



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**As Ações Encobertas à luz do Processo Penal
Português**

ANDRÉ TIAGO RIBEIRO SILVA

**Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica
Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses**

2019



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**As Ações Encobertas à luz do Processo Penal
Português**

ANDRÉ TIAGO RIBEIRO SILVA

**Dissertação de Mestrado em Direito e Prática Jurídica
Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses**

Elaborada sob orientação da Professora Doutora Inês Ferreira Leite

2019

Agradecimentos

Aos meus pais e avós, pelo seu apoio incondicional ao longo da elaboração desta dissertação, pois sem esse apoio não teria sido possível chegar até aqui.

Aos meus colegas e amigos, pelas horas que passámos juntos a batalhar nas nossas dissertações e pelo extraordinário companheirismo que demonstraram.

À Professora Doutora Inês Ferreira Leite, por toda a ajuda.

A todos os professores, em geral, que me acompanharam ao longo de todo o meu percurso académico.

Obrigado.

*“Não há ordem sem justiça.
Se o homem falhar em conciliar a justiça e a liberdade,
Então falha em tudo!”*

ALBERT CAMUS

Resumo

A ideia de escrever uma dissertação sobre as ações encobertas teve origem no ano de 2016, já no Mestrado, quando a temática da cadeira de Direito Processual Penal II, sob a regência do Excelentíssimo Professor Doutor Rui Soares Pereira, foram os métodos ocultos de investigação criminal, na qual realizei um trabalho sobre a admissibilidade do agente provocador e fiquei fascinado pelas peripécias que as ações encobertas, de um modo geral, suscitam no mundo jurídico.

A presente dissertação tem como objetivo a análise, à luz do direito processual penal português, de um dos meios de obtenção prova que mais controversia e debates tem gerado na doutrina e na jurisprudência, ao longo dos últimos anos, que são as ações encobertas. Assim sendo, no primeiro capítulo iremos abordar o impacto da criminalidade organizada e das novas tecnologias de informação no que ao crime, e, consequentemente à prevenção e investigação criminal diz respeito. No segundo capítulo, começaremos por fazer um enquadramento histórico das ações encobertas, para percebermos em que termos e com que fins surgiram, passando pela necessária demarcação dogmático-conceitual referente às diversas modalidades que a atuação dos homens de confiança pode assumir, quer em ambiente físico e/ou digital, demarcando-as, igualmente, de figuras afins, que não se enquadram nas ações encobertas. Ainda no segundo capítulo, iremos analisar os diferentes modos de atuação dos homens de confiança, à luz dos princípios constitucionais e processuais penais, para saber quais os modos de atuação que serão legítimos no ordenamento jurídico português. No terceiro, e último capítulo, iremos começar por referir a evolução legislativa da figura em estudo no ordenamento jurídico português, para depois analisar profundamente o Regime Jurídico das Ações Encobertas e a consagração das ações encobertas na Lei do Cibercrime, nomeadamente, o que do nosso ponto de vista, nos parece controverso, como, por exemplo, a eventual utilização de malware.

Palavras-chave: Ações Encobertas, Agente Provocador, Agente Infiltrado, Agente Encoberto, Processo Penal Português.

Abstract

The idea of writing a dissertation on covert actions originated in the year 2016, at the Masters, when the subject of Criminal Procedural Law II, under the regency of the Venerable Professor Rui Soares Pereira, were the hidden methods of criminal investigation, in which I performed a work about the admissibility of agent provocateur and I was fascinated by the shenanigans that covert actions, in general, raise in the legal world.

This dissertation aims to examine, in the light of the Portuguese Criminal Procedural Law, a means of obtaining evidence that more controversy and discussion has generated in the doctrine and jurisprudence over the past years, which are covert actions. Thus, in the first chapter we will address the impact of organised crime and of new information technologies in crime, and, consequently the prevention and criminal investigation concerns. In the second chapter, we begin by doing a historical framework of the covert actions to see what terms and with what purposes have emerged, through the necessary demarcation dogmatic-pertaining to the different forms that conceptually the action of “homens de confiança” can assume, whether in physical and/or digital environment, demarcating them also related figures, which do not fall in the covert actions. Even in the second chapter, we will examine the different modes of actuation of “homens de confiança” in the light of the constitutional and procedural penal principles for performance modes that are legitimate in the Portuguese legal system. In the third, and final chapter, we will start by referring the legislative developments of the figure in the Portuguese legal system, for later examine deeply the Legal Regime of Covert Actions in Law of Cybercrime, in particular, which from our point of view, seems controversial, such as the possible use of malware.

Keywords: Covert Actions; Agent Provocateur; Undercover Agent; Portuguese Criminal Procedural Law.

Lista de abreviaturas

AC- Acórdão;

ASAE- Autoridade de Segurança Alimentar e Económica;

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

CP- Código Penal;

CPP – Código de Processo Penal;

DCIAP – Departamento Central de Investigação e Ação Penal;

DL – Decreto – Lei;

GNR – Guarda Nacional Republicana;

LOIC- Lei de Organização e Investigação Criminal;

MP – Ministério Público;

OPC – Órgãos de Polícia Criminal;

PGR – Procuradoria Geral da República;

PJ – Polícia Judiciária;

PSP – Polícia de Segurança Pública;

RJAE – Regime Jurídico das Ações Encobertas;

SEF- Serviço de Estrangeiros e Fronteiras;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

TC – Tribunal Constitucional;

TCIC – Tribunal Central de Instrução Criminal;

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra;

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães;

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa;

TRP – Tribunal da Relação do Porto.

Índice

Capítulo I – Um novo contexto mundial e os desafios colocados ao direito processual penal ...	11
Capítulo II – Considerações gerais sobre as ações encobertas	
1- Enquadramento histórico	17
2- Demarcação dogmático-conceitual dos homens de confiança	19
2.1- Da realidade física à realidade virtual – os homens de confiança em ambiente digital	27
3- A admissibilidade dos homens de confiança face aos princípios constitucionais e processuais penais	32
Capítulo III – As ações encobertas à luz do processo penal português	
1- Enquadramento legal	43
2- A Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto	45
2.1 - Requisitos e questões controversas do regime geral	45
2.2 - O Agente Encoberto e o seu valor probatório	65
2.3 – A (ir)responsabilidade penal do agente encoberto	73
2.4 – O recurso a outros meios de obtenção de prova no âmbito das ações encobertas	83
3- O artigo 19º da Lei do Cibercrime	85
3.1- Breves considerações introdutórias sobre a investigação criminal em ambiente digital	85
3.2 - Requisitos de admissibilidade e âmbito de aplicação	87
3.3- A utilização de meios e dispositivos informáticos no âmbito de uma ação encoberta em ambiente digital	89
Conclusões	97
Bibliografia	103

Modus Citandi

Apenas na primeira referência bibliográfica a citação da obra será feita através da exposição de todos os elementos necessários à sua correta identificação. Nas referências subsequentes, a citação será efetuada apenas pela identificação do Autor e pela designação *op.cit.* ou, quando o Autor seja referido em mais de uma obra, pela indicação do mesmo e pela abreviatura da obra.

Capítulo I

Um novo contexto mundial e os desafios colocados ao direito processual penal

Ao longo da história apareceram diversos sistemas de direito processual penal, sendo que é comum destrinçá-los através de dois principais modelos: o modelo de tradição acusatória e o modelo de tradição inquisitória.

O modelo de tradição acusatória¹ tem como principal caractere a imparcialidade do julgador, visto que, segundo este modelo, a entidade que acusa não é aquela que julga. Podemos apontar ainda como características deste modelo, a título de exemplo, a prossecução da verdade processual, que seria apurada no julgamento aquando do confronto entre as duas partes envolvidas, a oralidade e a publicidade do processo. Ao invés, no modelo de tradição inquisitória², a acusação e o julgamento são levados a cabo pela mesma entidade (o denominado juiz-acusador), o que, como é fácil de observar, não garante a imparcialidade do julgamento. Este modelo tinha como escopo a descoberta da verdade material, que teria de ser apurada a qualquer custo, inclusive, sacrificando a integridade física e moral do suspeito ou arguido, empregando atos de tortura, caso fosse necessário para a obtenção de prova.

Em Portugal vigora, atualmente, um sistema misto, isto é, existem características de ambos os modelos no nosso Direito Processual Penal. A título de exemplo, é dado privilégio ao apuramento da verdade material, tal como no modelo de tradição inquisitória, mas, como veremos ao longo desta dissertação, esse apuramento não poderá ser obtido a qualquer custo, nomeadamente sacrificando direitos fundamentais do cidadão, sendo que a entidade que acusa não é a mesma que julga, tal como no modelo de tradição acusatória, privilegiando assim a imparcialidade do julgamento.

A dignidade da pessoa humana³ constitui um dos pilares essenciais do Ordenamento Jurídico Português⁴, razão pela qual, o processo penal português está umbilicalmente ligado a esse mesmo princípio.

¹ Este é o modelo que vigora em Inglaterra e nos Estados Unidos da América.

² Este modelo vigorou em Estados sob vigência de regimes políticos autoritários. Atualmente, não vigora em nenhum ordenamento jurídico.

³ Consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

⁴ O princípio da dignidade da pessoa humana surge, desde logo, plasmado no Artigo 1º da CRP.

Se olharmos para a história, podemos, desde logo, verificar que durante o período de ocupação visigoda da Península Ibérica (Séculos V a VIII) foram emanadas diversas normas que tinham como preocupação o respeito pela integridade do arguido, a rejeição de meios de prova indignos⁵. António Lemos Soares, impressionado com a visão intelectual demonstrada pela monarquia visigoda, escreve que “...em pleno século VII, a monarquia visigoda como que antecipa, se nos é permitida a expressão, várias normas que nos nossos dias, constituem o acervo jurídico-penal do mundo Ocidental”⁶.

Após 1143, não podemos deixar de destacar as Ordenações Afonsinas⁷, que consistem na génese de várias normas de direito penal substantivo e adjetivo que muito influenciaram a evolução do direito português e onde é, também, dada ênfase à proteção da dignidade da pessoa humana.⁸ Mais recentemente, na primeira metade do século XX, mais concretamente em 1929, surge um CPP que, fruto do ambiente social e político vigentes, contempla um conjunto de soluções autoritárias⁹, em que a verdade material teria de ser obtida a qualquer custo. No entanto, em 1972, após uma revisão à Constituição de 1933, que foi muito influenciada pelas tendências e ideais europeus que conduziram à celebração da CEDH, surgiu a necessidade de fazer alterações ao CPP, que à data, era ainda o Código de 1929.

Assim, à data, confrontaram-se duas correntes de pensamento antagónicas. Uma dessas correntes entendia que o paradigma do CPP não deveria ser alterado, visto que se mostrava adequado à descoberta da verdade material e ao combate ao crime, havendo apenas que fazer algumas alterações no que respeitava à obtenção de prova. A outra corrente, de carácter humanista, defendia uma reforma profunda para que o

⁵ Importa realçar que tais normas visavam, sobretudo, a proteção da integridade física e moral dos arguidos bem como dos restantes sujeitos de processo penal. Para além do Código Visigótico, importa realçar o XIII Concílio de Toledo de 683, onde foram fabricadas diversas normas de índole processual penal.

⁶ SOARES, António Lemos, “Notas sobre os fundamentos do processo penal português” in Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coordenação de Mário Monte, Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro, Flávia Loureiro, Coimbra Editora, 2009, página 295.

⁷ Apesar da incerteza, é de admitir que as Ordenações Afonsinas tenham sido publicadas em 1446 ou 1447. Estão sistematizadas em 5 livros e em centenas de títulos. A grande maioria das normas jurídicas de direito penal e direito processual penal estão plasmadas no Livro V.

⁸ A título de exemplo, pode ser apontada a Lei de D. Afonso II promulgada na Cúria de Coimbra de 1211 e que consta do Livro V, onde o Rei previa a possibilidade de se suspender a execução de sentenças de morte ou de mutilação, para que o processo pudesse ser analisado com prudência e imparcialidade por parte das instâncias judiciais. Conferir: SOARES, António Lemos, “Op. Cit.” página 313.

⁹ A título de exemplo, eram desconhecidos os métodos proibidos de obtenção de prova, o que legitimava o empreendimento de tortura física ou moral para obtenção de meios de prova.

processo penal se tornasse num mecanismo eficaz de proteção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, nomeadamente o direito a uma intervenção do juiz sempre estivesse em causa a liberdade do arguido.¹⁰

No entanto, é a partir de 1974, em virtude da instauração de um verdadeiro regime democrático, que passamos a ter um direito processual penal assente na dignidade da pessoa humana e verdadeiramente dotado de mecanismos que permitem a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O processo penal, e por seu intermédio, visa a averiguação da existência de crime e a aplicação, em caso afirmativo, do direito penal, tendo como fio condutor a verdade material e como finalidade a realização da justiça, a preservação dos direitos fundamentais do cidadão e o restabelecimento da paz jurídica da comunidade.

Porém, o próprio processo penal enfrenta muitos desafios à presente data, em virtude de um novo contexto mundial. Germano Marques da Silva sufraga que existem, atualmente, duas tendências contraditórias ao nível do direito processual penal. A primeira tendência diz respeito ao aprofundamento do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, sendo que, a segunda, perigosa, está relacionada com o “*populismo securitário*”, através do qual se pretende transformar o direito processual penal numa arma contra o crime, o que significará a “*negação do direito processual penal de matriz democrática*”.¹¹ Ora, esta segunda tendência proferida por Germano Marques da Silva deve-se, sobretudo, a uma cultura de medo instalada no seio dos cidadãos, fruto de diversos fenómenos mundiais, e impulsionada pelos media.

Alicerçado em fenómenos como a globalização, na sua vertente social, económica, política e cultural, e a evolução e o progresso tecnológico, que se acentuou nas últimas décadas do século XX, mantendo-se até aos dias de hoje, o mundo tornou-se diferente e muito complexo.

De facto, as novas tecnologias, para além de nos proporcionarem inúmeras vantagens, como por exemplo, a possibilidade de uma aproximação global das pessoas ou o acesso mais célere à informação, por outro lado, também acarretam desvantagens,

¹⁰ SILVA, Germano Marques da, “*Tendências atuais do Processo Penal de 1929 rumo ao futuro*” in *Juris – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Angola*, v.2 n.2 Novembro de 2017, páginas 158 e 159.

¹¹ SILVA, Germano Marques da, “*Tendências atuais...*”, página 159.

nomeadamente possibilitam e facilitam a prática de infrações criminais¹², que em virtude da sua própria natureza, dificultam bastante a prevenção e investigação criminal.

De modo a perceber essa tal complexidade, surge a denominada “*sociedade de risco*”, um estudo analítico apresentado pelo alemão Ulrich Beck, que demonstra, na ótica de José Braz, que estamos perante “*riscos reais, ligados à má utilização de determinadas tecnologias (nucleares, genéticas, químicas) que, uma vez desencadeados aqui e agora, podem, não só em tese, como na prática, produzir efeitos incalculáveis noutra tempo e noutra espaço, conduzindo mesmo, in extremis, ao holocausto planetário.*”¹³ Ora, se vivemos hoje na tal “*sociedade de risco*” e se é inegável que os fenómenos referidos anteriormente contribuíram para uma mudança à escala planetária, também a criminalidade subiu de patamar e passou a ser altamente organizada¹⁴, constituindo novos riscos para todos, e em especial ao Estado.

Muitas vezes ouvimos ou lemos alguém que se refere ao dia 11 de Setembro de 2001 como o dia em que “o mundo mudou”, numa referência aos ataques terroristas levados a cabo pela Al-Qaeda em território norte-americano, isto apesar do terrorismo não ser algo que surgiu apenas a partir desse dia.¹⁵ Não podemos negar que a partir dessa data, a sensação de insegurança aumentou e muito, pois ficou demonstrada a fraqueza e insuficiência dos métodos tradicionais de prevenção e investigação criminal.

A denominada “*criminalidade organizada*”¹⁶ elevou o nível de exigência securitária por parte dos cidadãos, que exigem que o Estado adote medidas, no sentido de garantir a sua segurança, combatendo eficazmente essa criminalidade.

¹² Ao nível do cibercrime, podemos apontar 8 características especiais: a transnacionalidade, a atemporalidade, o anonimato, a automatização, a repetibilidade, a rapidez, a organização e a intangibilidade. Conferir: CALLEJA, Álvaro Manuel Monge, “*A Investigação criminal face à Globalização e ao Cibercrime*” in *Investigação Criminal*, Lisboa, nº 11 (Fevereiro 2017), página 176.

¹³ BRAZ, José, “*Investigação Criminal: A Organização, o Método e a prova: Os Desafios da Nova Criminalidade*” 3ª edição, Almedina, 2017, página 295.

¹⁴ As organizações criminais são estruturas complexas altamente “*hierarquizadas e estratificadas que manejam enormes somas de dinheiro, e que possuem a última tecnologia que existe no mercado, podendo por isso dizer-se que são delinquentes sofisticados.*” PÉREZ, Marta del Pozo, “*El Agiente Encubierto como Medio de Investigación de La Delicuencia Organizada en la Ley Española*”, páginas 273-279.

¹⁵ Na ótica do pensamento de José Braz, o terrorismo não é um fenómeno apenas dos nossos tempos, pois podemos apontar quatro fases distintas ao longo da história: o terrorismo de Estado, o terrorismo de ordem internacional, o terrorismo assimétrico e, por último, o terrorismo internacional. Conferir: BRAZ, José, “*Op.Cit.*”, páginas 307 a 310.

¹⁶ Não existe um conceito único de criminalidade organizada. Porém, neste campo, a União Europeia aponta onze características necessárias para identificar uma organização criminosa, a saber: a) a colaboração de duas ou mais pessoas; b) o carácter permanente da organização; c) o cometimento de

Neste cenário, o Estado depara-se com o confronto entre, por um lado, a eficácia e a exigência da justiça penal e, por outro, a necessidade de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, pois não se poderá atingir a justiça penal a qualquer custo. No fundo, terá de existir um equilíbrio entre esses dois vetores em constante tensão, de modo a que não se descredibilize e se vulgarize o próprio direito penal. O direito penal moderno, nas palavras de Guedes Valente “*aparece com o desiderato de limitar a ação punitiva do soberano – Estado – (...) e, desta forma, proporcionar, manter e restabelecer uma paz jurídica e social adequadas a dotar os homens de uma liberdade própria e legitimante do exercício efetivo dos seus direitos fundamentais pessoais*”.¹⁷ Se não existir um ponto de equilíbrio entre estes dois vetores, podemos cair na tentação de recorrer ao direito penal do inimigo¹⁸ para combater certo tipo de criminalidade, o que, a acontecer, seria eficaz, mas eticamente inadmissível.

A propósito, tal como afirma Paulo Pinto de Sousa, o atual contexto mundial “*exige do processo penal a árdua tarefa de rever conceitos tradicionais, adequando-os ao tempo e ao espaço, por meio do filtro da eficiência penal*”, sem olvidar que “*tal eficácia terá de respeitar os direitos fundamentais dos investigados ou acusados*”.¹⁹ O direito penal moderno obriga a que se olhe o “*direito penal como direito de liberdade e o direito processual penal como o direito por excelência dos inocentes*”²⁰. Entre a Justiça e a Segurança, entre a necessidade de investigar um crime e a cautela com que se deve enfrentar um presumido inocente (artigo 32º, nº2 da CRP), entre a verdade material, como objetivo, e a dignidade do suspeito, como garantia, é “dever” de um

delitos graves; d) o lucro como objetivo; e) a organização e a distribuição interna de tarefas; g) atividade internacional; h) recurso à violência; i) utilização de estruturas comerciais ou de negócios; j) o branqueamento de capitais; k) o exercício de pressões sobre poderes públicos. Importa destacar que as quatro primeiras características terão de estar presentes cumulativamente, sendo que as restantes dependem do tipo de organização. Conferir: BRAZ, José, “*Op.Cit.*”, páginas 302 e 303.

¹⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo*” 2ª edição, Almedina, 2017, páginas 18 e 19.

¹⁸ A doutrina do direito penal do inimigo, que encontra em Günther Jakobs o seu principal defensor, assenta na ideia de que há que efetuar uma distinção entre, por um lado, um direito penal do cidadão e, por outro lado, um direito penal do inimigo. Assim sendo, à criminalidade menos grave aplicar-se-ia um direito penal do cidadão, com todas as garantias penais e processuais penais, e à criminalidade mais grave (exemplo: crime de terrorismo) aplicar-se-ia um direito penal do inimigo, que vedaria ao autor todas as garantias penais e processuais penais. No fundo, à luz desta doutrina, todo o cidadão que praticasse um crime grave, que demonstrasse o seu desprezo pelo contrato social, seria encarado como um cancro societário, uma “não pessoa”, à qual ficaria reservada a aplicação de medidas de segurança que visariam fazer face à sua perigosidade, vide JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, “*Derecho Penal del enemigo*”, Civitas, Madrid, 2003.

¹⁹ SOUSA, Paulo Pinto de, “*Ações Encobertas. Meio Enganoso de Prova? Agente Infiltrado e Agente Provocador – Outras questões*” in Revista do CEJ, Lisboa, n.14(2.sem.2010), página 231.

²⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*Direito Penal...*”, página 74.

processo penal digno do Estado de Direito harmonizar as suas antinómicas finalidades, de modo a salvar o essencial de cada uma.

Ora, perante este novo contexto mundial, surgem os métodos ocultos de investigação criminal. Importa referir que o recurso a métodos ocultos de investigação criminal não pode ser banalizado nem pode constituir o paradigma da investigação criminal, apesar de vivermos num tempo histórico propício à aceitação de tais medidas, uma vez que existe o tal sentimento de insegurança latente nas sociedades modernas. Em termos de Processo Penal, como refere Eduardo Maia Costa, é importante salientar que *“vários princípios fundamentais, considerados como aquisições civilizacionais, sofrem grave lesão: desde logo o direito do arguido ao silêncio, e a não se autoincriminar; mas também o princípio da transparência e da lealdade da atuação da entidade que investiga e acusa, e ainda o princípio da igualdade de armas entre os sujeitos processuais”*²¹. Costa Andrade escreve que os métodos ocultos de investigação criminal *“representam uma intromissão nos processos de ação, interação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do facto nem dele se apercebam”*²².

As Ações Encobertas são, como veremos, um dos métodos ocultos de investigação criminal que constam da panóplia prevista no ordenamento jurídico português. É sabido que recorrer a tal método acarreta uma inquestionável danosidade na esfera jurídica da pessoa visada²³, por isso a sua admissibilidade, a efetuar à luz de cada caso concreto, terá necessariamente de passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade, plasmado no artigo 18º, nº2 e 3 da CRP, não descorando o respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º da CRP.

²¹ COSTA, Eduardo Maia, *“Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício (org. MARIA JOÃO ANTUNES)”*, Coimbra Editora, 2014, página 358.

²² ANDRADE, Manuel da Costa, *“Bruscamente no verão passado”*, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, RLJ, Ano 137, nº3950, Maio-Junho 2008, página 277.

²³ A propósito, tal como afirma Mária de Fátima Mata-Mouros, *“Longe vão os tempos da crueza da tortura. Hoje os métodos são outros, mais discretos e silenciosos, mas quantas vezes, nem por isso, menos traiçoeiros.”* MATA-MOUROS, Mária de Fátima, *“Juiz das liberdades: desconstrução de um mito do processo penal”*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, página 21.

Capítulo II – Considerações gerais sobre as ações encobertas

1- Enquadramento histórico

Na sua origem, não se denominavam por ações encobertas quaisquer modalidades de atuação assumidas pelo funcionário de investigação criminal, quer este atuasse como provocador, infiltrado ou até como mero informador, enquadrando-se estas no conceito amplo de *agent provocateur*, contudo, podemos afirmar que têm origem no *Ancien Regime* francês, sensivelmente no século XVII. Em 1667, o rei Luís XIV cria o Lugar-Tenente da Polícia de Paris, que surge como uma lufada de ar fresco no combate à elevada criminalidade que assolava o país. No entanto, o combate à criminalidade não era a única finalidade desta polícia, pois desempenhou um papel importante na identificação dos inimigos políticos do regime. A propósito, tal como Ruíz Antón escreve, “*a história, e também o presente, revelam-nos como os mais diferentes sistemas políticos se serviram de agentes provocadores para conseguir o efeito desejado*”.²⁴

É no seio desta polícia que surge uma unidade especial, composta por 20 inspetores da polícia, denominada de “*bureau de surêté*”, que levava a cabo ações encobertas, sendo que recorriam a três categorias de informadores: os *observateurs*, os *espions* e os *basse*.²⁵

Como veremos ao longo desta dissertação, ao passo que hoje existe claramente uma distinção entre a figura do informador e a figura do agente encoberto, infiltrado ou provocador, nesta época histórica tal não acontecia, sendo que era comum que todas estas figuras, no fundo, se enquadrassem no conceito amplo de *agent provocateur*.²⁶

Porém, é já no século XVII, sob alçada de Joseph Fouché, que se atinge o apogeu destes informadores.²⁷ Eugène Vidocq, um “criminoso reformado”, assume, em 1811, a chefia da *Bureau de Surêté na préfecture de police de Paris*. Eugène Vidocq

²⁴ ANTÓN, Luis Felipe Ruiz, “El Agente Provocador en el Derecho Penal”, Madrid, 1982, página 6, nota 3 *apud* ONETO, Isabel, “O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas”, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, página 23.

