos meios de prova não se confunde com nulidade, mas sim com a impossibilidade de ser utilizada. As nulidades definem-se segundo os critérios de validade, as proibições da prova aferem-se, antes de mais nada, numa perspectiva de admissibilidade.

E afirma categoricamente SILVA (1994, p. 140), “se os direitos do cidadão são violados, as provas que se obtenham através de tal violação não poderão ser atendidas no processo, são proibidas. Pretende-se com tal proibição evitar o sacrifício de direitos das pessoas por parte das autoridades judiciais, dos órgãos de polícia criminal ou dos particulares, privando de eficácia as provas obtidas ou produzidas ilegalmente: as provas

proibidas não podem ter efeitos no processo. É manifesto que com a proibição de prova se pode sacrificar a verdade, já que a prova produzida, seja qual for a causa da proibição, pode ser de extrema relevância para a reconstituição do facto histórico, pode mesmo ser a única”. Todavia, o Código de Processo Penal não considera a busca da verdade como um valor absoluto e por isso não admite que a verdade possa ser procurada, usando de quaisquer meios, mas tão-só através de meios justos, ou seja, de meios legalmente admissíveis. A verdade processual (...) não tem de ser investigada a qualquer preço, mormente quando esse “preço” é o sacrifício de direitos fundamentais das pessoas”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema apresentado neste artigo científico, apresenta-se como clamor diante de uma criminalidade mais complexa, violenta, grave e organizada, cuja abordagem tradicional pelas instâncias formais de controlo não se mostra eficaz, tem merecido por parte dos Estados a legitimação de operações policiais encobertas. No entanto, no prisma legislativo e jurisprudencial em Angola não há ecos de se olhar o assunto como grave e merecedor de atenção.

A legislação que consagre o emprego do meios atípicos, muito recorrido pela polícia de investigação criminal, SIC, e outros agentes que intervêm no processo de policiamento “*high policing*” no sentido de dar respostas, quer preventivas, quer repressiva, ainda é deficitária. O instituto do agente infiltrado como meio de aquisição de prova no processo penal oferece matéria-prima de inigualável densidade, entre qualquer outro meio de prova (SILVA, op. cit, p. 38), e deve suscitar reflexão e abordagem pela comunidade académica e pesquisadores angolanos.

REFERÊNCIAS

BRITO, Maria Beatriz Seabra de. **Novas Tecnologias e legalidade da Prova em processo penal: natureza e enquadramento do GPS como método de obtenção de prova**: Almedina, 2018.

SILVA, Daniel. **Ações Encobertas no Estado de Direito Democrático**, in: 5 Ensaio e Estudo de Investigação Criminal. PJ, 2013.

BRÁZ, José. **Investigação Criminal – A organização, O Método E A Prova – Os Desafios da Nova Criminalidade**. 3.ª ed.: Almedina, Fevereiro, 2017.

SILVA, Germano Marque. **Bufos, Infiltrados e Arrependidos. Os Princípios Democrático e da Lealdade em processo penal**, in: **Direito e Justiça**, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica. Vol. II, 1994.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria geral do direito policial**. 4ª Ed.: Coimbra, Almedina, 2014.

SOUSA, Susana Aires de. **Agent provocateur e meios enganosos de prova, algumas reflexões, Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**: Almedina, 2003.

SILVA, Luciano André da Silveira. **O Agente Infiltrado: Estudo Comparado da Legislação da Alemanha**. Brasil e Portugal, Junho, 2015.