²⁵ PEREIRA, Vitor, “Contributo para o estudo das ações encobertas: breve resenha histórica” in *Investigação Criminal*, Lisboa, n.10, (Maio 2016), página 105.

²⁶ ONETO, Isabel, “*Op.Cit.*”, página 21.

²⁷ Segundo consta, só em Paris, Fouché tinha 10.000 colaboradores. Conferir: PEREIRA, Vitor, “*Op. Cit.*”, página 106.

tratou-se “*de um mestre criativo em matéria de comportamentos encobertos, tendo imprimido à sua arte grande reconhecimento formal*”.²⁸

Entretanto, o recurso a ações encobertas alastrou por diversos países europeus e, como é natural, Portugal não constituiu exceção. As primeiras referências sobre recurso a ações encobertas aparecem nas Ordenações Filipinas, onde remotamente se destaca o recurso a informadores para fins de investigação criminal.²⁹ Na Alemanha, as ações encobertas surgiram, igualmente, como um meio de combate ao crime e aos inimigos políticos do regime, sendo imperial destacar o papel do diretor da Polícia de Berlim, Wilhelm Stieber, que em 1852 transformou o Gabinete de Segurança (*Scherheitsburo*) num departamento de investigação criminal (*Kriminal Polizei*), permitindo aos agentes do departamento recorrer a ações encobertas. No território alemão, surgiram, logo à partida, como tema de debate, dúvidas sobre o *modus operandi* desses agentes. Houve desde logo uma preocupação de impedir o recurso à figura do agente provocador.³⁰ No Reino Unido, é no ano de 1928 que surge a primeira definição de agente provocador, segundo a qual será aquele que “*incita outrem a cometer uma determinada transgressão da lei que de outra maneira não teria cometido e que depois testemunha contra ela no âmbito dessa infracção*.”³¹

No entanto, as ações encobertas, em virtude da sua importância e eficácia, também atravessaram o Oceano Atlântico e passaram a ser utilizadas pelas forças de segurança dos Estados Unidos da América, igualmente para fins criminais e políticos. Nos Estados Unidos da América, já na segunda metade do século XIX, após a Guerra Civil, a utilização deste método surge, inicialmente, para assegurar o cumprimento das medidas relativas à resistência popular, como por exemplo, a proteção de direitos civis das comunidades negras e ao combate ao fabrico ilícito de bebidas alcoólicas.³² Mais tarde, em plena Guerra Fria, por volta de 1960, as ações encobertas levadas a cabo pelo FBI visavam os suspeitos de apoio ao Comunismo e ao Fascismo, bem como os

²⁸ *Idem, Ibidem*, página 106.

²⁹ *Idem, Ibidem*, página 112.

³⁰ *Idem, Ibidem*, página 107.

³¹ SHARPE, Sybil, “*Covert Police Operations and the Discretionary Exclusion of Evidence*” in *Criminal Law Review*, Londres 1994, página 795, nota 14 *apud* ONETO, Isabel, “*Op.cit.*”, páginas 24 e 25.

³² *Idem, Ibidem*, página 109.

movimentos sociais responsáveis por distúrbios civis, como é exemplo disso o *New Left*³³.

Porém, a utilização de agentes encobertos está umbilicalmente ligada à declaração da “guerra às drogas” por parte dos Estados Unidos da América nos anos 80 do século XX, acentuada pela “guerra ao terrorismo” desencadeada no início do século XXI. Tal necessidade, como sufraga Eduardo Maia Costa deveu-se à “*diminuta permeabilidade das organizações criminosas à recolha de informações úteis para a investigação. “Penetrar no interior” dessas organizações seria a única forma de obter provas. Doutra forma, o Estado e a sociedade ficariam desarmados perante o crime organizado.*”³⁴ A Organização das Nações Unidas, através da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, dispôs no nº1 do Artigo 20º desse diploma legal que as ações encobertas são um método a adotar para combater eficazmente a criminalidade organizada.³⁵

É inegável que as ações encobertas são encaradas atualmente como um método de prevenção e investigação criminal de extrema importância, dada a sua eficácia. Estão consagradas em diversos ordenamentos jurídicos, como veremos adiante, sendo que uns são mais permissivos do que outros.

2- Demarcação dogmático-conceitual dos homens de confiança

Em primeiro lugar, importa frisar que não existe uma uniformidade na doutrina no que toca às diferentes modalidades que a atuação dos homens de confiança³⁶, em sentido amplo, pode assumir.

³³ O *New Left*, nos Estados Unidos da América, foi um grupo de movimentos populares que lutava por diversas causas, como por exemplo, o fim da Guerra do Vietname, a igualdade de géneros, entre outras.

³⁴ COSTA, Eduardo Maia, “*Op. Cit.*”, página 358.

³⁵ Disponível em:

http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_nu_criminalidade_organizada_transnacional.pdf ; Consulta efetuada no dia 27 de Outubro de 2018.

³⁶ O conceito amplo de homens de confiança foi conjeturado, na ótica da doutrina alemã, por Costa Andrade e compreende “*todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da persecução penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e atividade. Cabem aqui tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia (...), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contato;*” e quer se limitem à recolha de informações (...), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime.” Conferir: GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*Lei e Crime – o agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*”, Almedina, Coimbra, 2001, página 220.

No âmbito das ações encobertas, deparamo-nos com expressões como “agente infiltrado ou encoberto” e “agente provocador”. Na verdade, e apesar de muitas vezes empregues com sentido unívoco, a cada um destes termos corresponde um significado próprio, o qual consideramos ser relevante determinar, até porque, como veremos, o regime (substantivo e processual) a aplicar variará consoante o tipo de agente em causa.

A generalidade dos autores não estabelece uma divisão tripartida (Agente Provocador, Agente Infiltrado e Agente Encoberto), assumindo que apenas importa distinguir entre a atividade de provocação e a de infiltração. Porém, Alves Meireis, defende a distinção entre infiltrado e encoberto, alegando que o agente encoberto é uma figura mais afastada do agente provocador do que o agente infiltrado, uma vez que a sua atuação se caracteriza pela “*absoluta passividade relativamente à decisão criminosa*”.³⁷ Duarte Nunes, igualmente defensor de uma classificação tripartida, tal como Alves Meireis, entende, no entanto, que a figura do agente encoberto “*poderá ir um pouco mais além da mera frequência de tais locais*”, podendo este assumir o papel de “*vítima potencial (mendigo, vagabundo, toxicod dependente...)*” e, inclusive, conversar com os suspeitos que se encontrarem no local, para, eventualmente, proceder à sua detenção em flagrante delito, sendo que para deter tais suspeitos estarão posicionados outros agentes de polícia em posição estratégica.³⁸ Ora, no que diz respeito à figura do agente encoberto, a posição sufragada por Duarte Nunes, relativamente à defendida por Alves Meireis, apenas tem um ponto em comum, que se traduz na atuação sem conquistar a confiança do visado. Assim sendo, cumpre-nos distinguir as três figuras em apreço.

Começemos pelo agente provocador. É pela mão de Eduardo Correia que surge em Portugal a primeira referência doutrinária ao agente provocador, que o refere como “*aquele que provoca outrem a executar uma atividade criminosa, não porque a queira, mas porque pretende arrastar aquele que determina para a punição.*”³⁹ Germano Marques da Silva escreve que “*a provocação não é apenas informativa, é formativa; não revela o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso*”⁴⁰, isto é, o suspeito ou arguido comete um crime na sequência da atuação do agente

³⁷ MEREIS, Manuel Augusto Alves, “*O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*”, Almedina, Coimbra, 1999, página 192.

³⁸ NUNES, Duarte Rodrigues, “*Os meios de obtenção de prova previstos na Lei do Cibercrime*”, 1ª edição, Gestlegal, 2018, página 197.

³⁹ CORREIA, Eduardo, “*Direito Criminal*”, II, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1992, página 253, nota de rodapé 1.

⁴⁰ SILVA, Germano Marques da, “*Meios Processuais expeditos no combate ao crime organizado (A democracia em perigo?)*”, *Direito e Justiça*, volume XVII, 2003, página 23.

provocador. Já António Henriques Gaspar refere que o agente provocador atua “*movido pelo desejo de obter provas da prática desse crime ou de submeter o autor do facto a um processo penal e à condenação*”.⁴¹

Quanto à jurisprudência, a título de exemplo, e de acordo com o Ac. do TRL de 22 de Março de 2011 (Processo nº 182/09.6JELSB.L1-5)⁴², o agente provocador será o “*membro do órgão de polícia criminal ou alguém a seu mando que pela sua atuação enganosa sugere eficazmente ao autor a vontade de praticar o crime que antes não tinha representado e o leva a praticá-lo, quando sem essa intervenção a atividade delituosa não teria ocorrido. A vontade de delinquir surge ou é reforçada no autor, não por sua própria e livre decisão, mas como consequência da atividade de outra pessoa, o membro do órgão policial.*” Já o Ac. do TRP de 7 de Maio de 2014 (Processo nº8292/12.6TDPRT.P1)⁴³ entende que o agente provocador é “*agente do próprio crime*”.

Deste modo, é possível concluir que o agente provocador se trata de um órgão de polícia criminal, ou um particular⁴⁴, que convence outrem à prática de um crime, determinando a sua vontade para o ato ilícito, isto é, o visado não predisponha de uma vontade criminosa prévia à atuação do provocador, não desejando, contudo, o crime *a se*, mas sim recolher provas sobre o provocado, com a finalidade de o submeter a um processo penal.

Quanto ao agente infiltrado, Germano Marques da Silva entende que a atuação do agente infiltrado “*não é constitutiva do crime, mas apenas informativa*”⁴⁵, isto é, ao contrário do que sucede com o agente provocador, o agente infiltrado não alicia outrem à prática de um crime, apenas estabelece com o suspeito ou arguido uma relação de

⁴¹ GASPAR, António Henriques, “*As ações encobertas e o processo penal: questões sobre a prova e o processo equitativo*” in: Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira / Centro de Estudos Judiciários, [Coimbra], Coimbra Editora, 2004, página 46.

⁴² Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e324710ede9b8ed88025788b00345015?OpenDocument> ; Consulta efetuada a 18 de Dezembro de 2018.

⁴³ Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/af8ea15b4e5a432580257cdf0050d4dc?OpenDocument&Highlight=0,agente,infiltrado> ; Consulta efetuada a 18 de Dezembro de 2018.

⁴⁴ Como veremos adiante, no Ordenamento Jurídico Português, as ações encobertas poderão ser levadas a cabo por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob controlo de uma autoridade judiciária.

⁴⁵ SILVA, Germano Marques da, “*Bufos, Infiltrados, Provocadores e arrependidos, Os princípios democrático e da lealdade em processo penal, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica*”, volume VIII, II, 1994, página 31.

confiança pessoal com o intuito de reunir provas contra o visado. Aqui, a intenção de cometer um crime nasce no seio do próprio visado, isto é, não é a atuação do agente infiltrado que faz nascer a vontade criminosa no visado. Isabel Oneto defende que o agente infiltrado é o “*agente policial, ou terceiro sob a orientação daquele, que no âmbito da prevenção ou repressão criminal, e com o fim de obter provas incriminatórias sobre determinadas atividades criminosas, oculta a sua identidade e qualidade, podendo praticar factos típicos sem, contudo, os poder determinar.*”⁴⁶ Sandra Pereira sufraga que “*o agente infiltrado será aquele sujeito (agente da autoridade ou terceiro por si comandado) que não determina outrem a prática do crime, mantendo-se à margem da formação da vontade de cometer o ilícito criminal. Limitar-se-á a observar a eventual prática de crimes e, se necessário acompanhará a execução dos mesmos.*”⁴⁷

Alves Meireis refere ainda que a atuação do agente infiltrado compreende a prática de atos de execução caso seja necessário.⁴⁸ Do nosso ponto de vista, tal situação é justificável na medida em que o agente infiltrado, com o intuito de ganhar a confiança do visado ou de que este não desconfie da sua “identidade”, sinta a necessidade de praticar atos de execução, não comprometendo assim o sucesso da atuação.⁴⁹

Como já foi referido anteriormente, Alves Meireis e Duarte Nunes defendem a distinção entre agente infiltrado e agente encoberto, sendo que em contornos diferentes. Para Alves Meireis, o agente encoberto desenvolve atividades no exercício das suas funções que “*não determinam nem influenciam de forma alguma o rumo dos acontecimentos, naquele lugar e naquele momento poderia estar qualquer outra pessoa e as coisas aconteceriam da mesma forma.*”⁵⁰ Diferentemente, para Duarte Nunes, o agente encoberto não se confunde com a figura do agente infiltrado, pois a sua atuação não estabelece uma relação de confiança com o visado, não é tão prolongada no tempo

⁴⁶ ONETO, Isabel, “*Op. Cit.*”, página 150.

⁴⁷ PEREIRA, Sandra, “*A Recolha de Prova por Agente Infiltrado*”, *Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*”, Coordenação de Teresa Pizarro Beleza e Frederico Lacerda da Costa Pinto, 6ª Reimpressão, Almedina, 2016, página 143.

⁴⁸ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, “Homens de confiança, Congresso de Processo Penal” Almedina, Lisboa, 2006, página 94.

⁴⁹ Como veremos adiante, o Ordenamento Jurídico Português permite a prática de atos de execução por parte do agente infiltrado.

⁵⁰ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, “*Homens de confiança...*”, página 93.

como a atuação do agente infiltrado e, o agente encoberto não atua sob identidade fictícia ao invés do agente infiltrado.⁵¹

Porém, vários autores rejeitam a distinção entre a figura do agente infiltrado e a figura do agente encoberto. Para Isabel Oneto, a figura do agente encoberto, tal como é descrita por Alves Meireis, reconduz-se à figura do “*agente à paisana*”⁵² – que não é identificado porque no momento não se encontra fardado – que é obrigado a deter quem apanhar em flagrante delito, por força do artigo 255º, nº1, alínea a) do CPP. Assim, para esta autora, considerando a existência de uma dicotomia agente infiltrado/agente encoberto, só fará sentido se considerarmos este último como uma subcategoria do primeiro.

No entanto, Duarte Nunes, quando confrontado com a recondução, no fundo, da figura do agente encoberto à figura do “*agente à paisana*” por parte de Isabel Oneto, defende que, apesar de algumas semelhanças, nomeadamente a frequência de locais conotados com a prática de crimes e a finalidade de detetar a prática de infrações criminais e identificar os seus autores, refere que “*o agente encoberto, diversamente do que faria o mero “polícia à paisana”, não detém necessariamente de imediato o criminoso, assim como poderá agir como alvo do criminoso (v.g. passando-se por prostituta, mero transeunte) ou como cliente simulado ou potencial cliente (Scheinkaufer)*”.⁵³ Para David Silva Ramalho, a distinção entre o agente infiltrado e o agente encoberto, tem duas desvantagens: “*é inútil e gera confusão*”.⁵⁴

Por sua vez, Guedes Valente defende que a figura do agente encoberto não se enquadra no âmbito das ações encobertas, pois o RJAÉ é “*próprio do agente infiltrado*”, acrescentando que “*o agente encoberto não necessita de prévia autorização judicial, porque não atua ao lado dos agentes dos crimes a investigar e a prevenir. O agente encoberto é uma técnica e tática policial em que o elemento policial se encontra à espera que a infração ocorra para deter os agentes do crime.*”⁵⁵

⁵¹ NUNES, Duarte Rodrigues, “*Op. Cit.*”, páginas 200 e 201.

⁵² ONETO, Isabel, “*Op. Cit.*”, página 139.

⁵³ NUNES, Duarte Rodrigues, “*Op. Cit.*”, página 202.

⁵⁴ RAMALHO, David Silva, “*Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*”, Almedina, Coimbra, 2017, páginas 289 e 290.

⁵⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*Teoria Geral do Direito Policial*”, 5ª edição, Almedina, 2017, página 570.

Parece-nos, salvo melhor interpretação e com o devido respeito, que a figura do agente encoberto, tal como é definida por Alves Meireis, não parece ser enquadrável no âmbito do RJAЕ, pois, tal como defende Guedes Valente, trata-se de uma tática policial que é utilizada sem que haja um despacho de autorização por parte da entidade judicial competente⁵⁶. Entendemos que a definição de agente encoberto por parte de Alves Meireis reconduz, no fundo, à figura do agente à paisana, tal como sufraga Isabel Oneto.

Ora, resta-nos analisar a figura do agente encoberto nos termos sufragados por Duarte Nunes. Com o devido respeito, apesar de não estabelecer uma relação de confiança com o visado, o facto de atuar sob as vestes de uma potencial vítima ou de um potencial comprador de droga, podendo inclusive conversar com o suspeito (e qual seria o tema dessa conversação? Eventualmente, a demonstração de interesse na compra de um produto estupefaciente ao suspeito de ser traficante?) parece-nos poder resvalar, como é evidente, para a esfera da provocação, algo que, como iremos ver ao longo desta dissertação, é inadmissível num Estado de Direito cuja prevenção e investigação criminal se deve guiar pelo princípio da lealdade.

De qualquer das formas, a figura do agente encoberto, tanto na ótica de Alves Meireis como de Duarte Nunes, não é enquadrável, na nossa opinião, no âmbito do RJAЕ⁵⁷, razão pela qual iremos utilizar indistintamente os conceitos de agente encoberto e de agente infiltrado ao longo desta dissertação, de modo a evitar criar uma confusão.

Importa agora realçar que existem figuras que, apesar da sua semelhança, não se confundem com as que acabámos de analisar, a saber: os informadores⁵⁸ e os arrendidos.

⁵⁶ Como veremos adiante, o RJAЕ, plasmado na Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, dispõe que o recurso a este meio implica uma autorização expressa ou tácita por parte da entidade judicial competente, que neste caso é o Juiz de Instrução Criminal.

⁵⁷ Questão diferente será a da eventual licitude do agente encoberto, definido como tal no âmbito da distinção tripartida dos homens de confiança, como meio de obtenção de prova atípico, em consonância com o plasmado no artigo 125º do CPP. Por exemplo, Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Monteiro Guedes Valente entendem que sim. Conferir: GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*Lei e Crime...*”, páginas 303 e 304.

⁵⁸ A propósito da semelhança da figura do informador com as figuras enquadráveis no âmbito das ações encobertas, podemos apontar, a título de exemplo, o Ac. do TRP de 7 de Julho de 2016 (Processo nº 2039/14.OJAPRT.P1) onde foi suscitada tal questão ao tribunal. O tribunal entendeu que uma pessoa que tem conhecimento de que alguém planeia um crime e disso dá conta às autoridades, de forma voluntária, é enquadrável na figura do informador e não em qualquer *modus operandi* dos homens de confiança, não obstante tal pessoa ter sido contactada pelo arguido com vista a uma eventual

A figura do informador, cuja colaboração pode ser extremamente valiosa para o sucesso das investigações, pode ser entendida, na visão de Paulo Pinto de Sousa, como “*aquela pessoa cujos dados são reservados, e que, confidencialmente, fornece material informativo acerca de delitos, prestando uma valorosa ajuda aos funcionários de investigação criminal.*”⁵⁹ Assim sendo, podemos entender que o informador será uma pessoa que colabora de livre vontade com as autoridades, atuando sob a garantia da sua própria confidencialidade (algo que é compreensível, pois de outra forma a sua vida poderia estar em perigo) e na expectativa de receber uma vantagem patrimonial ou não patrimonial (algo que em termos éticos nos levanta algumas dúvidas, pois não se sabe muito bem que vantagem poderá o informador receber por parte das autoridades).

Em relação à figura do arrependido, Paulo Pinto de Sousa define-o como “*o indivíduo que, pertencendo originalmente à organização criminosa, a partir de certo momento (em troca de benefícios legais e de proteção), colabora com as autoridades judiciárias, fornecendo a estas informações suficientes para uma posterior condenação dos demais membros do grupo criminoso, em especial, daqueles que ocupam cargos de chefia dentro da estrutura hierárquica.*”⁶⁰ Inês Ferreira Leite, ao analisar a figura jurídica do arrependido, afirma que no ordenamento jurídico português é possível fazer uma distinção, que reside no tipo de intervenção do agente do crime e na forma de manifestação do arrependimento, entre duas figuras distintas: o arguido colaborador e o arguido arrependido. Segundo Inês Ferreira Leite, o arguido colaborador “*arrepende-se da prática do facto ou desiste da continuação da atividade criminosa, optando por colaborar na administração da justiça, através de uma atividade de recolha de meios de prova ou fornecendo informações relevantes que possam constituir, em si, um meio de prova.*”⁶¹, ao passo que o arguido arrependido é aquele que “*desiste da prática do*

colaboração na prática do facto típico. Disponível em :

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/cffe710b2cb8d91e8025800500475ea9?OpenDocument&Highlight=0,agente,infiltrado> ; Consulta efetuada a 18 de Dezembro de 2018.

⁵⁹ SOUSA, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 234.

⁶⁰ SOUSA, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 234 e 235.

⁶¹ A título de exemplo, podemos referir o Ac. do TRP de 18 de Novembro de 2015 (Processo nº2554/13.2TAMAI.P1) onde a colaboração de um dos arguidos foi importantíssima em diversos processos, ajudando no desmantelamento de redes que se dedicavam ao tráfico de produtos estupefacientes. Acórdão disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/16d38f55c5bcecb880257f09003dbf20?OpenDocument&Highlight=0,arguido,colaborador> ; Consulta efetuada a 27 de Dezembro de 2018.

crime ou arrepende-se mesmo, procurando evitar um dano ou ressarcindo o dano causado”^{62, 63}.

Apesar da relevância da distinção, iremos denominar como arrependido, ao longo desta dissertação, e por uma questão de interesse prático, o arguido enquanto colaborador, pois essa é a vertente mais importante no que respeita à investigação criminal. Tal como refere Inês Ferreira Leite, no fundo, “*todo o arguido “colaborador” terá que ser... “arrependido”*”.⁶⁴

A figura do arrependido enquadra-se no denominado direito premial.⁶⁵ O direito premial assume hoje particular importância no combate à criminalidade organizada. Se por um lado, podemos pensar que o facto de estarem consagradas diversas normas jurídicas de direito premial e de colaboração processual no nosso ordenamento jurídico⁶⁶ coloca em causa a eficácia da autoridade Estatal no combate ao crime, por outro lado, é inquestionável que o encorajamento à colaboração com as autoridades constitui, por vezes, a única possibilidade de penetrar no seio de organizações criminosas.⁶⁷ Veja-se, mais um caso a título de exemplo, no Ac. do TRG

⁶² Por exemplo, podemos apontar o Ac. do TRE de 29 de Novembro de 2016 (Processo nº 65/13.OGDLE.E1) onde o “arrependimento sincero” por parte do arguido levou a que o Tribunal lhe aplicasse uma suspensão da execução da pena de prisão. Acórdão disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/cfb7fe09a31f6be3802580a4005011c0?OpenDocument&Highlight=0,arrependimento> ; Consulta efetuada a 27 de Dezembro de 2018.

⁶³ LEITE, Inês Ferreira, “*Arrependido: a colaboração processual do co-arguido na investigação criminal / Inês Ferreira Leite*” in: 2º Congresso de Investigação Criminal / Organização [da] Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária (ASFIC/PJ), [e do] Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IDPCC/FDUL) ; coordenação científica [de] Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, [e] Paulo de Sousa Mendes, Coimbra, Almedina, 2010, página 385.

⁶⁴ *Idem, Ibidem*, página 386.

⁶⁵ A propósito, Rudolf von Ihering escreveu, em 1853: “*Um dia, os juristas irão ocupar-se do direito premial. E farão isso, quando, pressionados pelas necessidades práticas, conseguirem introduzir a matéria premial dentro do direito, isto é, fora da mera faculdade e do arbítrio. Delimitando-o com regras precisas, nem tanto no interesse do aspirante ao prêmio, mas sobretudo, no interesse superior da coletividade.*” Citado por José Braz em: BRAZ, José, “*Op. Cit.*”, página 329.

⁶⁶ Em Portugal, o arrependimento e a reparação do dano causado são consideradas circunstâncias atenuantes especiais da pena, conforme podemos constatar pelo plasmado nos Artigos 71, nº2, alínea e) e 72º, nº2, alínea c) do Código Penal. Em relação ao arrependimento, há até possibilidade de gerar uma isenção de cumprimento da pena. A título de exemplo, a Lei de Combate ao Terrorismo, aprovada pela Lei nº 52/2003, de 22 de Agosto, prevê, entre outros, no nº5 do Artigo 2º que “A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua atividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.”

⁶⁷ Em Itália foi fundamental no combate à Máfia. A propósito, conferir: BRAZ, José, “*Op. Cit.*”, páginas 330, 331 e 332.

de 8 de Janeiro de 2018 (Processo nº 12/16.2GAGMR.G1),⁶⁸ onde a “*colaboração imediata e ativa do arguido*” permitiu proceder à recolha de meios de prova e detenção dos restantes coarguidos, tendo o tribunal decidido atribuir uma atenuação especial da pena ao arguido em virtude da sua colaboração com as autoridades.

Convém salientar, desde já, que é importante não se confundir a figura do arrependido com a figura do informador ou da testemunha.⁶⁹ Ao passo que o arrependido é sempre alguém que aceita colaborar com as entidades judiciais após ter praticado factos suscetíveis de responsabilidade jurídico-penal, o informador é alguém que resolve colaborar de forma livre e espontânea com as autoridades, não tendo, em princípio, praticado qualquer facto ilícito, mas tendo em vista a obtenção de alguma mais valia. Já a testemunha, enquanto sujeito processual penal, está isenta de qualquer responsabilidade jurídico-penal, pois caso contrário seria constituída como arguido.

Como veremos adiante, a figura do arrependido assume particular relevância no âmbito de estudo das Ações Encobertas, visto que no ordenamento jurídico português, as ações encobertas podem ser levadas a cabo por um terceiro, sendo que esse terceiro atuará sob controlo da Polícia Judiciária. Ora, como a lei portuguesa⁷⁰ não dispõe expressamente sobre quem poderá ser esse terceiro, cabe-nos questionar se esse terceiro não poderá ser, eventualmente, um arrependido? Essa questão será abordada mais à frente nesta dissertação.

2.1 - Da realidade física à realidade virtual – os homens de confiança em ambiente digital

As ações encobertas, em ambiente digital, têm, por força da sua própria natureza, características especiais. Antes de mais, como veremos adiante, cumpre-nos dizer que as ações encobertas em ambiente digital suscitam diversas dúvidas e questões na doutrina e na jurisprudência, desde logo, pela falta de consagração legal expressa de alguns aspetos que são, necessariamente diferentes, pela sua própria natureza, do regime estabelecido pelo RJAE, que foi “pensado” apenas para o ambiente físico. O artigo 19º

⁶⁸ Acórdão disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/3e974d2351ff45af8025822d0033be16?OpenDocument&Highlight=0,trafico,de,armas> ; Consulta efetuada a 18 de Dezembro de 2018.

⁶⁹ Apesar de a figura do arrependido (arguido colaborador) não se confundir com a testemunha processual, importa referir que o arrependido usufrui de certas medidas de proteção. Conferir: Lei nº 93/99, de 14 de Julho, relativa à Proteção de Testemunhas em Processo Penal.

Esta é uma solução legislativa que se compreende, em virtude

⁷⁰ Lei nº101/2001, de 25 de Agosto.

da Lei do Cibercrime, como veremos adiante, sujeita as ações encobertas em ambiente digital ao RJAE, algo que na ótica de David Silva Ramalho “*é expressivo da tendência global de não distinguir as ações encobertas em ambiente físico das que ocorrem em ambiente digital*”. Como é fácil de observar, ambos os ambientes, físico ou digital, têm especificidades próprias, razão pela qual, é importante analisarmos as características especiais das ações encobertas em ambiente digital, que são, do nosso ponto de vista, essencialmente três, comparando-as com as ações encobertas em ambiente físico. A primeira característica especial prende-se, desde logo, com o risco da ação encoberta. Como é óbvio, a ação encoberta em ambiente físico acarreta maiores riscos para a segurança do agente encoberto do que a ação encoberta em ambiente digital.⁷¹ Ao passo que o agente encoberto físico terá de ir para o terreno, expor a sua imagem, conviver de perto com os suspeitos da atividade criminosa organizada, de modo a ganhar a sua confiança, e, inclusive, praticar, como já vimos, atos preparatórios ou executivos, o agente encoberto digital poderá atuar tranquilamente e comodamente a partir da sua secretária, não precisando de expor a sua imagem, podendo interagir com suspeitos de todos os pontos do globo, não deixando de poder, igualmente, praticar atos preparatórios e executivos sob a forma de participação, e, principalmente, “*pode falhar sem que tal implique, em geral, especiais consequências para a sua segurança*”.⁷² Depois, em segundo lugar, em ambiente digital, o agente encoberto pode desdobrar-se em diversas personalidades simultaneamente e em diferentes espaços virtuais, ao contrário do que acontece com o agente encoberto em ambiente físico, que por força da própria natureza da ação, está limitado apenas a uma identidade e ao local ou locais escolhidos em cada momento. Como escreve David Ramalho, a possível adoção de diversas personalidades por parte do agente encoberto acontece, a título de exemplo quando: “*i) participa em várias salas de chat ao mesmo tempo ostentando identidades diferentes na mesma sala ou em salas distintas (numa pode ser o pedófilo e*

⁷¹ No entanto, Belén Rizo Gómez refere, e bem, um aspeto importantíssimo. Se é certo que o facto do agente encoberto, em ambiente digital, por força das características específicas do seu campo de atuação, estar exposto a menos riscos físicos do que o agente encoberto, em ambiente físico, também é inegável que o agente encoberto, em ambiente digital, poderá, aquando da investigação a determinado tipo de crimes, como por exemplo, crimes de pornografia infantil, sofrer problemas psicológicos e, inclusive, danos morais, por estar exposto a determinado tipo de conteúdos. Conferir: GÓMEZ, Belén Rizo, “*La infiltración policial en Internet : a propósito de la regulación del agente encubierto informático en la ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*” in Justicia Penal y nuevas formas de delincuencia / director José Maria Asencio Mellado ; 1ª edição, Valencia : Tirant to Blanch, 2017, página 108.

⁷² RAMALHO, David Silva, “*Métodos ocultos...*”, página 285.

na outra um menor de idade, noutra pode ser o traficante e noutra ainda o comprador de droga), ii) quando abandona as salas de chat e, num espaço de segundos, retorna com uma ou mais identidades distintas, iii) ou quando adota a identidade de uma outra pessoa próxima do visado, apropriando-se da sua conta de utilizador”.⁷³ Por último, a interação social em ambiente digital é substancialmente diferente da interação social em ambiente físico, pois em ambiente digital, de uma forma geral “a ocultação de identidade é a regra perante todos, sendo a identificação pessoal a exceção”, pois basta entrar num chat para facilmente percebermos que os utilizadores utilizam *usernames* ou *nicknames* que não corresponderão à sua verdadeira identidade.⁷⁴

Ora, estas três características tornam especiais as ações encobertas em ambiente digital. Se por um lado, a atuação do agente encoberto digital oferece um menor risco à sua segurança, por outro lado, o facto de o agente encoberto digital poder assumir, de forma simultânea, diversas identidades e frequentar diversos espaços virtuais, leva a que exista um potencial de danosidade social superior ao da ação encoberta em ambiente físico, razão pela qual a ação encoberta em ambiente digital “*implica um dever acrescido de controlo por parte da autoridade judiciária e uma obrigação de registo permanente de toda a atividade empreendida pelo agente no decurso da ação*”.⁷⁵

Já no que diz respeito às tipologias que a atuação do agente encoberto digital pode assumir, segundo David Silva Ramalho, há que distinguir três situações distintas: a) A permanência ou interação pública em chats, fóruns, websites ou blogs acessíveis mediante registo prévio; b) Interação privada diretamente com indivíduos determinados; c) Infiltração em estruturas organizadas dedicadas à prática de crimes.⁷⁶ Das três tipologias descritas por David Silva Ramalho, o autor entende que a primeira das quais, a permanência ou interação pública em chats, fóruns, websites ou blogs acessíveis mediante registo prévio, não se enquadra no âmbito das ações encobertas, desde que se verificam determinadas condições:” i) *a livre acessibilidade do website, ainda que mediante um registo prévio formal ou através da descoberta da respetiva localização;* ii) *o recurso, por parte do agente, a um nome de utilizador neutro e sem relação com o conteúdo do website em causa;* iii) *a não interação com os presentes, em público ou*

⁷³ *Idem, Ibidem*, página 285.

⁷⁴ *Idem, Ibidem*, página 293.

⁷⁵ *Idem, Ibidem*, página 286.

⁷⁶ *Idem, Ibidem*, página 294.

privado; iv) a imediata comunicação de indícios da prática de ilícitos de natureza criminal para início formal do inquérito criminal, quando não haja um ainda em curso; v) a frequência exclusiva de websites nos quais haja suspeitas da prática de ilícitos; vi) o registo das comunicações apenas quando criminalmente relevantes.”⁷⁷

Relativamente à primeira tipologia referida por David Silva Ramalho, concordamos com a sua ideia, pois parece-nos evidente, atendendo, como é óbvio às circunstâncias especiais do mundo virtual, que, no fundo, tal modo de atuação parece-nos semelhante ao agente encoberto ou “agente à paisana”, na ótica de Isabel Oneto e de Guedes Valente, pois a sua presença no website ou noutra plataforma digital, em nada influenciará o rumo dos acontecimentos. Já em relação à segunda e terceira tipologias sufragadas por David Silva Ramalho, a interação privada diretamente com indivíduos determinados e a infiltração em estruturas organizadas dedicadas à prática de crimes, o autor entende que estão enquadradas no âmbito das ações encobertas. Não nos parece existir quaisquer dúvidas que a segunda e terceira tipologia são, claramente enquadráveis no âmbito das ações encobertas. Porém, como veremos, a sua admissibilidade terá de respeitar o plasmado no artigo 19º da Lei do Cibercrime e no RJAÉ.

Ligeiramente diferente do entendimento sufragado por David Silva Ramalho, Duarte Nunes, recorrendo à classificação tripartida que a atuação dos homens de confiança pode assumir⁷⁸, que como já vimos, tem algumas nuances relativamente à classificação defendida por Alves Meireis, entende que o agente encoberto, em ambiente digital, “*podará consistir no “patrulhamento” de sítios na Internet, Chats ou newsgroups abertos ou acedidos com o consentimento de um dos participantes, de redes P2P e outras zonas de risco do Mundo Virtual.*”⁷⁹ No entanto, em relação ao agente encoberto, em ambiente físico, Duarte Nunes entende que não será possível ao agente encoberto digital atuar como vítima potencial, pois se, isso acontecer, passará a ser um agente infiltrado.

Ora, como é bom de se ver, o agente encoberto, em ambiente digital, tal como é definido por Duarte Nunes, parece-nos enquadrável na primeira tipologia defendida

⁷⁷ *Idem, Ibidem*, página 297.

⁷⁸ Duarte Nunes entende que “*O agente encoberto não se confunde com o agente infiltrado...*” e que “*o agente infiltrado não se confunde com o agente provocador*”. Conferir: NUNES, Duarte Rodrigues, “*Op. Cit.*”, páginas 200 e 201.

⁷⁹ *Idem, Ibidem*, página 197.

por David Silva Ramalho. Contudo, como já vimos anteriormente, Duarte Nunes tem um entendimento diferente no que à figura do agente encoberto diz respeito, pois apesar de defender que a sua atuação não se enquadra no RJAE, refere que este pode interagir com os visados, nomeadamente em ambiente físico, algo que, no nosso entendimento, pode levar ao risco de a atuação resvalar para o campo da provocação, e, eventualmente, gerar responsabilidade jurídico-penal por parte do agente encoberto. Assim, se o agente encoberto, tal como é definido por Duarte Nunes, se limitar a vigiar o que acontece num determinado website, nas condições apontadas por David Silva Ramalho, nomeadamente, não estabelecendo qualquer tipo de conversa com o visado ou visados, tal conduta será admissível, mas não se enquadrável no âmbito do RJAE. Relativamente ao agente infiltrado, em ambiente digital, Duarte Nunes entende que a sua atuação “consistirá em frequentar o Mundo virtual, utilizando uma identidade fictícia, ganhando a confiança dos visados, mantendo-se a par dos acontecimentos e acompanhando a execução dos factos, interagindo com outros participantes em chats, websites, blogs ou fóruns (livremente acessíveis ou de acesso reservado) praticando atos preparatórios ou mesmo de execução (caso tal se mostre necessário), mas sem determinar ninguém à prática de infrações.”⁸⁰ Já o agente provocador, no plano digital, “consistirá em frequentar o Mundo virtual, com utilização de uma identidade fictícia e convencer outrem a cometer crimes que, não fosse a sua atuação, jamais cometeria.”⁸¹ No que diz respeito às figuras do agente infiltrado e/ou provocador, em ambiente digital, não nos restam dúvidas que ambas se coadunam com as restantes tipologias sufragadas por David Silva Ramalho.

No que diz respeito à figura do agente provocador, nomeadamente para aferir se existe provocação, importa referir que a simples utilização de um *nickname* sugestivo poderá levar à qualificação da conduta como provocatória. A propósito, a *Terre des Hommes*, uma Organização Não Governamental holandesa, desenvolveu um projeto em 2013, através do qual criou uma menina virtual, a “*Sweetie*”, com nacionalidade filipina e 10 anos de idade, em que durante 10 semanas frequentaram *chats* conotados com a presença de suspeitos de aliciamento de menores para o estabelecimento de relações

⁸⁰ *Idem, Ibidem*, página 199.

⁸¹ *Idem, Ibidem*, página 200.

sexuais. Durante essas 10 semanas, foi possível identificar mais de 20000 homens interessados em ter relações sexuais com a “Sweetie”.⁸²

Em suma, em ambiente digital, podemos encontrar às mesmas tipologias de atuação dos homens de confiança já definidas e “pensadas” para a realidade física. Reafirmamos assim que, o agente encoberto, em ambiente digital, tal como é definido por Duarte Nunes, não se enquadrará no âmbito do RJAE, pelo que, no âmbito das ações encobertas, em ambiente digital, há que enquadrar apenas a figura do agente infiltrado, provocador e, como veremos, um terceiro sob controlo da autoridade judiciária.

3- A admissibilidade dos homens de confiança face aos princípios constitucionais e processuais penais

Uma vez feita a distinção em termos dogmático-conceituais, quer em ambiente físico e digital, cumpre-nos agora averiguar se as figuras do agente infiltrado ou encoberto e do agente provocador são admissíveis à luz do nosso ordenamento jurídico, isto é, se têm ou não enquadramento constitucional e processual penal, sendo que, relativamente ao direito processual penal há que ter em conta os seus princípios gerais, que “*dizem respeito à estrutura do processo, à ação penal, à produção da prova e à decisão ou à sentença*”⁸³, assumindo particular relevância no âmbito do tema desta dissertação, como veremos adiante, os princípios da presunção da inocência, do processo equitativo, do contraditório e da lealdade.

A CRP, como não poderia deixar de ser, assume uma importância fulcral no ordenamento jurídico português, mas ainda tem mais importância no direito processual penal. Como escreve Paulo de Sousa Mendes, “*A velha máxima de que o processo penal é direito constitucional aplicado tem toda a razão de ser no campo da obtenção dos meios de prova*”.⁸⁴

⁸² GÓMEZ, Belén Rizo, “*Op. Cit.*”, página 111.

⁸³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 4ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2018, página 53.

⁸⁴ MENDES, Paulo de Sousa, “*Lições de Direito Processual Penal*” 2ª reimpressão da edição de Setembro de 2013, Almedina, 2014, página 179.

As ações encobertas constituem um meio de obtenção de prova⁸⁵, razão pela qual importa analisar qual ou quais as figuras jurídicas são admissíveis no âmbito de uma ação encoberta, tendo em vista a eventual valoração processual.⁸⁶

No capítulo da prova, tanto no que diz respeito a meios de prova como a meios de obtenção de prova, vigora no nosso ordenamento jurídico o princípio da legalidade, que se encontra plasmado no artigo 125º do CPP, sendo que é à luz deste artigo que “*são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei*”. Assim, podemos distinguir dois tipos de meios de prova e de obtenção de prova: os típicos e os atípicos. Os típicos estão expressamente consagrados na lei, em obediência ao princípio da reserva de lei, ao passo que os atípicos, não estando consagrados na lei, terão de atender aos “*limites constitucionais e legais de admissibilidade da prova, como os resultantes do artigo 126º*”.⁸⁷

Ao analisar a CRP, para além do já citado artigo 1º, salta logo à vista o que está consagrado no Título II, que diz respeito aos direitos, liberdades e garantias. Desde logo, o artigo 25º consagra o direito à integridade pessoal, o artigo 26º prevê o direito à reserva da intimidade da vida privada, mas, o artigo mais importante no âmbito de um processo criminal é o 32º, que prevê um conjunto de garantias e princípios processuais penais. Em virtude do tema em estudo, o nº8 do artigo 32º da CRP é uma disposição chave, pois dispõe que “*São nulas todas a 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*”. O artigo 126º do CPP pode ser entendido como um corolário do nº8 do artigo 32º da CRP e será com base nestes dois artigos que se irá tratar, a nível processual penal, a prova recolhida pelos homens de confiança. Agora, o tratamento processual que será aplicado à prova recolhida, dependerá da forma como ela for obtida, isto é, se houve uma provocação ou uma mera infiltração no seio do visado.

⁸⁵ Segundo Paulo de Sousa Mendes, os meios de obtenção de prova “*são os procedimentos usados pelas autoridades judiciais, pelas polícias criminais, pelos advogados e até pelos particulares (em especial, os ofendidos) para a aquisição de meios de prova e sua utilização no processo*”. Conferir: MENDES, Paulo de Sousa, “*Lições de Direito...*” página 179.

⁸⁶ Carlos Adérito Teixeira entende que as ações encobertas são “*essencialmente uma técnica de investigação, mais do que um meio de obtenção de prova...*”, em virtude da “*falta de clareza legal sobre a natureza da figura do agente encoberto no tocante à matéria da aquisição da prova*”. Conferir: TEIXEIRA, Carlos Adérito, “*Depoimento indirecto e arguido: admissibilidade e livre valoração versus proibição de prova*” in Revista do CEJ, 1º semestre, Nº 2, 2005, página 182.

⁸⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*” página 332.

Começamos pelo agente provocador, que é entendido de forma quase unânime⁸⁸ como uma figura inadmissível à luz dos princípios constitucionais e processuais penais. Vários autores defendem que a figura jurídica do agente provocador não é digna de um Estado de Direito, isto é, ultrapassa os limites dos valores de um Estado de Direito. Neste sentido, a título de exemplo, escreve Germano Marques da Silva que apenas numa “*conceção não democrática da sociedade pode considerar-se a provocação ao crime como método legítimo para combater a criminalidade.*”⁸⁹

Quanto à jurisprudência, de um modo geral tem havido decisões judiciais que versam sobre a inadmissibilidade do agente provocador, enquanto método de obtenção de prova, com fundamento legal no artigo 32º, nº8 da CRP e no artigo 126º, nº2, alínea a) do CPP, reconduzindo-o à expressão “*meios enganosos*”.⁹⁰ Porém, tal como escreve Susana Aires de Sousa, “*o domínio dos meios enganosos revela-se como indefinido e inseguro.*”⁹¹, acrescentando que caberá nessa expressão “*a mais variada panóplia de situações desde a simples astúcia até às formas de engano mais próximas da coação.*”⁹², razão pela qual importa clarificar um pouco mais em que circunstâncias se está perante uma atuação provocatória, pois o agente infiltrado, em teoria, também pode ser enquadrável na expressão “*meios enganosos*”.

No entanto, se em termos teóricos e formais é “fácil” fazer uma distinção entre o que é a infiltração e o que é a provocação, quando se passa à prática é mais complicado efetuar essa distinção, pois é muito ténue a linha que separa a infiltração da provocação. A propósito, Alves Meireis escreve que “*Tendo-se tornado, praticamente “slogan” que o agente provocador não pode ser admitido, encontramos depois verdadeiras situações de provocação (intencionalmente?) de infiltração, conseguindo-*

⁸⁸ Claus Roxin sufraga que a conduta do agente provocador não constitui uma prova proibida na medida em que, no limite, o provocado mantém a liberdade de decisão quanto à prática do crime, não havendo lesão da sua autonomia volitiva, uma vez cumprido o princípio da proporcionalidade e atuando o provocador no quadro preventivo e repressivo dos órgãos policiais contra suspeitos devidamente indiciados como tal. Conferir: BRAZ, José, “*Op. Cit.*”, página 351.

⁸⁹ SILVA, Germano Marques da, “*Curso de Processo Penal*”, II, 3ª edição, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 2002, página 221.

⁹⁰ A título de exemplo, podemos consultar o Acórdão do STJ de 5 de Julho de 2012 (Processo nº911/10.5TBOLH.E1.S1). Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f3ce4167386f1ecf80257a33003025a5?OpenDocument> ; Consulta efetuada a 18 de Dezembro de 2018.

⁹¹ SOUSA, Susana Aires de, “*Agent provocateur e meios enganosos de prova: algumas reflexões / Susana Aires de Sousa*”, in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias/Organização de Manuel da Costa Andrade , Coimbra, Coimbra Editora, 2003, página 1216.

⁹² *Idem, Ibidem*, página 1218.

se assim que, sob a capa de um diferente nomen iuris, com consequências jurídicas diversas, se legitime uma atuação que, de outra forma, seria negada.”⁹³

É primordial fazer uma referência ao Ac. do STJ de 12 de Junho de 1990 (Processo nº40983)⁹⁴, o primeiro que versou sobre qual o regime a aplicar às provas obtidas por uma ação encoberta, na qual um agente abordou um suspeito de tráfico de estupefacientes no sentido de que este lhe vendesse uma determinada quantidade de droga, tendo o tribunal decidido que tal conduta não consistia numa provocação, mas sim numa infiltração, valorando assim as provas obtidas por tal agente. Aliás, o recurso à figura do agente provocador já levou mesmo a que o Estado Português fosse alvo de condenação por parte do TEDH, no âmbito do célebre caso “*Teixeira de Castro vs Portugal*”⁹⁵, por violação do princípio do processo equitativo, plasmado no Artigo 6º da CEDH.

Mas por que razão a figura do agente provocador não é admissível à luz do princípio do processo equitativo? Porque segundo este princípio, o arguido dispõe de um conjunto de direitos contra determinados abusos que podem ocorrer desde o momento da sua detenção até ao momento do seu julgamento e posterior condenação. Assim, o arguido, a título de exemplo, tem o direito a ser julgado num prazo razoável e de não se autoincriminar. Paulo Pinto de Albuquerque escreve que ao abrigo deste princípio, as partes processuais, tanto quem acusa (Ministério Público ou Assistente)

⁹³ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, “*O Regime...*”, página 162.

⁹⁴ É importante referir que esta decisão judicial surgiu ainda na vigência do Artigo 52º do DL 430/83, de 13 de Dezembro.

⁹⁵ Em 1992, no Tribunal de Santo Tirso corria o processo nº 3123/92, no qual estava em causa a prática de um alegado crime de tráfico de estupefacientes, que a essa data era previsto e punível pelo Decreto-Lei nº430/83, de 13 de Dezembro, e no qual viriam a ser condenados em primeira instância dois dos arguidos. Dos factos constava que dois agentes da PSP, ocultando a sua qualidade e fazendo-se passar por alegados compradores de estupefacientes, abordaram por duas vezes Vítor Sampaio e, num segundo momento, este conseguiu contactar Filipe de Oliveira que levou os agentes à residência de Francisco Teixeira de Castro para com ele negociarem. A compra dos produtos estupefacientes a Francisco Teixeira de Castro ocorreu na habitação de Vítor Sampaio, sendo que logo após a transação, os agentes da PSP se identificaram como tal e procederam à identificação e detenção dos suspeitos. Como é evidente, está claramente em causa uma situação de provocação, inadmissível à luz do nosso ordenamento jurídico. Inconformados, os arguidos, Teixeira Castro e outros, requereram ao Tribunal Judicial de Vila Nova de Famalicão que declarasse a nulidade de todas as diligências que levaram à sua detenção e prisão, a anulação de todos os atos praticados em sede de inquérito e que ordenasse a libertação dos arguidos por entenderem que a atuação dos agentes da PSP era enquadrável na figura do agente provocador e, como tal, seria um método proibido de obtenção de prova, ao abrigo do plasmado no Artigo 126º do Código de Processo Penal. Entretanto, o processo chegou ao Supremo Tribunal de Justiça que, apesar de ter admitido que os agentes da PSP atuaram no “limiar da persistência” quando abordaram os arguidos, “não se insere em qualquer meio proibido de prova”. Conferir: LOUREIRO, Joaquim, “*Agente Infiltrado? Agente Provocador!: reflexões sobre o 1º acórdão do T.E.D. Homem – 9 Junho 1998 : Condenação do Estado Português*”, Almedina, 2007, página 56.

como quem se defende (arguido) deverão estar numa posição de igual material, isto é, deverão dispor das mesmas armas, em obediência ao princípio da igualdade, plasmado no artigo 13º da CRP.⁹⁶

Ora, está visto que a figura do agente provocador constitui uma flagrante violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua incriminação, que engloba o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova⁹⁷ e que abrange tanto um mero suspeito como um arguido.

Também importa referir que surgem decisões contraditórias em casos semelhantes. Vejamos, a título de exemplo, o Ac. do STJ de 30 de Outubro de 2002 (Processo nº 02P2118)⁹⁸, no qual é referido que um terceiro em colaboração com a PSP e por sugestão desta, encomendou uma determinada quantidade de droga a um suspeito de crime de tráfico de estupefacientes, que era conhecido no seu meio rural como traficante de estupefacientes, não pode ser qualificado como provocação. Porém, o Ac. do TRL de 25 de Maio de 2010 (Processo nº 281/08.1JELSB.L1-5)⁹⁹ qualifica como provocação uma situação onde um terceiro, em colaboração com a PJ, contacta o visado no sentido de este lhe vender uma determinada quantidade de produtos estupefacientes.

Deste modo, é inquestionável que, na prática, a qualificação jurídica das figuras do agente infiltrado e do agente provocador não é simples, pois a linha que separa, em termos práticos, a provocação da infiltração é bastante ténue. Na nossa opinião, o problema está no modelo de qualificação da ação como provocatória ou de mera infiltração. Como já vimos, há uma certa unanimidade em afirmar que é inadmissível recorrer à figura do agente provocador, mas uma “dificuldade” em qualificar a atuação como provocatória ou de mera infiltração.

No seio da figura do agente provocador, nomeadamente para se aferir se há ou não provocação, tem sido apontado como fator decisivo, para qualificar ou não a

⁹⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Op. Cit.” página 54.

⁹⁷ Sobre o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, conferir: MENDES, Paulo de Sousa, “Lições de Direito...”, página 123.

⁹⁸ Acórdão disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c86bbadd1c727fe880256cc3004b5b47?OpenDocument> ; Consulta efetuada a 27 de Novembro de 2018.

⁹⁹ Acórdão disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a330ce544a1b3a3f8025779f00478de4?OpenDocument> ; Consulta efetuada a 27 de Novembro de 2018.

conduta como provocatória, uma eventual predisposição do suspeito para a prática da infração criminal.¹⁰⁰ O STJ, na ótica de António Henriques Gaspar, tendo em vista a qualificação da atuação do homem de confiança como provocatória ou mera infiltração, tem distinguido “*entre a criação de uma intenção criminal e a criação de uma oportunidade com vista à efetivação da realização de uma intenção criminal existente...*”.¹⁰¹ Assim, à luz do entendimento do STJ, o fator chave parece ser a eventual predisposição do visado para a prática do crime. Deste modo, se o homem de confiança incitar outrem à prática de um crime, que este já estaria predisposto a cometer, ou que eventualmente cometeria sem a atuação do agente, a conduta não será qualificada como provocação, pois apenas criou uma oportunidade para que o visado colocasse em prática aquilo que já havia decidido cometer. Será este o melhor critério para qualificar ou não a atuação do homem de confiança como provocatória ou mera infiltração? Não nos parece.

No entanto, é importante referir que têm sido, sobretudo, utilizados dois modelos para aferir se existe ou não provocação, isto é, se a atuação do homem de confiança pode ser enquadrada no âmbito da figura do agente provocador e, posteriormente, declarada como nula, à luz dos princípios constitucionais e processuais penais, a prova por este produzida, a saber: modelo objetivo e modelo subjetivo.¹⁰²

Segundo o modelo subjetivo, analisa-se se “*a intenção criminosa relativamente a um determinado facto teve origem na ação do agente encoberto e se o autor do facto não tinha manifestado uma predisposição para a prática da infração.*”¹⁰³ Assim, à luz deste modelo há que atender a dois critérios. Primeiro, será preciso averiguar se o homem de confiança atuou como verdadeiro instigador da ação e, num segundo momento, se o visado já tem uma eventual predisposição para cometer o crime. Ao invés, o modelo objetivo, centrado na atuação do homem de confiança, “*pressupõe que, num Estado de Direito, a ação policial respeite certas regras mínimas para não induzir uma pessoa normalmente respeitadora das leis a praticar uma infração, que não teria*

¹⁰⁰ MEIREIS, Manuel Augusto, “*Homens de Confiança*”, página 98.

¹⁰¹ GASPAR, António Henriques, “*Op. Cit.*”, página 47.

¹⁰² No início do século XX, a jurisprudência norte-americana desenvolveu uma doutrina, denominada por *entrapment defense*, que visava salvaguardar os direitos dos cidadãos contra os excessos dos homens de confiança e que, segundo a qual, a análise de uma eventual provocação seria efetuada à luz destes modelos. Conferir: ONETO, Isabel, “*Op. Cit.*”, páginas 36 e seguintes.

¹⁰³ PEREIRA, Rui, “O “Agente Encoberto” na Ordem Jurídica Portuguesa” in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2004, página 50.

side praticada sem essa intervenção”.¹⁰⁴ Deste modo, recorrendo à figura do homem médio, nomeadamente se perante tal atuação do homem de confiança seria ou não expectável que a infração criminal fosse praticada, concluiremos se houve ou não provocação.

No entanto, existe um critério, muito próximo do modelo objetivo, que se denomina por “*due process defense*”, segundo o qual, para saber se estamos perante a figura do agente provocador “*o tribunal analisa a conduta dos agentes policiaes, independentemente do seu efeito sobre o acusado, mas do ponto de vista da observância das regras processuais*”.¹⁰⁵

Ora, tal critério, com o devido respeito, parece-nos ser o modelo ideal para proceder à qualificação da atuação do homem de confiança como provocação e, reconduzi-la à figura do agente provocador, tida como inaceitável à luz da doutrina, jurisprudência e, também à luz dos princípios constitucionais e processuais penais, pois é um modelo que se foca, essencialmente, na atuação levada a cabo pelo homem de confiança, comparando-a com os princípios e valores que constituem o núcleo de um verdadeiro Estado de Direito. Consequentemente, parece-nos ser o modelo que permitirá uma maior eficácia na salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão, pois tanto o modelo subjetivo como o modelo subjetivo da *entrapment defense* suscitam dúvidas e dificuldades de qualificação, desde logo, porque é extremamente difícil de provar se o visado dispõe ou não de uma eventual predisposição para a prática da infração criminal.

Assim, na nossa opinião, haverá sempre provocação, independentemente de existir ou não uma predisposição do suspeito para a prática do crime, sempre que se verifique que a atuação do homem de confiança excedeu os limites do razoável num Estado de Direito.¹⁰⁶ Tal como escreve Susana Aires de Sousa, “*o recurso à*

¹⁰⁴ *Idem, Ibidem*, página 50.

¹⁰⁵ ONETO, Isabel, “*Op. Cit.*”, página 45.

¹⁰⁶ O Ac. do TRL de 25 de Maio de 2010 (Processo nº 281/08.1JELSB.L1-5), do nosso ponto de vista, ilustra bem a atuação de um homem de confiança que consideramos como inadmissível à luz do processo penal digno de um Estado de Direito assente na dignidade da pessoa humana e na lealdade. Estabelecendo uma breve resenha, o arguido (J) foi detido e condenado em 1ª instância por ter praticado um crime de tráfico de estupefacientes, tendo o Tribunal de 1ª instância baseado a sua convicção no depoimento de um arguido-colaborador (Testemunha M, no presente processo) que estava detido no âmbito de um outro processo, também por suspeitas de ter praticado um crime de tráfico de estupefacientes, e que, em virtude dessa colaboração, beneficiou de uma atenuação da pena nesse processo de que era alvo. Não nos iremos debruçar criticamente sobre o valor probatório do

provocação, enquanto método de investigação, dificilmente se conciliará com a ideia de um due process ou do princípio do nemo tenetur se ipsum accusare, desacreditando a lealdade do Estado no exercício do ius puniendi.”¹⁰⁷

Mas o que nos leva a considerar como inadmissível a figura do agente provocador? A flagrante violação do princípio da lealdade, do princípio democrático e do princípio da presunção da inocência. Em primeiro lugar, à luz do princípio da lealdade, que tem uma “*dupla vertente*”¹⁰⁸, decorre uma proibição da aquisição e da produção de meios de prova adquiridos por meios desleais, sendo este princípio, na ótica de Claus Roxin, “*o mais alto princípio de todo o processo penal...*”¹⁰⁹ Assim, por força do princípio da lealdade, “*sendo o agente provocador, como é, agente do próprio crime, este é sempre inadmissível face à ordem jurídica portuguesa*”.¹¹⁰ Depois, o próprio princípio democrático impõe que ao cidadão seja dada a “*liberdade de escolha*

depoimento do arguido-colaborador (M), mas importa esclarecer que o TRL declarou que o Tribunal de 1ª instância cometeu um erro notório na apreciação da prova (Artigo 410º, nº2, alínea c) do CPP), por considerar como “legal” a ação encoberta que originou a obtenção de prova decisiva contra o arguido (J), baseando a sua convicção exclusivamente no depoimento do arguido-colaborador (M). Debrucemo-nos sobre a atuação do homem de confiança levada a cabo no presente processo. Segundo podemos depreender da análise do presente acórdão, o arguido (J) foi contactado pelo arguido-colaborador (M), no sentido de proceder a uma importação de droga, alegando, para tal, que teria problemas de saúde, económicos e que, inclusive, correria risco de vida. Para tal, M informou o arguido (J) que teria uma pessoa conhecida e de confiança no aeroporto (Hugo – Homem de Confiança) que poderia efetuar a descarga da droga sem que houvesse qualquer problema, dando ao arguido (J) uma “segurança certa quanto à ausência de risco”. Foi dado como provado pelo TRL que M e Hugo (homem de confiança) contactaram diversas vezes o arguido (J) no sentido de este proceder à importação da droga. Perante tal insistência, o arguido (J) procedeu à importação da droga, tendo sido detido e condenado em 1ª Instância. Do nosso ponto de vista, analisando o presente acórdão, salta desde logo à vista, que a atuação do homem de confiança “arrastou” para o crime o arguido (J). Será que, em virtude de uma eventual predisposição do arguido (J) para a prática do crime, não se poderá qualificar como provocatória a atuação do homem de confiança no caso em apreço? O TRL entendeu que não, mas não por unanimidade. O excelentíssimo juiz Carlos Espírito Santo, entendeu que, não obstante a conduta levada a cabo pelo homem de confiança (Hugo), o arguido (J) “formulou livremente a sua intenção criminosa”. Ora, cá está, mais uma vez, uma qualificação efetuada à luz do modelo subjetivo, que do nosso ponto de vista, é manifestamente insuficiente para salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão e do respeito pelos princípios constitucionais e processuais penais. Uma atuação como a levada a cabo pelo homem de confiança (Hugo), envolvendo um arguido colaborador (M) que era visto como um irmão por parte do arguido (J), e a persistência com que contactaram o arguido (J), não nos parece que respeite os princípios processuais penais.

Assim, reafirmamos que só um modelo de qualificação como o do “*due process defense*” poderá combater atuações excessivas como a que aconteceu neste caso concreto. Acórdão disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a330ce544a1b3a3f8025779f00478de4?OpenDocument&Highlight=0,agente,provocador> ; Consulta efetuada a 27 de Dezembro de 2018.

¹⁰⁷ SOUSA, Susana Aires de, “*Op. Cit.*”, página 1234.

¹⁰⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*” página 55.

¹⁰⁹ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado – Comentado e Anotado*”, Almedina, Lisboa, 2001, página 33.

¹¹⁰ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*Op. Cit.*”, página 259.

dos seus atos” e que “a conceção democrática da sociedade impõe uma visão do ser humano como frágil, impondo a recriminação deste método de investigação criminal – provocação – que cria o seu próprio objeto”.¹¹¹ Há ainda que ter em consideração o princípio da presunção da inocência, plasmado no nº2 do artigo 32º da CRP, mediante o qual “*todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação*” e que, nas palavras de Germano Marques da Silva, remontando às suas origens, “*teve sobretudo o valor de reação contra os abusos do passado...*”, sendo que, atualmente, “*representa sobretudo um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda a sociedade livre.*”¹¹² O mesmo autor acrescenta ainda que tal presunção “*não é uma verdadeira presunção em sentido jurídico (...), é antes de mais uma regra política, que releva dos valores da pessoa humana...*”.¹¹³ Paulo Pinto de Albuquerque refere, e bem, que a prossecução da verdade material está também limitada pelo princípio da presunção da inocência.¹¹⁴ Posto, isto, à luz destes princípios, será legítimo incitar outrem a cometer um crime, independentemente de este estar eventualmente predisposto para tal? Por tudo aquilo que já foi dito, salvo melhor opinião, não nos parece, pois, recorrer à figura do agente provocador colocaria seriamente em causa tais princípios, até porque a provocação “*não revela apenas a apetência natural ou intrínseca para o crime, mas pode fazer vacilar aquele que, como qualquer de nós, sendo capaz de roçar os limites do lícito, não os ultrapassa espontaneamente...*”.¹¹⁵

Em jeito de conclusão, por tudo aquilo que foi dito, podemos afirmar que a figura do agente provocador, qualificada como tal, à luz dos princípios inerentes a um Estado de Direito Democrático, é inadmissível no nosso ordenamento jurídico, pois é “impensável” que se “arraste” para o crime um cidadão, que à luz do princípio da igualdade, não pode ser qualificado como “diferente” de todos os outros. No fundo, tal como escreve Susana Aires de Sousa, o regime das proibições de prova tutela a “*própria credibilidade, reputação e imagem do Estado de Direito.*”¹¹⁶

¹¹¹ *Idem, Ibidem*, página 31.

¹¹² SILVA, Germano Marques da, “*Curso de Processo Penal*”, I, Editorial Verbo, *apud* JESUS, Francisco Marcolino de, “*Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*”, 2ª edição, Almedina, 2015, página 138.

¹¹³ *Idem, Ibidem*, página 139.

¹¹⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 348.

¹¹⁵ ONETO, Isabel, “*Op. Cit.*”, página 122.

¹¹⁶ SOUSA, Susana Aires de, “*Op. Cit.*”, página 1212.

Passemos agora à figura do agente infiltrado, que apesar de ser uma figura não tão lesiva quanto a do agente provocador, não deixa de colocar seriamente em causa a integridade moral de um cidadão.

Germano Marques da Silva, quando confrontado com a possível admissibilidade do agente infiltrado, refere que se deve recorrer, no limite “*quando a inteligência dos agentes da Justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a atividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça Criminal cabe tutelar*”.¹¹⁷

Porém, há autores que utilizam o critério da finalidade da atuação¹¹⁸ para concluir pela admissibilidade ou inadmissibilidade do recurso à figura. A título de exemplo, Rui Pereira defende que apenas se deve concluir pela admissibilidade da figura quando estiverem em causa finalidades preventivas e se respeite o princípio da proporcionalidade. Para Rui Pereira, se o agente infiltrado for utilizado para fins repressivos estarão em causa diversos valores constitucionais.¹¹⁹

Quanto à jurisprudência, de um modo geral e abstrato¹²⁰, tem admitido a admissibilidade à figura do agente infiltrado, socorrendo-se da opinião da doutrina, que, como acabámos de ver, é praticamente unanime em admitir o recurso a esta figura. O TC, através do Acórdão n.º 578/98 (Processo n.º 835/98)¹²¹, proferido ainda na vigência do Artigo 59.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, admite o recurso a agentes infiltrados, rejeitando a figura do agente provocador. No entanto, reconhecendo que tal recurso implica uma grande dose de deslealdade por parte da entidade que investiga, refere que não existe uma deslealdade superior há que é verificada na utilização de escutas telefónicas.

¹¹⁷ SILVA, Germano Marques da, “*Bufos...*”, página 31.

¹¹⁸ Em Portugal, como veremos, o recurso às ações encobertas pode ser feito com finalidades preventivas ou repressivas.

¹¹⁹ PEREIRA, Rui, “*Do agente encoberto na ordem jurídica portuguesa*” in *I Congresso de Processo Penal*, Almedina, Lisboa, 2004, página 236.

¹²⁰ A título de exemplo: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de Maio de 2014 (Processo n.º 8292/12.6TDPRT.P1), disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/af8ea15b4e5a432580257cdf0050d4dc?OpenDocument&Highlight=0,agente,encoberto> ;

¹²¹ Disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html> ; Consulta efetuada a 19 de Dezembro de 2018.

Ora, com o devido respeito, o agente infiltrado ou encoberto é um meio de obtenção de prova muito mais invasivo da esfera jurídica do cidadão, uma vez que nas ações encobertas está em causa, por exemplo, através de uma identidade fictícia o estabelecimento de uma relação de confiança com o suspeito, algo que não acontece numa escuta telefónica. Numa escuta telefónica está em causa, “apenas” a gravação de uma conversação tida pelo suspeito. É certo que o acórdão em questão foi proferido há cerca de 20 anos e que as escutas telefónicas eram tidas como o paradigma dos métodos ocultos de investigação criminal¹²², mas a sua dose de deslealdade é incomparável à que existe na atuação do agente infiltrado.

Relativamente aos fins da atuação do agente infiltrado, está hoje consagrada na lei, como veremos adiante, a possibilidade de recorrer a ações encobertas para fins de prevenção e de investigação criminal. Por outro lado, é inegável que recorrer à figura do agente infiltrado acarreta uma elevada danosidade na esfera jurídica do visado, pois como é evidente, também coloca em causa diversos princípios, como por exemplo, o princípio da lealdade ou o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, mas é praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência que é uma figura admissível à luz dos princípios constitucionais e processuais penais, caso sejam respeitados os requisitos materiais e formais, que veremos adiante, que permitem a sua utilização. No fundo, o agente infiltrado será admissível, porque, do nosso ponto de vista, a sua dose de deslealdade é relativamente inferior à que podemos verificar na atuação do agente provocador, e em virtude do tal ponto de equilíbrio que terá de se encontrar entre a necessidade de uma eficaz prevenção e investigação criminal e, por outro lado, da necessária salvaguarda de direitos fundamentais do cidadão, entendemos que será legítimo recorrer à figura do agente infiltrado.

Em forma de síntese, podemos afirmar que, tanto em ambiente físico como virtual, será admissível recorrer à figura do agente infiltrado e inadmissível recorrer à figura do agente provocador, em virtude dos valores constitucionais e processuais penais que vigoram em Portugal.

¹²² O CPP, no que toca a métodos ocultos de obtenção de prova, ainda mantém esse paradigma, porque a grande maioria dos métodos ocultos de investigação criminal está consagrada em legislação avulsa.

Capítulo III- As ações encobertas à luz do Processo Penal Português

1- Enquadramento legal no Ordenamento Jurídico Português

Vista a admissibilidade dos homens de confiança à luz dos princípios constitucionais e processuais penais, importa agora estudar a evolução legislativa do tema em análise no ordenamento jurídico da República Portuguesa.

A primeira referência legal a esta figura no nosso ordenamento jurídico aconteceu através do DL nº430/83, de 13 de Dezembro, a “lei das drogas”, cujo artigo 52º se limitava a prever a “não punibilidade” da conduta do funcionário de investigação criminal” que, para fins de inquérito, aceitasse a entrega de estupefacientes.¹²³ Tal diploma foi entretanto revogado pelo DL nº15/93, de 22 de Janeiro, que passou a prever tal situação no Artigo 59º.

Depois, com a Lei nº 36/94, de 29 de Setembro, foi ampliado o catálogo de crimes em que seria admissível a utilização do agente encoberto, nomeadamente no combate à corrupção e criminalidade económica e financeira.

Porém, surge a Lei nº45/96, de 3 de Setembro, que deu um novo impulso às ações encobertas, introduzindo diversas alterações ao Artigo 59º do DL nº15/93, de 22 de Janeiro. Com a aprovação deste diploma, passou a ser possível a intervenção de terceiros não funcionários de investigação criminal, foi alargado o círculo de condutas admissíveis do homem de confiança, consagrada a possibilidade da sua atuação no âmbito da prevenção criminal, as ações passaram a depender de prévia autorização judicial e admitiu-se a possível junção ao processo do relato das ações encobertas, mas apenas em casos estritamente indispensáveis. Segundo Rui Pereira, a aprovação deste diploma legislativo introduziu em Portugal “*um regime minimamente elaborado*” sobre a figura.¹²⁴

Entretanto tal artigo foi revogado pela Lei nº101/2001, de 25 de Agosto, o atual RJAÉ¹²⁵. O legislador optou assim por introduzir tal regime em legislação avulsa, não merecendo a inclusão no CPP.

¹²³ COSTA, Eduardo Maia, “*Op. Cit.*”, página 359.

¹²⁴ PEREIRA, Rui, O “*Agente Encoberto...*”, página 24.

¹²⁵ Até à data, sofreu duas alterações legislativas. A primeira, através da Lei nº60/2013, de 23 de Agosto, onde se aditou a alínea e) do Artigo 2º, relativa ao tráfico de pessoas, passando as restantes alíneas a

O legislador optou por consagrar o conceito de “ações encobertas”, ao invés dos conceitos de agente infiltrado ou encoberto ou provocador. Num primeiro impacto, podemos ser levados a crer que tal situação abre a porta à admissibilidade da conduta do agente provocador, pois estamos perante a denominação de um conceito mais amplo.

Não há dúvida que tal conceito é mais abrangente, porém, tal como Eduardo Maia Costa defende que apesar de se tratar de um conceito amplo, parece que a figura do agente provocador está afastada, ao abrigo do plasmado no nº1 do artigo 6º, uma vez que aos agentes encobertos se veda a atuação enquanto instigadores ou autores mediatos do crime. Cai assim por terra a ideia de que este conceito permitiria a atuação do agente provocador, pois ao ler o nº1 do artigo 6º percebemos que está estatuída uma sanção para tais condutas instigadoras, isto é, o agente incorrerá em responsabilidade jurídico-penal. Outra questão, será, como veremos adiante, identificar com precisão e exatidão se estamos perante tais condutas que levem o agente a incorrer em tal responsabilidade.

Entretanto, se em 2001, aquando da aprovação do RJAE¹²⁶, este mecanismo de obtenção de material probatório surgia bastante ligado à investigação envolvendo crimes de tráfico de estupefacientes, fruto de uma evolução tecnológica sem precedentes na história mundial, que como é óbvio, levou à aparição de novas condutas qualificadas como ilícitas e à possibilidade de adoção de factos qualificados como crime, mas de diferentes formas, o legislador português, percebendo a importância e a eficácia das ações encobertas no combate ao crime, adotou a possibilidade do desenvolvimento de ações encobertas em ambiente digital.

O agente encoberto digital surge assim plasmado no artigo 19º da Lei nº109/2009, de 15 de Setembro, uma disposição legal que suscita diversas questões, desde logo porque o regime geral nasceu tendo como fio condutor o ambiente físico. A seu tempo, debruçar-nos-emos sobre tais questões.

Para além, dos diplomas já citados, importa ainda referir que existem outros diplomas legislativos que fazem referência a ações encobertas.

A Lei nº104/2001, de 25 de Agosto, efetuou uma alteração à Lei nº144/99, de 31 de Agosto, que aprova a lei da cooperação judiciária internacional em matéria penal,

terem a mesma designação, apesar de letras diferentes. A segunda, através da Lei nº61/2015, alargou o âmbito das Ações Encobertas em ilícitos relacionados com o terrorismo, alterando assim a alínea f).

¹²⁶Por exemplo, no Ordenamento Jurídico Espanhol, o regime jurídico das ações encobertas está consagrado no artigo 282 bis, da Ley de Enjuiciamiento Criminal.

tendo aditado a esta Lei o artigo 160º - B (Ações Encobertas), que no seu nº1 estabelece que “*os funcionários de investigação criminal de outros Estados podem desenvolver ações encobertas em Portugal, com estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portugueses e nos demais termos da legislação aplicável*”, necessitando tais operações de autorização por parte de um Juiz do TCIC, sob proposta do MP junto do DCIAP, nos termos do plasmado no nº3 do artigo 160º - B.

Por último, a Lei nº 23/2007, de 4 de Julho, que diz respeito ao regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, dispõe no nº2 do artigo 188º que “*as ações encobertas, desenvolvidas pelo SEF, no âmbito da prevenção e investigação de crimes relacionados com a imigração ilegal em que estejam envolvidas associações criminosas, seguem os termos previstos na Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto*”.

2- A Lei nº 101/2001, de 25 de agosto

2.1- Requisitos e Questões Controversas do Regime Geral

O RJAE, plasmado na Lei nº101/2001, de 25 de Agosto, define, desde logo, no nº1 do Artigo 1º, que o recurso a ações encobertas pode ser feito tendo como finalidades a prevenção ou a investigação criminal.¹²⁷

Cumpre-nos agora destrinçar, por um lado aquilo que se entende por prevenção criminal e, por outro, o que se entende por investigação criminal, dado que são duas realidades distintas. A prevenção criminal apresenta-se numa tripla funcionalidade: função de vigilância, função de prevenção criminal *stricto sensu* e função de restabelecimento da paz jurídica e social.¹²⁸ Já a investigação criminal é definida no artigo 1º da Lei nº 49/2008, de 27 de Agosto, como o “*conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher provas, no âmbito do processo*”, sendo que se desenrola, sobretudo, nas fases de inquérito e de instrução, sendo que, como sabemos, quem dirige a fase de inquérito é o MP e quem

¹²⁷ Aquando da discussão na generalidade da Assembleia da República do diploma do RJAE, António Filipe, deputado do PCP, questionou a possibilidade de recorrer a ações encobertas para fins de prevenção criminal, mostrando-se preocupado com a sua possível banalização. Conferir: GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*O Novo regime...*”, página 28.

¹²⁸ SILVA, Germano Marques da, “*Direito Processual Português, Do Procedimento (Marcha do Processo)*”, volume III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, página 24.

dirige a fase de instrução é o Juiz de Instrução Criminal. O “Juiz das Liberdades” tem um papel importantíssimo, como veremos, no RJAÉ.

Ora, até aqui apenas nos debruçamos sobre as definições de agente encoberto, infiltrado e provocador, deixando de lado o conceito de ações encobertas, apesar de já termos referido anteriormente que se trata de um conceito mais abrangente. Porém, chegou o momento de definir o que são ações encobertas. A resposta surge no nº2 do artigo 1º do RJAÉ, que nos diz que se consideram ações encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionário de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da PJ para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade.

Ora, desta definição permite concluir, logo à partida, que o legislador português prevê a possibilidade da atuação de um terceiro, sob controlo da PJ, no âmbito de uma ação encoberta. Esta possibilidade coloca Portugal como um dos países, a par da Holanda, dos Estados Unidos e do Reino Unido, como um dos mais permissivos neste domínio. Países como, por exemplo, a Espanha, a Alemanha e a Itália, não permitem a atuação de um terceiro no âmbito de uma ação encoberta.

No entanto, utilizar um cidadão particular no âmbito de uma ação encoberta suscita diversas questões. Em primeiro lugar, salta logo à vista, que a lei não prevê quem poderá ser esse terceiro, isto é, não veda a ninguém a participação numa ação encoberta. Perante isto, há uma questão que se impõe! Por que razão se irá recorrer a um terceiro em vez de um funcionário de investigação criminal? Existem várias respostas possíveis. Por vezes, o próprio cidadão particular, tendo conhecimento da prática de um crime ou de uma eventual prática criminosa, contacta as autoridades e, estas, vêm no mero cidadão uma mais valia para a atuação no âmbito de uma ação encoberta. A título de exemplo, em ambiente digital, no âmbito de uma ação encoberta digital, por vezes, como refere David Silva Ramalho, é extremamente útil em dois casos: a) quando se trate de um terceiro já inserido no seio do meio criminoso ou b) quando se trate de um terceiro cujos especiais conhecimentos lhe permitem infiltrar-se em áreas que, de outra maneira, permaneceriam inacessíveis a agentes encobertos da polícia.¹²⁹

Outra resposta possível está relacionada com o próprio sucesso da ação encoberta. Isto é, quando estamos a falar de uma ação encoberta em ambiente físico,

¹²⁹ RAMALHO, David Silva, “*Métodos Ocultos...*”, página 299.

temos de ter em conta que a tática de infiltração no seio do grupo criminoso envolve bastantes riscos para a integridade física e moral do agente, podendo hipoteticamente correr risco de vida. Não é fácil integrar o grupo criminoso e ganhar a confiança dos líderes do grupo e proceder a posterior recolha de informação, até porque muitas das vezes são sujeitos a testes de modo a testar a sua aptidão para cumprir as ordens emanadas pelos líderes do grupo e, esses testes podem colocar em causa o sucesso da operação, pois se for pedido ao agente encoberto que mate alguém, ficará numa situação bastante delicada.¹³⁰

Assim, perante tais riscos, surge uma questão que abordámos quando realizámos a destringência dogmático-conceitual. Será que um arrependido pode atuar como terceiro no âmbito de uma ação encoberta?

Ora, se olharmos para o RJAE e para a lei processual penal portuguesa, não encontramos nada que vede tal possibilidade. Contudo, o recurso a um arguido arrependido terá, como é fácil de observar, vantagens e desvantagens. Como vimos acima, um arguido arrependido é um indivíduo que já está inserido no seio do grupo criminoso, pelo que não terá de passar pelo processo de inserção e conquista de confiança a que um funcionário da investigação criminal está necessariamente obrigado. Aliás, nem haverá necessidade da criação de uma identidade fictícia. Logo, estamos perante uma grande vantagem. Porém, existem desvantagens, sobretudo em ambiente físico. Desde logo, atuar como agente encoberto requer um nível de preparação moral e psicológica bastante acima da média, pois o agente pode deixar-se envolver nas atividades criminosas alvo de investigação. Ora, utilizando um terceiro, já envolvido nessas atividades criminosas, tal risco não se verifica nesse aspeto, mas existe o risco desse terceiro transmitir informações sobre a investigação criminal em curso ao líder do grupo, comprometendo assim o sucesso da operação.

Depois, qual o interesse do arrependido em participar na ação encoberta? Será legítimo que o interesse seja a obtenção de uma diminuição da pena no futuro, visto que irá ser responsabilizado pelos crimes que já praticou, mas isso não poderá ser prometido por parte das entidades judiciais, porque, caso contrário estaria em risco o princípio da legalidade. Assim, não parece que tenha muito interesse em participar na operação.

¹³⁰ Se o agente encoberto cometer um crime de homicídio incorrerá em responsabilidade jurídico-penal. Caso não cumpra a ordem, poderá ser morto. Uma questão bastante delicada.

Há ainda que ter em conta outro aspeto importantíssimo. Tal como sufraga Inês Ferreira Leite, que o recurso a um arguido arrependido no âmbito de uma ação encoberta “*não afasta quer a abertura de inquérito contra si, quer a respetiva constituição como arguido, pelo que o valor das declarações do “agente encoberto”, nestes casos, será medido do mesmo modo de quaisquer declarações de co-arguido, apresentando também as mesmas limitações de produção e valoração*”¹³¹.

Assim, em sede de julgamento, poderá sempre optar pelo silêncio, pois é um direito que lhe assiste. Porém, David Silva Ramalho entende que tais desvantagens são atenuadas em sede de ambiente digital, pois a prova recolhida pelo infiltrado tenderá a assumir a assumir um estatuto autónomo. O mesmo autor sufraga que é “*altamente improvável a verificação da necessidade de que o (futuro) co-arguido execute materialmente as ações encobertas. Pelo contrário, se este manifestar interesse em colaborar com a investigação, geralmente, bastará que faculte voluntariamente as suas credenciais de acesso ao agente encoberto das forças policiais para que este se infiltre, fazendo-se passar por aquele.*”¹³²

Porém, como veremos adiante, nas ações encobertas, em ambiente digital, o grande problema não está na recolha de material probatório, mas sim na identificação do agente ou agentes do crime. Assim, não obstante as diferenças das ações encobertas em ambiente físico e digital, entendemos que recorrer a um arrependido para participar numa ação encoberta como terceiro, deverá apenas ocorrer em *ultima ratio*, visto que comporta mais desvantagens do que vantagens, como acabámos de ver.

Outra questão pertinente reside no facto de saber quais são os funcionários de investigação criminal que poderão participar numa ação encoberta. Como sabemos, em Portugal, de uma forma geral, compete aos OPC desenvolver ações de prevenção e investigação. Em termos de competência material, os OPC dividem-se por competência genérica, específica e reservada, havendo, ainda, a competência deferida, que não resulta diretamente da lei, mas de uma decisão do PGR, nos termos do plasmado no artigo 8º da LOIC.

A PJ, a GNR e a PSP são OPC de competência genérica, ao passo que, a título de exemplo, o SEF é um OPC de competência específica. À PJ, pela importância que

¹³¹ LEITE, Inês Ferreira, “*Op. Cit.*”, página 388.

¹³² RAMALHO, David Silva, “*Métodos Ocultos...*”, página 300.

assume como órgão por excelência de prevenção e investigação criminal, cabe uma área reservada de competência relativamente aos crimes de maior gravidade, que é dividida por dois níveis de importância, consignados, por ordem decrescente, nos números 2 e 3 do artigo 7º da LOIC. Tal previsão legal releva para o efeito de competência deferida: a investigação aos crimes previstos no nº2 do artigo 7º da LOIC é de competência exclusiva da PJ, ao passo que a panóplia prevista no nº3 do mesmo artigo é passível de ser deferida a outro OPC.

Assim, verificadas determinadas circunstâncias, plasmadas no nº1 do artigo 8º da LOIC, e atinentes à simplicidade da investigação ou à aplicabilidade de soluções processuais próprias da pequena ou média criminalidade, a investigação dos crimes previstos no nº3 do artigo 7º da LOIC pode ser deferida a outro OPC. Outro caso de competência deferida, este de sentido contrário ao anterior, é o previsto no nº3 do mesmo artigo 8º, mediante atribuição à PJ de competência para a investigação de crimes não compreendidos no âmbito da competência reservada, sempre que a natureza, a especialidade e a complexidade da investigação, reveladas nas circunstâncias indicadas nas três alíneas do nº2 do mesmo artigo, o aconselhem. A competência deferida pode ser atribuída caso a caso, através de ato individual e concreto da entidade competente – o PGR -, ou por despacho de natureza genérica, onde estejam indicados os tipos de crimes, as suas concretas circunstâncias ou os limites das penas que lhes forem aplicáveis.

A natureza própria da PJ explica que, no conjunto dos OPC de competência genérica, lhe sejam atribuídas algumas funções centralizadoras e as tarefas de investigação de maior importância. Compete, em especial, à PJ, além da aludida área reservada de investigação criminal, a importante função de ligação dos OPC e de todos os outros serviços públicos nacionais, interessados, com os organismos internacionais de cooperação criminal, assegurando, para o efeito, o funcionamento da Unidade Nacional EUROPOL e do Gabinete Nacional INTERPOL (artigo 12º da LOIC).

Sem prejuízo dos casos de competência deferida, o OPC que tiver notícia do crime e não seja competente para proceder à sua investigação apenas pode praticar os atos cautelares e urgentes tendo em vista assegurar os meios de prova, tal como dispõe o artigo 5º da LOIC.

Quanto à competência específica, temos por exemplo a ASAE¹³³ ou o SEF. A competência específica orienta-se pelos princípios da especialização e racionalização na afetação dos recursos disponíveis para a investigação criminal.

Feita esta pequena resenha no que à competência para a investigação criminal diz respeito, vamos então responder à questão suscitada, adiantando, logo à partida, que não se afigura fácil responder a tal questão.

Em primeiro lugar, não existe na letra da lei nenhuma definição ou noção sobre o conceito de funcionário de investigação criminal, pelo que somos levados a crer que poderão ser considerados, como tal, todos os elementos das forças e serviços de segurança, a quem caiba realizar atividades de investigação criminal. Ora, perante tal cenário, será que todos os elementos das forças e serviços de segurança poderão atuar como agentes encobertos? Não nos parece.

Opinião contrária à nossa é defendida por Eduardo Maia Costa, que escreve que “*Funcionários de investigação criminal não são apenas os funcionários de investigação da Polícia Judiciária, mas também todos aqueles que integram outros corpos policíacos e neles estão afetos a funções de investigação criminal (PSP, GNR, e SEF, este apenas no domínio dos crimes relacionados com imigração ilegal praticado por associações criminosas)*”¹³⁴. Ao ler a opinião de Eduardo Maia Costa, parece-nos que a sua ideia está baseada na expressão de “funcionários de investigação criminal”, que assim sendo permite a atuação de outros OPC no âmbito de uma ação encoberta.

Guedes Valente defende que a expressão “funcionários de investigação criminal” do nº2 do artigo 1º do RJAE, abrange única e exclusivamente os funcionários de investigação criminal da PJ e não os agentes da PSP ou da GNR. O autor afirma que “*agente infiltrado apenas pode ser um funcionário de investigação criminal da Polícia Judiciária*”¹³⁵. Este mesmo autor acrescenta que os funcionários de investigação criminal não pertencentes à PJ, nomeadamente elementos da PSP ou da GNR, poderão apenas intervir no âmbito de uma ação encoberta atuando como terceiros sob o controlo da PJ.¹³⁶

¹³³ Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE), criada pelo Decreto-Lei nº 274/2007, de 30 de Julho.

¹³⁴ COSTA, Eduardo Maia, “*Op. Cit.*”, página 362.

¹³⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*Teoria Geral...*”, página 588.

¹³⁶ *Idem, Ibidem*, páginas 588 e 589.

Confrontados perante estas duas opiniões distintas, afirmamos que concordamos em parte com Guedes Valente, isto é, na nossa opinião, a participação numa ação encoberta como “funcionário da investigação criminal” não está apenas destinada a funcionários da PJ, mas também a elementos do SEF, algo que Guedes Valente não refere, estando excluída a participação de agentes da PSP ou da GNR por força de tal expressão, sendo que também nos parece que não existe nada do ponto de vista legal que não permita a atuação de agentes da PSP ou da GNR como terceiros sob o controlo da PJ.

Ora, do nosso ponto de vista, o argumento decisivo para responder a tal questão, parece estar plasmado nos crimes de catálogo, previstos no artigo 2º do RJAE¹³⁷, que na sua maioria são de competência exclusiva da PJ, no que à prevenção e investigação criminal diz respeito.

É certo que a prevenção e investigação criminal a alguns desses crimes de catálogo, por não ser exclusiva da PJ, pode ser delegada a outro OPC, como por exemplo, quando estiverem em causa crimes contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda em abstrato, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes¹³⁸, mas os requisitos para tal deferimento não estarão reunidos.

Vejamos, o artigo 8º da LOIC é uma disposição legal de tremenda importância. Nos termos do plasmado no nº1, o deferimento da investigação criminal a outro OPC só acontecerá em obediência ao princípio da adequação, e, entre outros pressupostos, o crime em questão, no caso concreto, esteja relacionado com a pequena criminalidade ou a investigação não exija especial mobilidade de atuação ou meios de elevada especialidade técnica. O nº2 impossibilita o deferimento da competência caso se trate de criminalidade organizada ou de uma investigação que requeira elevados conhecimentos técnicos.

Ora, perante o que acabamos de dizer e perante aquilo que já dissemos, nomeadamente que as ações encobertas surgem como um dos métodos ocultos de investigação criminal que visa combater a criminalidade altamente organizada e que

¹³⁷ Em conjugação com o disposto nos números 2 e 3 do artigo 7º da LOIC.

¹³⁸ Tal entendimento resulta da conjugação do disposto na alínea a) do artigo 2º do RJAE com o disposto na alínea a) do nº3 do artigo 7º da LOIC.

recorrer a um método tão danoso de prevenção e investigação criminal deverá ser sempre em *ultima ratio*, não nos parece possível que, perante um crime de complexidade elevada, a PGR opte por delegar tal competência a outro OPC, que não a PJ, o órgão de investigação criminal por excelência. Aliás, tal delegação poderia colocar em causa o próprio princípio da proporcionalidade.

Assim, ao abrigo da expressão “funcionários de investigação criminal” parece-nos que apenas a PJ e o SEF¹³⁹ poderão utilizar agentes infiltrados no âmbito de uma ação encoberta.

Mas há outra questão importante que nos cabe responder. Será que só a PJ poderá utilizar um terceiro no âmbito de uma ação encoberta? Ou será que o SEF também poderá recrutar um terceiro e permitir a atuação deste sob o seu efetivo controlo? Eduardo Maia Costa defende que “*só a Polícia Judiciária tem autorização para “contratar” homens de confiança*”.¹⁴⁰ Em sentido contrário, Paulo Pinto de Albuquerque, aquando da fixação das condições para a relevância processual da ação encoberta, entende que “*o agente é um funcionário de investigação ou qualquer pessoa sob “controlo” da PJ ou do SEF*”.¹⁴¹

Do nosso ponto de vista não nos parece que tal possibilidade se encontre vedada ao SEF, pois não faria muito sentido se assim fosse. É certo que na letra da lei, nomeadamente no nº2 do artigo 1º do RJAÉ está expresso que o terceiro atua sob controlo da PJ, mas tal disposição legal foi emanada no ano de 2001, não estando ainda prevista a competência do SEF para a realização de ações encobertas, algo que apenas surgiu em 2007, com a aprovação da Lei nº23/2007, de 4 de Julho. Assim, é de nossa opinião que no espírito da norma plasmada no nº2 do artigo 1º do RJAÉ não é vetada a possibilidade do SEF recorrer a um terceiro.

Assim, do nosso ponto de vista, podemos afirmar que um terceiro poderá atuar sob controlo da PJ ou do SEF, desde que estejam reunidos todos os requisitos formais para tal. Aos restantes OPC, vedada a sua participação no âmbito de uma ação encoberta enquanto agente infiltrado, mas não como terceiros, resta, por questões de eficácia operacional e caso seja necessário, recorrer a uma técnica policial já abordada durante esta dissertação. Como já referimos, durante a nossa destrição dogmático-conceitual, o

¹³⁹ A competência do SEF resulta do plasmado no Artigo 188º da Lei nº 23/2007, de 4 de Julho.

¹⁴⁰ COSTA, Eduardo Maia, “*Op. Cit.*”, 2014, página 362.

¹⁴¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 681.

“agente encoberto” na classificação dos homens de confiança levada a cabo por Alves Meireis reconduz-se à figura do “agente à paisana”, que ocultando a sua qualidade e identidade frequenta locais conotados com a prática do crime e não estabelece qualquer relação de confiança com os suspeitos ou arguidos. Assim, caso a competência seja delegada a outros OPC, lembrando que para isso terão de estar reunidos determinados pressupostos já vistos, poderão utilizar esta técnica de investigação policial que não se enquadra no âmbito das ações encobertas.

Em jeito de síntese, podemos afirmar que no âmbito de uma ação encoberta poderão participar inspetores da PJ, elementos do SEF e terceiros sob orientação da PJ ou do SEF, nos termos que já abordámos.

Passemos agora aos crimes de catálogo, mediante os quais é admissível a prevenção e investigação criminal através de ações encobertas. Como já dissemos anteriormente, para além do que está preceituado no artigo 2º do RJAE, o artigo 19º da Lei do Cibercrime prevê a possibilidade de recurso a ações encobertas no decurso de inquérito relativo aos crimes previstos na Lei do Cibercrime e, em abstrato, ao crimes cometidos por meio de um sistema informático, quando a estes corresponda pena de prisão de máximo superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, entre outros. Para além destes 2 preceitos, importa referir que a Lei nº 23/2007, de 4 de Julho permite recorrer a ações encobertas para prevenção e investigação de crimes relacionados com a imigração ilegal em que estejam envolvidas associações criminosas.

Se olharmos para o artigo 2º do RJAE e para o nº2 do artigo 188º da Lei nº 23/2007, de 4 de Julho, verificamos que o legislador permitiu recorrer a ações encobertas no combate e prevenção da criminalidade mais grave, como é o caso, a título de exemplo, dos crimes de terrorismo¹⁴² e de crimes relacionados com a imigração ilegal em que estejam envolvidas associações criminosas, o que é compreensível em virtude de estarmos perante um método de investigação criminal bastante danoso.

Ora, com o preceituado no artigo 19º da Lei do Cibercrime é um pouco diferente, visto que há abertura para recorrer a ações encobertas quando estiverem em

¹⁴² Mediante o disposto na alínea f) do artigo 2º do RJAE.

causa crimes de gravidade penal mediana, algo que já vimos aquando do enquadramento legal. Se olharmos, a título meramente exemplificativo, para o crime de reprodução ilegítima de programa protegido, previsto e punível nos termos do disposto no artigo 8º da Lei do Cibercrime, verificamos que a moldura penal correspondente pode ir, no máximo, em abstrato, até 3 anos de pena de prisão.

Será que é compreensível e justificável esta opção legislativa de alargar os crimes de catálogo? Há autores que defendem a inconstitucionalidade do artigo 19º da Lei do Cibercrime, em virtude do leque de crimes abrangidos por ela ser tão vasto que inclui até a pequena criminalidade, constituindo assim uma flagrante violação do princípio da proporcionalidade. Outros, criticam a adoção na letra da lei de cláusulas indeterminadas, como por exemplo, “infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática”. No fundo, diversos autores defendem que a norma deve ser alvo de uma restrição teleológica.¹⁴³

Ora, do nosso ponto de vista, dando continuidade à nossa linha de raciocínio, nomeadamente no que ao recurso a ações encobertas diz respeito, isto é, deve estar apenas reservado para a criminalidade mais grave, não concordamos com a opção do legislador, e, deste modo, entendemos que a norma deve ser algo de uma restrição teleológica, tal como defende a maioria dos autores, e como veremos adiante.

Ainda assim, apesar de não concordarmos com tal opção legislativa, estamos conscientes da especial dificuldade inerente à prevenção e investigação criminal em ambiente informático-digital, porém, nunca se deve deixar de ter em conta que as ações encobertas são um meio extremamente lesivo de direitos fundamentais e, como tal, devem estar reservadas para a criminalidade mais grave, caso seja necessário, adequado e proporcional ao caso em concreto.

Centremo-nos agora no artigo 3º do RJAÉ, que prevê os requisitos do recurso a ações encobertas. No nº1 do artigo 3º do RJAÉ o legislador consagrou na letra da lei que só se deverá recorrer a ações encobertas caso seja estritamente adequado e proporcional aos fins de prevenção e repressão criminais no que à gravidade do crime e do caso concreto diz respeito.

¹⁴³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit*”, páginas 681 e 682.

Tal disposição legal surge em obediência aos requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito que fazem parte do princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou princípio da proibição do excesso, previsto no nº2 do artigo 18º da Lei Fundamental.

Segundo Gomes Canotilho, o princípio da proibição do excesso constitui um “*limite constitucional à liberdade de conformação do legislador*”.¹⁴⁴ Nas palavras de Reis Novais, este princípio surge como “*a referência fundamental do controlo da atuação dos poderes públicos em Estado de Direito, assumindo, particularmente no âmbito dos limites aos direitos fundamentais, o papel de principal instrumento de controlo da atuação restritiva da liberdade individual e de chave sem a qual, integrada no recurso à metodologia da ponderação de bens, não seria possível decifrar os complexos problemas que aí vêm suscitados.*”¹⁴⁵ Assim, não basta que esteja em causa a prevenção ou a investigação a um dos crimes catálogos, é necessário que perante o caso concreto se torne indispensável recorrer a este método.

Depois, ao ler o nº2, ficamos a saber que “ninguém pode ser obrigado a participar em ação encoberta”. Após uma primeira leitura, este requisito parece assumir particular relevância nos casos em que um terceiro atua no âmbito de uma ação encoberta sob orientação da PJ ou do SEF, não tanto quando a ação seja levada a cabo por agentes da PJ ou do SEF.

No entanto tal interpretação não corresponde à verdade. Segundo Guedes Valente, o nº2 do artigo 3º do RJAÉ consagra o “*princípio da liberdade em geral*”, mediante o qual está excluída a obrigatoriedade de participação numa ação encoberta, sendo também aplicável a todos os funcionários de investigação criminal e não apenas ao cidadão comum. O mesmo autor acrescenta que “*o dever de cumprir as funções adstritas à função de polícia não é suficiente face ao perigo concreto que acarreta esta técnica de investigação.*”¹⁴⁶

Neste aspeto, concordamos com Guedes Valente, pois, estamos perante um meio de prevenção e investigação criminal extremamente perigoso e extraordinário, podendo, inclusive, colocar em risco a própria família do agente infiltrado. Assim terá

¹⁴⁴ CANOTILHO, J.J.Gomes, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*” 7ª edição (11ª reimpressão), Edições Almedina, página 457.

¹⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis, “Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa”, página 161, *apud* RAMALHO, David Silva, “*Métodos Ocultos...*”, página 227.

¹⁴⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*Teoria Geral...*”, página 594.

de prevalecer a liberdade de autodeterminação por parte do agente de investigação criminal.

No nº3 do artigo 3º surge uma das maiores controvérsias do RJA, que mais tem suscitado dúvidas quanto à sua constitucionalidade.¹⁴⁷ Ao abrigo deste preceito normativo, o legislador permite que se realizem ações encobertas, para fins de investigação criminal, com um deferimento tácito por parte do juiz de instrução criminal. Isto é, o magistrado do MP autoriza o recurso à ação encoberta, dando obrigatoriamente conta disso ao juiz de instrução criminal, e caso o juiz não profira um despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes, considera-se válida a realização da mesma.

No entanto, o legislador, para fins de prevenção criminal, adotou uma solução diferente, isto é, ao abrigo do plasmado no nº4 do artigo 3º do RJA, é necessária autorização por parte do juiz de instrução criminal, não havendo lugar a deferimento tácito.¹⁴⁸

Perante isto, há uma questão que se impõe colocar. O que levou o legislador a consagrar regimes diferentes consoante os fins a que se destinam as ações encobertas? Após uma primeira leitura dos dois preceitos normativos, não se percebe. Mas, refletindo um pouco mais, estamos perante um flagrante caso do denominado “*periculum in mora*”. Ao abrigo do “*periculum in mora*”, e por força da necessidade de uma atuação mais célere, “*o legislador prevê a possibilidade de, em caso de urgência, os órgãos de polícia criminal atuarem por decisão própria, isto é, mesmo sem terem de*

¹⁴⁷ A proposta de Lei nº 79/VIII, que propôs o atual Regime Jurídico das Ações Encobertas, originalmente previa um regime diferente do que foi aprovado posteriormente, e que está atualmente em vigor. Com efeito, o nº3 do artigo 3º, dispunha que: “A realização de uma ação encoberta depende da prévia autorização da autoridade judiciária titular da direção do processo, a proferir no prazo máximo de cinco dias e a conceder por período determinado.” Ora, como sabemos, na fase de inquérito, a autoridade judiciária competente é o Ministério Público. Assim, a ideia inicial do Governo não contemplava qualquer intervenção do juiz de instrução criminal, estando em causa, como é evidente, a tutela preventiva de direitos fundamentais do visado, levando a uma flagrante violação material da CRP. Ainda assim, não obstante as alterações efetuadas a esta disposição legal, existem ainda sérias dúvidas sobre a sua constitucionalidade.

¹⁴⁸ A proposta de Lei nº79/VIII, que propôs o atual Regime Jurídico das Ações Encobertas, contemplava um regime diferente no que respeita ao recurso a ações encobertas para fins de prevenção criminal. Ao abrigo do nº4 do artigo 3º previa que: “Se a ação referida no número anterior decorrer no âmbito da prevenção criminal é competente para autorização o magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Ação Penal.”. Ora, mais uma vez, não se previa a intervenção do juiz das liberdades.

se socorrer de prévia autorização do juiz.”¹⁴⁹. No entanto, o legislador em virtude do “*periculum in mora*” que, a nosso ver, se verificará em circunstâncias excepcionais, e não por via de regra, resolveu transformar a exceção na regra, permitindo assim, às autoridades, para fins de investigação criminal, desenvolver ações encobertas sujeitando-as a um eventual diferimento tácito. Ora, como é evidente, o disposto no n.º 3 do artigo 3.º do RJAÉ consiste numa flagrante violação do princípio da reserva de juiz. A propósito da “*transformação da exceção na regra*”, Maria de Fátima Mata-Mouros, aponta vários perigos, entre os quais a “*parcialidade e fragilização da neutralidade da decisão*”.¹⁵⁰

Como sabemos, durante a fase de inquérito, que é conduzida pelo Ministério Público, o juiz de instrução criminal desempenha um importante papel, nomeadamente na tutela a título preventivo dos direitos fundamentais do visado. Assim, sempre que seja necessário “sacrificar” direitos fundamentais¹⁵¹, tal decisão caberá ao juiz de instrução criminal, que funciona como um pêndulo da imparcialidade. É, assim, ao juiz de instrução criminal, mediante proposta do MP, que cabe fiscalizar se os requisitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito se verificam no caso concreto¹⁵².

No fundo, tal como escreve David Ramalho, ao abrigo do princípio da reserva de juiz, incumbirá a este “*exercer uma função de representação compensatória do arguido, analisando criticamente os argumentos apresentados para a concessão da autorização judicial e contrabalançando-os com os interesses e direitos do visado*”.¹⁵³ Eduardo Maia Costa, igualmente crítico desta opção legislativa, escreve que um deferimento tácito coloca em causa o princípio da obrigatoriedade de fundamentação dos atos jurisdicionais, consagrado no n.º 3 do artigo 97.º do CPP e no n.º 1 do artigo 205.º da CRP.¹⁵⁴ Guedes Valente defende que a possibilidade de uma “*autorização*

¹⁴⁹ MATA-MOUROS, Mária de Fátima, “*Op. Cit.*”, página 103.

¹⁵⁰ *Idem*, *Ibidem*, página 113.

¹⁵¹ Se olharmos para o artigo 269.º do CPP, que tem como epígrafe “Atos a ordenar ou autorizar pelo juiz de instrução”, percebemos que o legislador, no n.º 1, em obediência ao princípio da reserva de juiz, não abdica da intervenção do juiz de instrução criminal quando estão em causa diligências que restringem direitos fundamentais.

¹⁵² Como acontece, por exemplo, nas escutas telefónicas. Conferir o n.º 1 do Artigo 187.º do CPP.

¹⁵³ RAMALHO, David Silva, “*Métodos Ocultos...*”, páginas 237 e 238.

¹⁵⁴ COSTA, Eduardo Maia, “*Op. Cit.*”, página 363.

superveniente tácita” é inconstitucional, no sentido de que viola o plasmado no nº4 do artigo 32º da CRP.¹⁵⁵

De facto, atualmente, assiste-se cada vez mais a um “esvaziamento” do papel do juiz das liberdades no que à proteção dos direitos fundamentais do visado diz respeito, chegando-se mesmo a prescindir em alguns casos da intervenção do juiz de instrução criminal na fase de inquérito.¹⁵⁶ Ora, tal tendência não é inocente. Nas palavras de Costa Andrade, fruto da nova legislação processual penal, assistimos a uma “*policialização da investigação*”, que consiste, em certo plano, no alargamento de espaços de atuação da polícia criminal fora de um controlo efetivo da autoridade judiciária e, particularmente, do juiz de instrução criminal.¹⁵⁷

Só assim se compreende tal opção do legislador, mas do nosso ponto de vista é mais um sinal dos tempos em que vivemos, onde se exige cada vez mais eficácia e celeridade da entidade Estatal na investigação criminal, e, assim, o direito processual penal, pressionado pelas exigências da sociedade, tende a atribuir um papel de maior importância ao MP, em detrimento do importante papel do juiz de instrução criminal na salvaguarda de direitos fundamentais.

O despacho de autorização por parte do juiz de instrução criminal assume ainda uma maior importância no que toca a suprir as lacunas existentes no RJAE, razão pela qual, em caso de inexistência de despacho, no que toca a fins de investigação criminal, ficarão por delimitar certas características da própria ação encoberta, deixando um espaço de manobra demasiado largo ao agente encoberto.

Se analisarmos ao pormenor a Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, percebemos que não existe qualquer tipo de limitação legal respeitante ao prazo da ação encoberta, nem tão pouco se delimita o âmbito da atuação por parte do agente infiltrado.

¹⁵⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*Teoria Geral...*”, página 596.

¹⁵⁶ Outro exemplo disso mesmo prende-se com o plasmado no nº1 do artigo 14º da Lei do Cibercrime, onde se prevê que a competência para autorizar o recurso à injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados é da autoridade judiciária competente. Assim, na fase de inquérito, quando não estiver em causa o acesso a dados protegidos pelo sigilo profissional, a competência pertence ao magistrado do Ministério Público, não havendo intervenção do Juiz de Instrução Criminal. Conferir: NUNES, Duarte Rodrigues, “*Op. Cit.*”, página 83.

¹⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, “*Métodos ocultos de investigação : Pladoyer para uma teoria geral*” in Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, página 529.

Tem sido entendido por diversos autores¹⁵⁸ que o despacho de autorização do juiz de instrução criminal deve indicar a duração da ação encoberta, a qual não poderá ocorrer por tempo indeterminado, e delimitar os atos a praticar por parte do agente infiltrado. Deste modo, é inegável que o silêncio do juiz de instrução criminal, constitui um grave problema. Ainda para mais, coloca um cenário de dúvida ao próprio agente infiltrado, que não tendo delimitados os atos que pode praticar ou não no decurso da ação encoberta, poderá involuntariamente cometer atos que o levem a incorrer em responsabilidade jurídico-penal, como veremos adiante.

A propósito, como escreve Paulo Pinto de Albuquerque, “*a autoridade judiciária deve elaborar um “plano inicial minucioso” da ação encoberta, acompanhar a sua execução e reformulá-lo em conformidade com as necessidades operacionais e de investigação, de modo a evitar uma “ação livre na causa” do agente encoberto*”.¹⁵⁹

Ora, não havendo lugar a despacho de autorização por parte do juiz de instrução criminal quando estivermos perante uma ação encoberta para fins de investigação criminal, ocorrendo dessa forma um deferimento tácito, como se saberá qual a duração dessa ação encoberta? Segundo escreve Eduardo Maia Costa, a duração dessa ação “*pelo menos, não pode exceder o prazo do inquérito, podendo ser inferior*”.¹⁶⁰

O único prazo que vem plasmado no RJAЕ surge no nº3 do artigo 5º e diz apenas respeito à vigência da identidade fictícia, mas como já vimos e veremos adiante, a ação encoberta pode ser levada a cabo sem se recorrer a uma identidade fictícia. Será que podemos aplicar esse prazo? Isabel Oneto entende que sim. Segundo esta autora, este prazo e a possibilidade de prorrogação devem aplicar-se analogicamente à ação encoberta sem identidade fictícia.

No entanto, surge um problema. O nº3 do artigo 5º do RJAЕ não define um limite temporal no que diz respeito à prorrogação. Paulo Pinto de Albuquerque entende que o limite máximo de uma ação encoberta para fins de investigação criminal coincidirá com o limite do prazo do inquérito.¹⁶¹

¹⁵⁸ A propósito, conferir: COSTA, Eduardo Maia, “*Op. Cit.*”, página 363

¹⁵⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, páginas 683.

¹⁶⁰ COSTA, Eduardo Maia, “*Op. Cit.*”, página 363

¹⁶¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 684.

Ora, somos levados a afirmar que a melhor solução passa pela aplicação analógica desse prazo previsto no nº3 do artigo 5º a todas as ações encobertas levadas a cabo para fins de investigação criminal, permitindo a sua prorrogação por períodos temporais de 6 meses, sendo que, a ação encoberta não poderá ultrapassar o prazo do inquérito, concordando com as sugestões de Isabel Oneto e Paulo Pinto de Albuquerque.

No entanto, e como já referimos anteriormente, é fundamental que o juiz de instrução criminal profira despacho no sentido de autorizar a ação encoberta e delimitar todas as questões essenciais que acabámos de ver, pois se assim não for, para além de inconstitucional, teremos um grande poder discricionário por parte dos agentes de investigação criminal.

No que toca ao prazo das ações encobertas para fins de prevenção criminal, Paulo Pinto de Albuquerque defende a inconstitucionalidade dos nºs 4 e 5 do artigo 3º, bem como do nº3 do artigo 5º, ambos do RJAЕ, por, na sua opinião, violarem o nº1 do artigo 26º da CRP, ao omitirem um prazo máximo para o desenvolvimento de ações encobertas para fins de prevenção criminal.¹⁶²

Ora, se olharmos para o nº1 do artigo 26º da CRP podemos constatar que estão consagrados alguns dos direitos fundamentais lesados pelas ações encobertas, como são os casos do direito à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada.

Assim, não havendo um prazo máximo ao abrigo da lei, para a realização de ações encobertas no âmbito da prevenção criminal, o legislador abre a porta a que estas sejam desenvolvidas por um prazo indeterminado, levando a uma lesão contínua dos direitos fundamentais do visado acima assinalados, o que, no fundo, seria uma ação encoberta abusiva e inconstitucional.

Perante isto, qual a solução a adotar? Mais uma vez, do nosso ponto de vista, terá de ser o juiz de instrução criminal, mediante despacho de autorização, a suprir as lacunas legais constantes do RJAЕ. Assim, o juiz de instrução criminal, na nossa opinião, deverá aplicar o prazo previsto no nº3 do artigo 5º da RJAЕ, recorrendo ao mesmo juízo de analogia se a atuação encoberta se realizar sem identidade fictícia,

¹⁶² *Idem, Ibidem*, página 684.

sendo que o prazo máximo terá de ser definido ao abrigo de um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade.

Quanto ao nº5 do artigo 3º do RJAE, surge na sequência do nº4 e esclarece que a competência para a iniciativa e decisão do desenvolvimento de ações encobertas para fins de prevenção criminal, é, respetivamente, do magistrado do MP junto do DCIAP e do Juiz do TCIC.

Resta apenas dizer que caso haja um despacho de recusa por parte do juiz de instrução criminal, nos termos do nº3 ou do nº4 do artigo 3º do RJAE, ou uma rejeição de prorrogação, modificação ou revogação da ação encoberta, o MP poderá recorrer de tal decisão, sendo que tal recurso tem subida imediata, em separado e com efeito suspensivo da decisão recorrida, nos termos do disposto no nº2 do artigo 406º, nº1 do artigo 407º e no artigo 408º, nº3, *in finé*, todos estes preceitos legais são do CPP.

No nº6 do artigo 3º está plasmado que a PJ fará o relato da intervenção do agente encoberto à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o seu termo.

Sobre o eventual valor probatório do relato do agente encoberto, iremos debruçar-nos adiante. Por agora, interessa apenas saber qual é a finalidade desse relato, isto é, para que serve o relato do agente encoberto? Segundo Eduardo Maia Costa, tal relato “*destina-se, antes e apenas, à fiscalização da atividade do agente por parte das autoridades judiciárias (Ministério Público e juiz)*”.¹⁶³ Na mesma linha, Sandra Pereira escreve que “*o relato da ação encoberta tem a importantíssima função de descrever o que aconteceu e, nessa medida, permitir uma fiscalização por parte das entidades competentes*”.¹⁶⁴

Ora, como podemos ver, o relato do agente encoberto servirá para escrutinar em que consistiu a sua atuação, isto é, se o agente encoberto foi mais além do que devia, nomeadamente se a sua atuação consistiu numa provocação e, eventualmente, se os atos por ele praticados podem consubstanciar uma eventual responsabilidade jurídico-penal.

A autoridade judiciária competente para fazer uma análise da atuação do agente encoberto é o juiz de instrução criminal, o que suscita imediatamente uma questão. No que diz respeito às ações encobertas para fins de prevenção criminal, temos

¹⁶³ COSTA, Eduardo Maia, “*Op. Cit.*”, página 365.

¹⁶⁴ PEREIRA, Sandra, “*Op. Cit.*”, página 152.

de ter necessariamente uma autorização expressa por parte do juiz de instrução criminal, o que, não acontece nas ações encobertas para fins de investigação criminal. Assim, o que acontece nos casos em que houve lugar a um deferimento tácito? Paulo Pinto de Albuquerque e Isabel Oneto defendem, e bem, que, mesmo quando haja lugar a um deferimento tácito, o relato do agente encoberto deverá ser presente ao juiz de instrução criminal.¹⁶⁵

Concordamos com a opinião sufragada por estes dois autores, pois só o juiz das liberdades poderá fazer uma análise totalmente imparcial da atuação do agente encoberto. Assim, caso se trate de uma ação encoberta para fins de prevenção criminal, o relato será, desde logo, entregue ao juiz de instrução criminal, para que este o analise. Caso se trate de uma ação encoberta para fins de investigação criminal, o relato do agente encoberto será, num primeiro momento, analisado pelo magistrado do MP que tenha a direção do inquérito, e, posteriormente, pelo juiz de instrução criminal.

E se a PJ não cumprir o requisito da elaboração do relato da intervenção do agente encoberto, isto é, por outras palavras, se não houver relato da ação encoberta? Qual é a consequência jurídica?

Ora, o RJAÉ é omissivo quanto a isso, não estabelecendo nenhuma previsão quanto à consequência jurídica da eventual inexistência de relato do agente encoberto. Assim, seguiremos de perto a opinião sufragada por Isabel Oneto, que escreve que “*A inexistência jurídica tem como consequência a sua inexistência jurídica, em obediência ao princípio quod nullum est nullum producit effectum (...) pelo que fica afastada a possibilidade de, por essa via, trazer ao processo um meio de prova obtido no decurso dessa ação encoberta.*”¹⁶⁶

Deste modo, não tendo havido a elaboração do relato da intervenção do agente encoberto, faz todo o sentido, na nossa opinião, que seja juridicamente inexistente.

Nos termos do nº6 do artigo 3º do RJAÉ, está previsto que a PJ dispõe de um prazo máximo de 48 horas para entregar o relato à autoridade judiciária competente. E se, porventura, a PJ entregar o relato da intervenção do agente encoberto, tendo para isso excedendo o prazo máximo das 48 horas? Qual a consequência jurídica do

¹⁶⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 684.

¹⁶⁶ ONETO, Isabel, “*Op. Cit.*” página 194.

incumprimento dessa formalidade legal? Terá a mesma consequência jurídica da inexistência do relato? Não nos parece.

Assim, mais uma vez, seguindo a opinião de Isabel Oneto, entendemos que o incumprimento do prazo máximo de 48h, levará a uma irregularidade, sanável no momento da validação por parte da autoridade judiciária competente.¹⁶⁷

Depois, ao abrigo do disposto no nº1 do artigo 5º do RJAE, ficamos a saber que os “*agentes da polícia criminal podem atuar sob identidade fictícia*”. Ora, consoante está disposto na lei, parece-nos que se encontra vedada a atribuição de uma identidade fictícia a um terceiro que atue sob controlo da PJ ou do SEF. Assim, do nosso ponto de vista, apenas os inspetores da PJ ou do SEF poderão “beneficiar” da atribuição de uma identidade fictícia para atuar no âmbito de uma ação encoberta.

Tal opção legislativa parece-nos que, evidentemente, está relacionada com a própria segurança e proteção do agente encoberto, que, como já dissemos anteriormente, está exposto a riscos extremos. Deste modo, na visão de David Silva Ramalho, tal opção permite “*atuar permanentemente sob outra identidade oficial, de modo a que possa utilizá-la com aparência de genuinidade nos diversos aspetos da sua vida, durante o período de infiltração (em princípio deverão, inclusivamente, ser-lhe facultados documentos e registos de identificação paralelos, como sejam cartão de cidadão, registo, criminal, conta bancária, etc.)*”¹⁶⁸

Assim, o agente encoberto sob identidade fictícia, poderá utilizar tal identidade em todos os momentos da sua vida, sendo que só não poderá obter quaisquer vantagens ou proveitos pessoais do uso da mesma. Por exemplo, sob identidade fictícia, poderá realizar negócios jurídicos como tal, mas não poderá celebrar casamento com uma pessoa, segundo à qual, em virtude da sua verdadeira identidade, haja um impedimento dirimente.¹⁶⁹

¹⁶⁷ *Idem, Ibidem*, página 198.

¹⁶⁸ RAMALHO, David Silva, “*Métodos Ocultos...*”, páginas 304 e 305.

¹⁶⁹ A propósito, conferir o plasmado na alínea c) do artigo 1601º e no artigo 1602º do Código Civil.

A atribuição da identidade fictícia é feita através de despacho do Ministério da Justiça, mediante proposta do diretor nacional da PJ. No entanto, a intervenção do Ministério da Justiça, na opinião de Paulo Pinto de Albuquerque, e bem, viola a CRP.¹⁷⁰

Paulo Pinto de Albuquerque, apontando como exemplo a Lei alemã, onde não existe qualquer intervenção do poder executivo, escreve que está em causa uma “*violação clara da independência dos tribunais, no caso em que a decisão de autorização compete ao juiz, e uma violação da autonomia do MP no caso em que a decisão de autorização lhe compete.*”¹⁷¹

De facto, não se compreende tal opção por parte do legislador. Do nosso ponto de vista, a atribuição da identidade fictícia deveria, em ambos os casos, isto é, caso se trate de ação encoberta no âmbito da prevenção ou investigação criminal, ser atribuída através de despacho do juiz de instrução criminal, a pedido do diretor nacional da PJ, pois, como é evidente, recorrer a uma identidade fictícia deverá ocorrer apenas quando seja estritamente necessário, adequado e proporcional, não bastando que se trate apenas de uma ação encoberta, pois, como já vimos, conceder uma identidade fictícia a um funcionário de investigação criminal não provoca danos apenas no seio da sua atuação, pois o agente poderá praticar todos os atos de uma vida normal através de identidade dissimulada, algo que provoca necessariamente danos na própria sociedade. Assim, mais uma vez, é de nossa opinião, que tal decisão deverá passar obrigatoriamente pelo crivo do juiz de instrução criminal.

Ainda em relação à identidade fictícia, importa salientar que tal identidade é válida por um período de 6 meses, sendo prorrogável por períodos de igual duração, ao abrigo do disposto no artigo 5º, nº3, *in liminé*, do RJAE, e que o despacho que atribui tal identidade é classificado de secreto e deve incluir referência à verdadeira identidade do agente encoberto, nos termos do nº4 do mesmo artigo do mesmo diploma legal.

¹⁷⁰ Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, o disposto no nº2 do artigo 5º do RJAE viola os artigos 203º, 205º, nº2 e 219º, nºs 1 e 2, da CRP.

¹⁷¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 683.

2.2 - O Agente Encoberto e o seu valor probatório

Como já foi dito anteriormente, o agente encoberto é um meio oculto de obtenção de prova, que, como é evidente, visa obter meios de prova.¹⁷² Segundo escreve Paulo de Sousa Mendes, a prova é, no direito processual penal, “*o esforço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis*”.¹⁷³

Ora, como já foi analisado, aquando da admissibilidade dos homens de confiança em sentido amplo à luz dos princípios constitucionais e processuais penais, a lei portuguesa veda a valoração das provas obtidas através de uma atuação provocatória, sendo admissíveis aquelas em que a atuação do agente infiltrado foi pautada pelo respeito do plasmado no ordenamento jurídico português, nomeadamente na CRP, CPP e RJAÉ.

Cumpre-nos agora, averiguar em que termos e condições poderão ser eventualmente valoradas as provas obtidas pelo agente encoberto.

Começando pelo relato do agente encoberto, nos termos do nº1 do artigo 4º do RJAÉ, ficamos a saber que o relato da intervenção do agente encoberto só poderá ser anexado ao processo se o mesmo for “*absolutamente indispensável em termos probatórios*”.

Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, a conjugação do nº3 do artigo 4º com o nº1 do mesmo artigo, ambos do RJAÉ, permite estabelecer uma dualidade de critérios entre a junção do relato do agente encoberto que atuou sob identidade fictícia e a junção do relato do agente encoberto que não atuou sob identidade fictícia, à luz do “*risco de prejuízo para a segurança dos agentes envolvidos*”.¹⁷⁴

Assim, o critério legal para a junção do relato do agente encoberto que atuou sob identidade fictícia é o da “*absoluta indispensabilidade*”, ao passo que o critério legal para aferir da junção ao processo do relato do agente encoberto que atuou sem

¹⁷² Segundo o plasmado no artigo 341º do Código Civil, as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos.

¹⁷³ MENDES, Paulo de Sousa, “*As proibições de prova no processo penal*” in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 2004, página 132.

¹⁷⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 685.

identidade fictícia é o da “necessidade”, a efetuar à luz do consagrado no nº1 do artigo 275º do CPP.

De facto, ao ler todo o artigo 4º do RJAÉ ficamos com a ideia de que o legislador consagrou a regra da não anexação do relato da intervenção do agente encoberto ao processo, pois a sua anexação aos autos será sempre a título excepcional, tendo como finalidade a proteção do próprio agente ou do terceiro que atuou sob controlo da PJ ou do SEF, pois como veremos adiante, o próprio depoimento do agente encoberto em audiência de julgamento é prestado em condições especiais.

Nas palavras de Guedes Valente, a junção do relato do agente encoberto ao processo terá de obedecer ao “*princípio da indispensabilidade probatória*”, isto é, se a junção for tida como indispensável no caso concreto, então “*jamais*” a autoridade judiciária deverá ordenar a sua junção, prevalecendo assim a segurança do agente.¹⁷⁵

Ora, como sabemos, em virtude do plasmado no nº2 do artigo 4º do RJAÉ, a eventual decisão de indispensabilidade de tal junção poderá ocorrer até ao *terminus* da fase de inquérito ou, eventualmente, da fase de instrução, pois como sabemos, trata-se de uma fase facultativa no âmbito do processo penal comum, sendo que a competência para decidir sobre a indispensabilidade da junção do relato ao processo será da autoridade judiciária que dirige essa fase processual.

Segundo David Silva Ramalho, tal opção legislativa, de consagrar a regra da não junção do relato da intervenção do agente infiltrado ao processo sofre de inconstitucionalidade material, por violar o disposto no nº1 do artigo 32º da CRP. Na opinião deste autor, a regra deveria ser a da junção do relato do agente encoberto ao processo, e, analisando o caso concreto, caso exista um sério risco à segurança do agente, então não se deveria juntar o relato ao processo, isto é, apenas a título excepcional se deveria proceder à não junção do relato ao processo.¹⁷⁶

De facto, partilhamos da tese sufragada por David Silva Ramalho, pois definir como regra a não junção do relato ao processo afeta inequivocamente o princípio da igualdade de armas, que surge como uma das dimensões do processo leal e equitativo, consagrado no artigo 6º da CEDH. À luz do princípio da igualdade de armas, como é sabido, a acusação e a defesa devem dispor de iguais oportunidade e meios de expor e

¹⁷⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*Teoria Geral...*”, página 598.

¹⁷⁶ RAMALHO, David Silva, “*Métodos Ocultos...*”, página 308.

demonstrar perante o juiz as suas razões de facto e de direito, o que, necessariamente, não acontecerá caso não seja anexado ao processo o relato da ação encoberta. Caso não seja anexado tal relato aos autos, como é que o juiz do julgamento saberá que foi obtida prova através de uma ação encoberta? Não o saberá, pois não existe nada na lei que lhe permita saber.

Assim, tal como David Silva Ramalho, defendemos que a regra deveria ser a da junção do relato do agente encoberto ao processo, constituindo exceção a não junção do relato, por motivos de segurança no caso concreto, pois, em alguns casos poderá estar em causa a própria vida do agente infiltrado, o que como é óbvio, à luz de um juízo de proporcionalidade, a vida permanecerá como bem jurídico mais importante de salvar.

É chegado o momento de analisar qual o valor probatório do relato da intervenção do agente encoberto, caso este seja anexado ao processo. É praticamente unânime na doutrina que o relato do agente encoberto, só por si, não poderá ter qualquer valor probatório.

Paulo Pinto de Albuquerque entende que o relato não tem qualquer valor probatório na audiência de julgamento, pois caso assim fosse estaríamos a infringir o princípio da imediação, consagrado no nº1 do artigo 355º do CPP. Segundo este autor, só o depoimento pessoal do agente encoberto valerá como meio de prova do que ele fez, viu e ouviu. No entanto, Paulo Pinto de Albuquerque defende que “*Ao invés, as fotos ou outros registos de imagem que possam ter sido juntas ao relato são documentos que podem ser, se colhidos legalmente, valorados na audiência de julgamento.*”¹⁷⁷

Na mesma linha, Sandra Oliveira e Silva, criticando a expressão “*em termos probatórios*” plasmada no nº1 do artigo 4º do RJAÉ, entende que só valerá como meio de prova a audição do agente encoberto em sede de julgamento, rejeitando a valoração probatória do relato só por si.¹⁷⁸

Concordamos com Paulo Pinto de Albuquerque e com Sandra Oliveira e Silva, na medida em que admitindo a eventual valoração probatória do relato da intervenção

¹⁷⁷ *Idem, Ibidem*, página 685.

¹⁷⁸ SILVA, Sandra Oliveira e, “*Protecção de testemunhas em Processo Penal*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 151.

do agente encoberto, nomeadamente do que este fez, viu e ouviu, consistiria numa flagrante violação do princípio da imediação.

O princípio da imediação¹⁷⁹ é um dos princípios fundamentais do direito processual penal português, que, em conjunto com o princípio do contraditório, o princípio da concentração, o princípio da oralidade e o princípio da publicidade, regem a audiência de julgamento. A propósito, Germano Marques da Silva escreve que “*o princípio da imediação traduz-se essencialmente no contacto pessoal entre o juiz e os diversos meios de prova*” acrescentando que “*toda a prova tem de ser produzida ou examinada oralmente na audiência e nela discutida também oralmente, perante e com a intervenção do tribunal*”.¹⁸⁰

No fundo, a decisão do julgador deve ser o resultado da impressão com que este ficou das declarações orais e outras provas perante ele produzidas em audiência, sendo que é à luz deste princípio que surge a necessidade de os juízes participarem na audiência do início ao fim da mesma.

Neste sentido, concordamos com a tese sufragada por Sandra Pereira, que analisando a letra da lei do RJAÉ à luz do princípio da imediação e do princípio do contraditório, entende que “*o relato, a ser junto ao processo por ser indispensável enquanto meio de prova, terá de implicar necessariamente o chamamento do agente infiltrado a depor em audiência de julgamento e deverá ser corroborado por outros meios de prova*” acrescentando que a “*mera leitura do relato, em regra, não deve ser admissível por respeito ao artigo 356º, nº4 do CPP*”.¹⁸¹

Como é evidente, para além do princípio da imediação, também à luz do princípio do contraditório, consagrado, desde logo, no nº5 do artigo 32º da CRP, é inadmissível a valoração probatória do relato da intervenção do agente encoberto só por si.

O princípio do contraditório, nas palavras de Germano Marques da Silva, só se realiza eficazmente quando a acusação e a defesa tenham garantida a possibilidade de: “*a) Conhecer as opiniões, argumentos e conclusões da outra “parte” e manifestar as suas próprias; b) Indicar os elementos de facto e de direito que fundamentam as suas*

¹⁷⁹ Uma exceção a este princípio está consagrada no nº1 do artigo 357º do CPP, onde é permitida a leitura, em sede de julgamento, de declarações feitas anteriormente pelo arguido.

¹⁸⁰ SILVA, Germano Marques da, “*Direito Processual Português...*” página 212.

¹⁸¹ PEREIRA, Sandra, “*Op. Cit.*”, página 154.

*conclusões e produzir as provas que as atestam; c) Participar ativamente na produção e discussão da prova em audiência; d) Exercer uma atividade propulsiva do processo.*¹⁸²

Assim, partilhamos da opinião sufragada por Sandra Pereira, na medida em que o relato do agente encoberto só terá valor probatório se for acompanhado do depoimento em audiência de julgamento por parte do agente encoberto. Contudo, não podemos deixar de concordar com Paulo Pinto de Albuquerque, na medida em que este autor entende que os registos fotográficos ou de imagem constantes do relato do agente encoberto, caso sejam recolhidos de forma legal, terão valor probatório, independentemente da presença ou não do agente encoberto em sede de audiência de julgamento para prestar depoimento.

Ora, chegou o momento de analisarmos em que condições é que o agente encoberto poderá prestar depoimento no processo. Como sabemos, o RJAÉ, nos nºs 3 e 4 do artigo 4º, estabelece um regime especial quanto ao depoimento do agente encoberto que atue sob identidade fictícia, nada dizendo sobre o depoimento do agente encoberto que atuou sem identidade fictícia. Assim, somos levados a crer que o depoimento do agente encoberto sem identidade fictícia não observará circunstâncias especiais.

O nº3 do artigo 4º do RJAÉ estabelece que *“oficiosamente ou a requerimento da Polícia Judiciária, a autoridade judiciária competente pode, mediante decisão fundamentada, autorizar que o agente encoberto que tenha atuado com identidade fictícia ao abrigo do artigo 5º da presente lei preste depoimento sob esta identidade em processo relativo aos factos objeto da sua atuação”*.

Já o nº4 do mesmo artigo, que apenas diz respeito à fase julgamento, dispõe que *“No caso de o juiz determinar, por indispensabilidade da prova, a comparência em audiência de julgamento do agente encoberto, observará sempre o disposto na segunda parte do nº1 do artigo 87º do CPP, sendo igualmente aplicável o disposto na Lei nº 93/99, de 14 de Julho”*.

Assim, após a leitura destas duas disposições normativas, ficamos a saber que o agente encoberto pode intervir como testemunha no processo, sendo que, na fase de

¹⁸² SILVA, Germano Marques da, *“Direito Processual...”*, página 210.

juízo prestará depoimento em circunstâncias especiais, e esse depoimento terá um valor probatório “limitado”, como veremos adiante.

Mas vamos analisar o nº3 do artigo 4º do RJAE, que estabelece um regime de autorização, no que toca ao depoimento do agente infiltrado sob identidade fictícia nas fases processuais anteriores à fase de julgamento.

Paulo Pinto de Albuquerque lança bastantes críticas a esta disposição normativa. Primeiro, entende que o regime de autorização é “*manifestamente insuficiente*”, acrescentando que “*a “decisão fundamentada” sobre a proteção da identidade do agente encoberto é tomada sem garantia do contraditório, ao invés do que se prevê no artigo 18º da Lei nº 93/99, de 14 de julho*”. Em segundo lugar, dá-nos conta de que a decisão sobre a não revelação da identidade do agente encoberto não está reservada ao juiz, como está prevista tal situação no artigo 17º da Lei nº93/99, de 14 de julho¹⁸³. E, por fim, em suma, sufraga a inconstitucionalidade material do nº3 do artigo 4º do RJAE, pois, na sua opinião, viola o disposto no nº1 do artigo 32º da CRP, por este “*não reservar a um juiz a decisão aí referida e não prever qualquer forma de contraditório prévio a essa decisão*”.¹⁸⁴

Concordamos em absoluto com as críticas de Paulo Pinto de Albuquerque a tal disposição normativa, pois torna-se evidente que o legislador não salvaguardou o exercício do contraditório, não respeitando desta forma um dos princípios fundamentais do processo penal, antes que a autoridade competente tome qualquer decisão sobre o eventual depoimento do agente encoberto sob identidade fictícia em sede de inquérito ou instrução. Além disso, tal como refere Paulo Pinto de Albuquerque, ao estabelecermos um paralelismo com o disposto no nº1 do artigo 17º da Lei nº 93/99, de 14 de julho, entendemos que quanto à revelação da identidade do agente encoberto o legislador deveria consagrar na letra da lei que o juiz de instrução seria a autoridade competente para tomar tal decisão, pois teria de ser o juiz de instrução criminal a efetuar, mais uma vez, um controlo à luz do princípio da proporcionalidade.

Centremo-nos agora na fase de julgamento e no nº4 do artigo 4º do RJAE.

¹⁸³ A Lei de Proteção de Testemunhas em Processo Penal dispõe no nº1 do seu artigo 17º que “A não revelação de identidade da testemunha é decidida pelo juiz de instrução, a requerimento do Ministério Público.”

¹⁸⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 685.

É à luz do plasmado no nº4 do artigo 4º do RJAE que o juiz, mediante “*indispensabilidade da prova*” pede a comparência do agente encoberto na audiência de julgamento, a fim de prestar depoimento.

Ao lermos tal disposição normativa, ficamos com uma dúvida. O legislador referiu-se apenas a “agente encoberto”, não referindo se este atuou ou não sob identidade fictícia. Porém, ao efetuar uma análise cuidada da disposição legal, entendemos que a mesma deve ter aplicabilidade em ambos os casos, pois as especialidades de tal depoimento não trazem riscos acrescidos quer se trate de um agente encoberto que tenha atuado ou não sob identidade fictícia, sendo que, como é evidente, tal opção legislativa, tem como escopo a segurança e proteção do agente.

Ora, as circunstâncias especiais que envolvem o depoimento do agente encoberto são a exclusão da publicidade da audiência e a aplicação do regime da proteção de testemunhas em processo penal.¹⁸⁵

Antes de mais, é importante salientar que o depoimento do agente encoberto não está limitado por quaisquer restrições, isto é, o agente encoberto poderá depor sobre tudo aquilo que viu e ouviu o arguido dizer durante a prática dos factos típicos, não se colocando, aqui, o problema das “conversas informais”.¹⁸⁶

Ora, por força do regime plasmado na Lei nº 93/99, de 14 de julho, nomeadamente do previsto nos artigos 16º, 18º e 19º, existem várias circunstâncias que carecem de análise, sendo que a mais relevante, do ponto de vista do valor probatório, é a que está plasmada no artigo 19º.

É ao abrigo do nº1 do artigo 19º da Lei nº 93/99, de 14 de julho que ficamos a saber que o agente encoberto poderá prestar depoimento em audiência de julgamento com recurso à ocultação de imagem ou à distorção de voz ou por teleconferência, de modo a evitar o reconhecimento do agente, porém, tal depoimento só será admissível no seguimento do “processo complementar de não revelação de identidade”, que está consagrado no artigo 18º.

¹⁸⁵ Rui Pereira entende que o regime da proteção de testemunhas, plasmado na Lei nº93/99, de 14 de julho, não é de aplicação obrigatória. Conferir: PEREIRA, Rui, “O “*agente encoberto*”...”, página 299.

¹⁸⁶ Neste sentido, seguimos de perto o entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque. Conferir: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 924. Também Carlos Teixeira entende que “*o depoimento indireto do agente encoberto, devidamente autorizado, é admitido expressamente por lei, não obstante se (poder) reportar a declarações informais do arguido...*” Conferir: TEIXEIRA, Carlos Adérito, “*Op. Cit.*”, página 183.

Assim, à luz do artigo 18º, a admissibilidade do depoimento sob anonimato do agente encoberto terá de ser aferida pelo juiz de instrução criminal, sendo que para tal ser viável, terá de se verificar algum dos pressupostos plasmados no artigo 16º desse mesmo diploma legislativo. Caso não se verifique nenhum desses pressupostos no caso em concreto, então o juiz de instrução criminal deverá rejeitar a utilização deste meio de prova.

Já o nº2 do artigo 19º da Lei nº93/99, de 14 de julho prevê o valor probatório do depoimento prestado em tais circunstâncias. Assim, nos termos dessa disposição normativa, ficamos a saber que nenhuma decisão condenatória se poderá fundar, exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento ou nas declarações produzidas pelo agente encoberto, afastando assim o princípio da livre apreciação da prova¹⁸⁷ por parte do juiz. Aliás, tal como defende, e bem, Paulo Pinto de Albuquerque, uma eventual decisão condenatória fundada exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento prestado por testemunha cuja identidade não foi revelada viola o princípio da presunção da inocência.¹⁸⁸ Como já vimos anteriormente, o princípio da presunção da inocência assume, desde a sua origem, uma dimensão protetora contra determinados abusos por parte da entidade Estatal, não só durante a fase de inquérito, mas até à decisão que transite em julgado, e, assim sendo, um depoimento recolhido em tais condições não nos parece poder oferecer ao julgador um grau de certeza exigível e necessário para uma decisão condenatória, até porque no nosso ordenamento jurídico também vigora o princípio *in dubio pro reu*.

É compreensível, à luz dos princípios estruturantes do direito processual penal, nomeadamente o contraditório e a imediação, não esquecendo o princípio da lealdade e da presunção da inocência, que o depoimento em condições de anonimato não tenha o mesmo valor probatório de um depoimento prestado em condições “normais”, pois tal depoimento não permite que haja um “debate” entre o agente encoberto e a defesa do arguido, provocando, inclusive, dúvidas quanto à fiabilidade do depoimento. Deste modo, consideramos que é uma boa decisão por parte do legislador, digna de um

¹⁸⁷ O princípio da livre apreciação da prova, encontra-se plasmado no artigo 127º do CPP. Este princípio significa que, no ato de valoração da prova, a fim de se decidir pelo que considera provado ou não provado, suficientemente ou não suficientemente indiciado, a entidade competente não está sujeita a outros critérios que não sejam as regras da experiência e a sua livre convicção. No entanto, importa salientar que se deve ter em atenção as proibições de prova, às quais o juiz terá sempre de ter atenção.

¹⁸⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit*”, página 349.

processo penal que vê a prossecução da verdade material como um dever ético e jurídico.

E quanto às decisões de absolvição? O depoimento do agente encoberto terá o mesmo valor probatório das decisões condenatórias? Não pensamos que assim seja.

O RJAÉ é omissivo quanto ao valor probatório do depoimento do agente encoberto. Assim, acompanhamos de perto a opinião sufragada por Sandra Pereira e por Sandra Oliveira e Silva, que entendem que “*Não havendo previsão legal específica a este respeito e não estando em causa restrições a direitos fundamentais de nenhum sujeito processual, teremos de aplicar as regras gerais: o depoimento será valorado de acordo com o princípio da livre convicção do tribunal*”.¹⁸⁹

2.3– A (ir)responsabilidade penal do agente encoberto

É chegado o momento de analisarmos uma temática que mais dúvidas e questões tem suscitado na doutrina. Na sequência do que foi abordado anteriormente, ficamos a saber que a atuação do agente encoberto compreende necessariamente um conjunto de atos a realizar no seio da própria atividade criminosa. Porém, como também já vimos, tais atos a executar durante a ação encoberta deveriam ser delimitados pelo juiz de instrução criminal aquando da emissão do despacho de autorização da ação encoberta, que no nosso ponto de vista, deveria ter lugar à priori para fins de prevenção e investigação criminal.

Acontece que, como é evidente, por razões de eficácia e até por razões de segurança, para que não haja uma quebra de confiança no agente encoberto por parte do líder do grupo que pratica a atividade criminosa, a lei permite ao agente encoberto que pratique determinados atos suscetíveis de gerar responsabilidade jurídico-penal.

É ao abrigo do consagrado no nº1 do artigo 6º do RJAÉ que não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma ação encoberta, consubstancie a prática de atos preparatórios ou de execução de uma infração em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.

¹⁸⁹ PEREIRA, Sandra, “*Op. Cit.*”, página 158.

Ora, qual é a natureza desta isenção da responsabilidade penal do agente encoberto? A doutrina, na sua grande maioria, entende que se trata de uma causa de justificação, nomeadamente o cumprimento de um dever.¹⁹⁰

Como sabemos, no Ordenamento Jurídico Português, nomeadamente em sede de direito penal, existem causas de justificação ou exclusão da ilicitude, ao abrigo das quais é afastada a responsabilidade jurídico-penal do agente. O CP, mais precisamente nos artigos 31º e seguintes, prevê várias causas de justificação, a saber: a legítima defesa, o exercício de um direito, o direito de necessidade, o cumprimento de um dever e o consentimento do ofendido.

Rui Pereira entende, igualmente, que a isenção da responsabilidade penal do agente encoberto é enquadrável na causa de justificação consagrada na alínea c) do nº2 do artigo 31º do CP, isto é, se a conduta do agente encoberto respeitar os limites legais estabelecidos pelo RJAÉ, nomeadamente os requisitos previstos no nº1 do artigo 6º, não haverá lugar a responsabilidade jurídico-penal, pois tais atos serão praticados no exercício do cumprimento de um dever, desempenhando uma atividade “*apreciada positivamente pela Ordem Jurídica e reconduzível a uma lógica de ponderação de interesses, valores ou bens jurídicos conflitantes*”¹⁹¹.

Porém, Rui Pereira considera que se trata de uma “*causa de exclusão da ilicitude estritamente penal*”. Assim, na opinião deste autor, importa retirar três consequências: a) o Estado poderá ser responsabilizado pelos danos ou prejuízos causados a pessoas inocentes no âmbito da ação encoberta; b) apenas o agente encoberto usufruirá da isenção de responsabilidade penal, pois os restantes participantes no crime não beneficiarão de tal isenção; c) será considerada como justificada, ao abrigo de legítima defesa¹⁹², a reação de pessoas inocentes que sejam vítimas de agressões ou de terceiros que as defendam.¹⁹³

Em relação às duas últimas consequências sufragadas por Rui Pereira, parecem-nos evidentes. Primeiro, no que respeita à não isenção da responsabilidade penal dos participantes no crime, não seria lógico que estes beneficiassem de uma isenção de responsabilidade penal como o agente encoberto, que apenas pratica tais atos

¹⁹⁰ ONETO, Isabel, “*Op. Cit.*”, páginas 154 e 155.

¹⁹¹ PEREIRA, Rui, “*O “agente encoberto...”*”, página 301.

¹⁹² O artigo 32º do CP define a legítima defesa como o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão atual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro.

¹⁹³ *Idem, Ibidem*, página 302.

legitimado pela prossecução da prevenção e investigação criminal, isto é, à luz de um juízo de proporcionalidade podemos afirmar que tais atos serão necessários tendo em conta a finalidade de tal atuação, que se prende com o bem-estar da sociedade. Em segundo lugar, no que diz respeito à possibilidade da prática de atos ao abrigo de legítima defesa por parte de pessoas inocentes ou de terceiros que as defendem perante a conduta do agente encoberto (que elas, em princípio, desconhecem como sendo um funcionário de investigação criminal ou um terceiro sob o seu controlo) também é lógico que assim seja.

No fundo, a permissão da prática de factos típicos ao agente encoberto prende-se, como escreve Isabel Oneto, com uma “*ponderação de valores*” em conflito, sendo que a prática de tais atos é “*positivamente valorada pela ordem jurídica e, assim, justificada atendendo às finalidades da ação*”.¹⁹⁴

De facto, a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados pelo agente encoberto no âmbito de uma ação encoberta tem sido alvo de debate na doutrina, pois é necessário saber se em virtude do princípio da unidade da ordem jurídica, plasmado no n.º 1 do artigo 31.º do CP, poderá o Estado incorrer em tal responsabilidade.

Não nos parece que o princípio da unidade da ordem jurídica possa constituir um obstáculo à eventual responsabilidade civil do Estado, pois como escreve Germano Marques da Silva, à luz do princípio da unidade da ordem jurídica “*não podem existir contradições*”, isto é, um facto não pode ser penalmente ilícito e simultaneamente lícito em termos civis e administrativos, mas um facto ilícito em termos civis ou administrativos já pode ser penalmente irrelevante.¹⁹⁵

Assim, nada obsta a que haja responsabilidade civil por parte do Estado no que diz respeito aos danos patrimoniais ou não patrimoniais advenientes da atuação do agente encoberto no âmbito da ação encoberta.

¹⁹⁴ ONETO, Isabel, “*Op. Cit....*”, página 179.

¹⁹⁵ SILVA, Germano Marques da, “*Direito Penal Português – Teoria do Crime*”, Universidade Católica Editora, 2012, página 162.

Isabel Oneto e Paulo Pinto de Albuquerque, por exemplo, também entendem que haverá lugar a Responsabilidade Civil do Estado, nos termos do plasmado no DL n° 48.051, de 21 de novembro de 1967.¹⁹⁶

Ora, numa primeira leitura *ab contrario*, ficamos, desde logo, a saber que é punível a conduta do agente provocador, pois, como já vimos, a atuação do agente provocador, inadmissível à luz dos princípios constitucionais e processuais penais, consiste na instigação ou autoria mediata, sendo que à luz de tal disposição normativa, um dos pressupostos para a isenção da responsabilidade penal do agente encoberto é, precisamente, que o agente encoberto não atue como moral.

Como é sabido, no ordenamento jurídico português, a autoria¹⁹⁷ pode ser classificada em autoria material e autoria moral, sendo importante destrinçar cada uma delas. Quanto aos autores materiais, nas palavras de Germano Marques da Silva, “*são os que executam, realizam, no todo ou em parte, o facto típico. Se o facto é realizado por mais de uma pessoa, a cada um dos executantes chama-se coautor material*”.¹⁹⁸ Em relação aos autores morais, Germano Marques da Silva escreve que “*é autor moral quem causa a realização de um crime utilizando ou fazendo atuar outrem por si e distinguem-se em instigadores e autores mediatos*”.¹⁹⁹

Ora, estando vedada a isenção de responsabilidade penal por parte do agente encoberto cujos atos se coadunem com a autoria moral, resta-nos saber em que circunstâncias é que a conduta do agente encoberto poderá originar uma isenção de responsabilidade penal.

Da análise do plasmado no RJAE, mais precisamente no n°1 do artigo 6º, para além da já referida exclusão da instigação e da autoria mediata, estão consagrados mais três requisitos: a) a legalidade da ação encoberta; b) a prática de atos preparatórios ou executivos de um crime sob a forma de comparticipação; c) proporcionalidade entre a conduta do agente encoberto e a finalidade da mesma.

¹⁹⁶ Conferir, respetivamente: ONETO, Isabel, “*Op. Cit.*”, página 186; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 686.

¹⁹⁷ O artigo 26º do CP, cuja epígrafe é “Autoria”, prevê que é punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.

¹⁹⁸ SILVA, Germano Marques da, “*Direito Penal Português...*”, página 361.

¹⁹⁹ *Idem, Ibidem*, página 363.

O requisito da legalidade da ação encoberta surge, desde logo, no nº1 do artigo 6º do RJA, quando está expresso na letra da lei que não é punível a conduta do agente encoberto “*no âmbito de uma ação encoberta*”. Ora, o que significa isto? Significa que o agente encoberto terá de atuar em conformidade com todos os requisitos formais e materiais, que já analisamos anteriormente, que estão plasmados no RJA. Por exemplo, esta isenção de responsabilidade jurídico-penal não terá aplicabilidade ao “agente à paisana” ou “agente encoberto” na ótica da classificação de Alves Meireis, que já analisamos anteriormente.

O segundo requisito, que delimita a conduta do agente encoberto à prática de atos preparatórios ou executivos de um crime sob a forma de participação, suscita diversas questões.

Antes de mais, convém esclarecer o que são atos preparatórios e atos de execução, que estão inseridos no conceito de *Iter Criminis*.²⁰⁰

Os atos preparatórios, na ótica de Germano Marques da Silva são atos que surgem com o “*fim de facilitar ou preparar a perpetração do crime a que se dirige a intenção*”²⁰¹, isto é, são atos que precedem a execução do crime, e em princípio, não são suscetíveis de punição, nos termos do consagrado no artigo 21º do CP.²⁰²

Se os atos preparatórios, em princípio, não geram a punição do agente que os praticou, por que motivo o legislador consagrou a possibilidade da prática de tais atos gerar uma isenção da responsabilidade penal do agente encoberto? A única resposta possível será para os casos excecionais em que o legislador penal tipificou como punível a sua prática, sendo que neste caso, tal como escreve Isabel Oneto, teremos de “*proceder ao confronto com o catálogo de crimes previsto no artigo 2º do Regime Jurídico das Ações Encobertas, com vista a ferir os casos concretos de não punibilidade do agente*”.²⁰³

Diferentemente, os atos de execução, segundo o plasmado nas alíneas do nº2 do artigo 22º do CP, são: a) os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de

²⁰⁰ Segundo Germano Marques da Silva, “*designa-se por iter criminis a conduta do agente, em parte mental e em parte física, que vai desde a decisão de cometer o crime até à sua consumação*”. Conferir: *Idem, Ibidem*, página 305.

²⁰¹ *Idem, Ibidem*, página 307.

²⁰² Um exemplo de punição pela prática de atos preparatórios está previsto para o crime de incêndio florestal, entre outros, ao abrigo do disposto no artigo 275º do CP.

²⁰³ ONETO, Isabel, “*Op. Cit.*”, página 152.

crime; b) os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou c) os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.

No entanto, em virtude de a definição de atos de execução constar do artigo 22º do CP, cuja epígrafe é “tentativa” suscitou, desde logo uma questão controversa. Será que o legislador apenas permitiu ao agente encoberto que realize atos de execução sob a forma tentada?

Isabel Oneto entende que sim. A autora escreve que “*o legislador limitou a ação do agente infiltrado a ilícitos típicos na forma tentada, não lhe permitindo a consumação*”. No entanto, entendendo que os atos de execução poderão ser apenas praticados sob forma tentada, critica o legislador, afirmando que, deste modo, será difícil que o agente encoberto ganhe a confiança dos indivíduos do grupo criminoso.²⁰⁴

Nuno Loureiro, entende que não e enumera diversos argumentos, dos quais, os mais importantes do nosso ponto de vista, vamos abordar de seguida. Em primeiro lugar, entende que se é verdade que os atos de execução são um dos elementos do conceito tentativa, também é verdade que não são o único elemento, pois, para existir consumação do facto típico, por via de regra, é necessário que o agente pratique atos de execução. Assim, em ambos os casos “*houve sempre (atos de) execução do crime*”²⁰⁵, razão pela qual não se justifica que o agente encoberto esteja limitado à prática de atos de execução sob a forma tentada. Depois, se apenas fosse permitida a prática de atos sob a forma tentada, “*estar-se-ia a excluir a ilicitude dos atos de execução sob a forma de cumplicidade praticados pelo agente encoberto*”, concluindo que se assim fosse se justificava “*um ato tentado (de cúmplice) que não é punível, ao mesmo tempo que não se justificava o efetivo ato de cumplicidade*”.²⁰⁶ Por último, e talvez mais importante, na linha de pensamento que motivou a crítica de Isabel Oneto ao legislador, Nuno Loureiro entende que tal opção legislativa “*resultaria em uma maior restrição à atuação permitida ao agente encoberto no âmbito do RJAÉ do que em relação ao regime anterior(...) que não impunha essa limitação*”.²⁰⁷

²⁰⁴ *Idem, Ibidem*, página 153.

²⁰⁵ LOUREIRO, Nuno Miguel, “A responsabilidade penal do agente encoberto” in Revista do Ministério Público, nº 142 (Abril: Junho 2015), página 100.

²⁰⁶ *Idem, Ibidem*, página 101.

²⁰⁷ *Idem, Ibidem*, página 101.

Ora, na nossa opinião, o entendimento de Nuno Loureiro parece-nos mais acertado por diversas razões. Como é óbvio, se o agente encoberto apenas pudesse praticar atos de execução sob a forma tentada, poderia estar em causa o sucesso da sua atuação e, conseqüentemente, a finalidade, seja ela de prevenção ou de investigação criminal, da própria ação encoberta. Depois, surgindo o RJAE como um dos mecanismos de resposta por parte do Estado a um novo paradigma mundial no que ao crime organizado diz respeito, como já vimos, teria lógica que o legislador restringisse o campo de atuação do agente encoberto relativamente à disposição legal anteriormente em vigor e aprovada num diferente contexto mundial? Não nos parece.

Assim, entendemos que o agente encoberto poderá praticar atos de execução de um crime, desde que atue sob a forma de participação.

Deste modo, é chegado o momento de analisarmos o regime da participação criminosa. O regime da participação consiste na prática de um facto típico com a participação de vários agentes, sendo que, para este regime vigora o princípio da imputação objetiva, que, segundo Germano Marques da Silva, significa que *“a cada uma dos participantes é imputada a totalidade do facto típico, independentemente da concreta atividade que cada um dos participantes haja realizado”*, isto é, o agente que praticou apenas atos preparatórios, em princípio, responderá pela eventual consumação do crime.²⁰⁸

Existem duas modalidades de participação na participação: a autoria e a cumplicidade. Como já vimos, a autoria moral está vedada ao agente encoberto, pelo que, no âmbito da autoria, apenas poderá participar como autor material ou coautor material.

Assim, podemos concluir que o agente encoberto não poderá praticar nenhuma infração criminal sob a forma de autoria material singular, estando a isenção de responsabilidade penal limitada aos atos praticados sob a forma de participação. A propósito, Rui Pereira escreve que *“Nas hipóteses de autoria singular material, o “agente encoberto” é, mais do que “agente provocador” até, o único agente da infração”*.²⁰⁹

²⁰⁸ SILVA, Germano Marques da, *“Direito Penal Português...”*, página 347.

²⁰⁹ PEREIRA, Rui, *“O “agente encoberto...”*, página 302.

Em relação à cumplicidade, o nº1 do artigo 27º do CP define o cúmplice como aquele que, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso.

Deste modo, há que distinguir entre cumplicidade material e cumplicidade moral. A cumplicidade material, segundo Germano Marques da Silva, consiste no “*auxílio material prestado por qualquer forma à prática por outrem de um facto doloso*” sendo que “*(...) é no entanto, dispensável no sentido de que o executor, na sua falta, posto que com mais dificuldade, poderia ainda levar a cabo a empresa criminosa*”.²¹⁰ Ao invés, a cumplicidade moral, como escreve Germano Marques da Silva, “*é o equivalente ao conselho ou instigação de outrem que não constitua autoria moral, isto é, que não determine outrem à prática do facto*”.²¹¹

Assim, surge uma questão pertinente. Será que o agente encoberto, para usufruir da isenção de responsabilidade penal, poderá apenas atuar como cúmplice material, estando vedada a sua participação como cúmplice moral?

Se estabelecermos um paralelismo com a autoria, podemos ser levados a responder que está vedada tal participação, mas não nos parece que assim seja. Em primeiro lugar, na cumplicidade moral, ao invés do que sucede na autoria moral, o auxílio moral do cúmplice não constitui um facto determinante e decisivo para que o agente cometa a infração criminal, pois este já tomou tal decisão, independentemente da ação do cúmplice, não havendo, assim, qualquer instigação.²¹² Depois, o nº1 do artigo 6º do RJAÉ prevê a isenção da responsabilidade penal do agente encoberto que atue “*em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata*”. Ora, assim sendo, parece-nos que apenas está excluída a participação do agente encoberto como autor moral da infração criminal, sendo permitida a sua atuação como cúmplice material ou moral.

Assim, podemos concluir que o agente encoberto poderá atuar, sob a forma de comparticipação criminal, como autor material, coautor material e cúmplice (material

²¹⁰ SILVA, Germano Marques da, “*Direito Penal Português...*”, página 373.

²¹¹ *Idem*, *Ibidem*, página 374.

²¹² O Ac. do TRP de 7 de Março de 2018 (Processo nº 32/16.7SFPRT.P1) abordando precisamente a distinção entre a cumplicidade moral e a instigação entendeu que “É a existência dessa prévia determinação que distingue a cumplicidade da autoria por instigação”. Acórdão disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6e16b0bd3d25c1f08025826d003d8b69?OpenDocument&Highlight=0,cumplicidade,moral>
Consulta efetuada no dia 20 de Novembro de 2018.

ou moral), no âmbito de uma ação encoberta, praticando atos preparatórios e/ou atos executivos.

O último requisito é o da proporcionalidade entre a conduta do agente encoberto e a finalidade da mesma. Mais uma vez, o legislador reafirma a importância do princípio da proporcionalidade, que servirá novamente de pêndulo para analisar a conduta desenvolvida pelo agente encoberto ao longo da ação encoberta, nomeadamente se existirão excessos ou se a sua atuação poderia ser menos lesiva quanto ao fim a que se destinava.

A propósito, segundo Eduardo Maia Costa, para além de delimitarem ao estritamente necessário, os atos praticados pelo agente encoberto devem “*revestir-se da menor ofensividade possível para terceiros, e não abranger ofensas pessoais, a não ser devidamente em legítima defesa ou em estado de necessidade; devem ainda as consequências do ato ilícito praticado não ser totalmente incontroláveis ou irreversíveis*”.²¹³

Rui Pereira, relativamente ao requisito da proporcionalidade, à luz de um paralelismo com o direito de necessidade, estabelece alguns critérios relativos aos quais se deve atender tendo em conta o preenchimento de tal requisito.²¹⁴

O primeiro dos critérios sufragados por Rui Pereira é o da razoabilidade do sacrifício²¹⁵. Segundo este critério, “*há bens jurídicos cujo sacrifício não é razoável exigir*”²¹⁶. O segundo critério é o da “*manifesta superioridade dos bens jurídicos a salvar relativamente aos que se verifiquem*”.²¹⁷ O terceiro, e último, é o “*perigo de continuação da atividade criminosa e sua iminência*”.²¹⁸

Ora, tais critérios, sugeridos por Rui Pereira, constituem, na nossa perspetiva, uma boa base para se averiguar, no caso concreto, se o requisito da proporcionalidade se encontra ou não preenchido.

Como é evidente, não beneficiará de uma isenção de responsabilidade jurídico-penal o agente encoberto que atue de uma forma desproporcional ao fim a que se

²¹³ COSTA, Eduardo Maia, “*Op. Cit.*”, página 365.

²¹⁴ PEREIRA, Rui, “*O “agente encoberto...”*”, página 306.

²¹⁵ Conferir a alínea c) do artigo 34º do CP.

²¹⁶ PEREIRA, Rui, “*O “agente encoberto ...”*”, página 306.

²¹⁷ *Idem, Ibidem*, página 306.

²¹⁸ *Idem, Ibidem*, página 307.

destina, sendo que consubstanciará um excesso no exercício de uma causa de exclusão da ilicitude.

É por isso que reafirmamos, novamente, a importância da delimitação dos atos a praticar pelo agente encoberto através do despacho judicial de autorização da ação encoberta. Como é óbvio, durante uma ação encoberta, as circunstâncias rapidamente podem alterar-se e o agente encoberto, até por motivos de segurança, necessita de praticar atos que não constem do conteúdo do despacho proferido pelo juiz de instrução criminal, e, obviamente, tais atos terão de ser analisados devidamente à luz de um juízo de proporcionalidade com vista a saber se tais atos excederam ou não o que lhe é permitido, mas, é inegável, do nosso ponto de vista, que se os seus atos no âmbito da ação encoberta fossem delimitados, seria menor o risco de, porventura, o agente encoberto cometer algum erro sobre a ilicitude de algum dos seus atos.

Assim, cumpre-nos levantar a seguinte questão. O que acontecerá ao agente encoberto se ele extravasar os limites legais da ação encoberta? A resposta é óbvia, incorrerá em responsabilidade jurídico-penal, sendo que o procedimento criminal deverá obedecer, desde logo, ao disposto no nº2 do artigo 6º do RJAÉ.

No entanto, tal como escreve Rui Pereira, é necessário distinguir duas situações²¹⁹. Há situações em que o agente encoberto pratica atos que não preenchem os requisitos da isenção da responsabilidade penal, plasmados no nº1 do artigo 6º do RJAÉ, por incorrer em erro, e, outras situações em que isso acontece porque o agente encoberto se depara com uma situação de inexigibilidade.

Obviamente, por uma questão de lógica, o agente encoberto não será punido de igual forma em ambas as situações.²²⁰ Se o agente encoberto ocorrer numa situação de erro relativamente às circunstâncias de facto, como por exemplo, conhecendo perfeitamente os conceitos jurídicos, pensa que está a atuar como cúmplice moral, mas, de facto, está a atuar como instigador, será punido nos termos do nº2 do artigo 16º do CP. Se o erro advier da ignorância do agente encoberto relativamente a tais conceitos jurídicos, o que poderá acontecer se, porventura, a ação encoberta for levada a cabo por um terceiro, ele não saberá, em princípio, que tal comportamento é ilícito, e, em virtude disso, será punido nos termos do artigo 17º do CP.

²¹⁹ *Idem, Ibidem*, página 307.

²²⁰ Seguimos de perto o entendimento de Rui Pereira. *Idem, Ibidem*, páginas 304 e 307.

Relativamente aos casos em que o agente encoberto se encontra numa situação de inexigibilidade, a conduta por ele adotada poderá ser desculpável por estado de necessidade, ao abrigo do consagrado no artigo 35º do CP. Por exemplo, imagine-se que o agente encoberto se vê deparado com uma situação em que, sob ameaça de ser morto, tem de participar na prática de um homicídio sob qualquer uma das formas de participação? Como é razoável, não se poderá exigir ao agente encoberto que não participe no homicídio, mas para isso não poderá o agente ser autor moral. Se o agente encoberto correr risco de vida e instigar um dos participantes a matar uma pessoa, para provar que é de confiança, não poderá usufruir do consagrado no artigo 35º do CP, sendo punível nos termos gerais.

2.4- O recurso a outros meios de obtenção de prova no âmbito das ações encobertas

Como escreve Costa Andrade, quem levar a cabo ações encobertas “*não pode, só por isso, e no contexto da ação, proceder a escutas, gravações fonográficas ou fotográficas não consentidas...*”.²²¹ Como veremos a seu tempo, nas ações encobertas, em ambiente digital, existe um preceito normativo, o nº2 do artigo 19º da Lei do Cibercrime, que visa regular o recurso por parte do agente encoberto a outros meios de obtenção de prova no âmbito da sua atuação. Como não poderia deixar de ser, e porque consideramos ser relevante, cumpre-nos suscitar em que termos é que o agente encoberto, em ambiente físico, poderá recorrer a outros métodos de obtenção de prova, como por exemplo, as escutas telefónicas ou o registo de voz e imagem, no desenrolar da sua atuação, visto que a proposta de Lei nº79/VIII consagrava originalmente um artigo que visava responder a tal questão, mas que foi suprimido.²²²

O que terá originado a que tal norma tivesse sido suprimida e não tenha entrado em vigor? Paulo Pinto de Albuquerque entende que o legislador “*pretendeu subsumir estas intromissões na privacidade do visado ao regime geral*”.²²³ Na nossa opinião, parece-nos que foi dado um passo na direção certa, pois tal preceito normativo

²²¹ ANDRADE, Manuel da Costa, “*Métodos ocultos...*”, página 541.

²²² O artigo 7º da Proposta de Lei nº 79/VIII, sob a epígrafe “*Prova*” dispunha que: “1-É permitida aos agentes encobertos a produção de registos fotográficos, cinematográficos, fonográficos, por meio de processo eletrónico, ou quaisquer outros registos mecânicos, sem consentimento do visado, no âmbito da prevenção e repressão dos crimes previstos no artigo 2º. 2- A produção destes registos depende de prévia autorização da autoridade judiciária titular da direção do processo. 3- A concessão de autorização obedece aos seguintes critérios: a) Interesse da diligência para a descoberta da verdade ou para a prova; b) Adequação e proporcionalidade em relação à gravidade do crime em investigação.”

²²³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 683.

facilitaria recorrer a meios de obtenção de prova extremamente lesivos, resvalando para o campo da inconstitucionalidade material, pois não nos parecia respeitar o princípio da proporcionalidade. A título de exemplo, o registo de voz e imagem, que restringe o direito à reserva da intimidade da vida privada²²⁴, cujo regime jurídico está plasmado no artigo 6º da Lei nº5/2002, de 11 de Janeiro²²⁵, sendo apenas admissível nos crimes de catálogo previstos no artigo 1º do mesmo diploma legal, e para fins de investigação criminal, com a eventual entrada em vigor do artigo 7º seria possível recorrer a tal método para fins de prevenção e investigação criminal, para além de um alargamento dos crimes de catálogo, pois seria admissível nos crimes previstos no artigo 2º do RJA. Ora, como é evidente, prever a possibilidade de recorrer ao registo de voz e imagem no âmbito de uma ação encoberta, para fins de prevenção criminal, seria desproporcional, pois não se justificaria recorrer a um método extremamente lesivo, estando já em curso uma ação de prevenção no âmbito de outro método extremamente lesivo e restritivo de direitos fundamentais, como é o caso das ações encobertas. Assim, no âmbito de uma ação encoberta, o agente encoberto apenas poderá proceder ao registo de voz e imagem nos termos do regime jurídico previsto na Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro. O mesmo valerá em relação a outros meios de obtenção de prova, como por exemplo as escutas telefónicas ou as escutas ambientais, a que o agente encoberto apenas poderá recorrer mediante autorização judicial, nos termos previstos pelos seus respetivos regimes jurídicos.

Deste modo, não nos parece que seja possível recorrer, no âmbito de uma ação encoberta, para fins de prevenção criminal, a escutas telefónicas²²⁶ ou ao registo de voz

²²⁴ Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, a intromissão na vida privada deve ser considerada abusiva quando efetuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judiciária necessária, desproporcional ou aniquiladora dos próprios direitos. Conferir: CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital, "A Constituição da República Portuguesa Anotada", Volume I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007, página 524.

²²⁵ Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, o artigo 6º da Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro aplica-se aos casos em que exista "(1) recolha cumulativa de imagem e de voz, (2) recolha apenas de imagem ou (3) recolha de voz em que não haja conversaço". Conferir: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, "Op. Cit.", página 546.

²²⁶ Segundo escreve Nuno Serrão de Faria, "a interceção telefónica só pode ter lugar durante o inquérito..." em obediência ao "paradigma constitucional de que a intervenção nas comunicações privadas só pode ocorrer num processo criminal já em curso (artigo 34º, nº4)". Conferir: FARIA, Nuno Serrão de, "Acesso aos Registos das Escutas Telefónicas", *Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, Coordenação de Teresa Pizarro Beleza e Frederico Lacerda da Costa Pinto, 6ª Reimpressão, Almedina, 2016, página 210.

imagem²²⁷, em virtude de a sua utilização estar sujeita ao seu regime jurídico, que apenas permite a sua utilização no âmbito da investigação criminal. Assim, no âmbito de uma ação encoberta, apenas será possível recorrer a tais métodos de obtenção de prova no decurso de uma investigação criminal.

3- O Artigo 19º da Lei do Cibercrime

Antes de mais, cabe referir que relativamente às ações encobertas, em ambiente digital, apenas abordaremos questões relativas às problemáticas inerentes ao plasmado no artigo 19º da Lei do Cibercrime, pois, como veremos, o regime a aplicar às ações encobertas, em ambiente digital, será o previsto no RJAE.

3.1- Breves considerações relativas à investigação criminal em ambiente digital

Como já vimos anteriormente, a evolução tecnológica, nomeadamente a Internet, constitui um enorme desafio, quiçá o maior de todos, para a investigação criminal, e, conseqüentemente para o Estado. Não existe, por enquanto, uma definição ou noção de cibercrime, contudo, nas palavras de Nuno Gonçalves, podemos definir o cibercrime como “*uma infração penal cuja prática pressupõe, necessariamente, o uso ou o aproveitamento de um computador, ou seja, a conduta típica penalmente ilícita é executada através da informática*”.²²⁸ Bastaria olharmos para a Internet, na ótica do utilizador comum, que não possui um determinado nível de conhecimento técnico-científico que lhe permita conhecer ou navegar de forma anónima na “outra face da Internet” para percebermos que a identificação real do suspeito de infração criminal e a correspondente recolha de prova digital constituirá uma enorme dificuldade para as entidades responsáveis pela prevenção e investigação criminal.

A *Surface Web*, a Internet acessível ao mero utilizador comum, “*pode ser definida como a parte da Internet que é geralmente acessível através dos motores de busca, como sejam o Google, o Bing ou o Yahoo!...*” ao invés da *Deep Web* (expressão

²²⁷ O nº1 do artigo 6º da Lei nº 5/2002, de 11 janeiro expressa inequivocamente que apenas “*É admissível, quando necessário para a investigação de crimes...*”, estando assim excluída a sua utilização para fins de prevenção criminal. Importa referir que as imagens e sons recolhidos através de um sistema de videovigilância não estão submetidas ao regime plasmado no artigo 6º da Lei nº5/2002, de 11 de janeiro. Conferir: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 547.

²²⁸ GONÇALVES, Nuno Filipe de, “*Velhos métodos de resposta face a novos desafios criminais: a compatibilidade do regime jurídico das ações encobertas com a lei do cibercrime*” in *Direito da Lusofonia : cultura, direitos humanos e globalização: 1º congresso internacional de direito na lusofonia*, Braga, 2014, página 338.

criada por Michael Bergman), a tal “outra face da Internet” que “*será aquela área da Internet que não é acessível através dos mores de busca...*” e que em 2001 “*tinha uma dimensão que se estimava ser entre 400 a 550 vezes superior à da Surface Web...*”.²²⁹

Aceder à *Deep Web* requer a utilização de software específico²³⁰, que oferece aos seus utilizadores a possibilidade de aceder a conteúdo ilícito, como por exemplo, páginas de pornografia infantil, propaganda terrorista, comércio de armas, droga, entre outras coisas, sobretudo na *Dark Web*²³¹, caso pretendam, pois na *Deep Web* não existirá apenas conteúdo ilícito²³², de forma anónima, que não deixe “rasto” sobre tal acesso.

Como é evidente, a investigação criminal na *Deep Web*, levada a cabo pelas autoridades competentes, enfrentará grandes dificuldades, o que leva a que se adotem, necessariamente, métodos de investigação criminal mais agressivos, como é o caso das ações encobertas. Segundo David Silva Ramalho, no âmbito da *Dark Web* as ações encobertas têm revelado uma eficácia incomparável em relação aos restantes meios de investigação criminal.²³³

Além disso, coloca-se outro problema a nível digital. Uma simples comunicação, através da Internet, como por exemplo, o envio de um e-mail, poderá extravasar os limites territoriais da jurisdição nacional, sendo que, através do cruzamento de dados, poderá envolver diferentes ordenamentos jurídicos até chegar ao seu destino final.²³⁴

Ora, perante um problema de acesso transfronteiriço a dados informáticos, que segundo David Silva Ramalho, “*deve ser analisado em três planos conexos: o plano da*

²²⁹ RAMALHO, David Silva, “*A Investigação Criminal na Dark Web*” in Revista da Concorrência e Regulação, nº 14/15 (Abril-Setembro 2013), páginas 385 e 386.

²³⁰ Ao longo das últimas décadas temos assistido à criação de software específico para navegar na *Deep Web*, como por exemplo a *Freenet* ou o *Tor*. Os criadores desse tipo de software fazem-no com um objetivo comum: permitir navegar na *Deep Web* sob anonimato, de forma a que a entidade Estatal não controle as pesquisas efetuadas e, sobretudo, não consiga localizar o utilizador que as faz. Conferir: RAMALHO, David Silva, “*A Investigação Criminal...*”, páginas 387 a 396.

²³¹ No interior da *Deep Web* encontramos 4 subdivisões: a *Dark Web*, a *Web Privada*, a *Web Proprietária* e a *Web realmente invisível*.

²³² Na *Deep Web* também encontramos bibliotecas digitais que possibilitam o acesso de forma livre e gratuita a diversas obras e livros.

²³³ RAMALHO, David Silva, “*A Investigação Criminal...*”, página 409.

²³⁴ RAMALHO, David Silva, “*Métodos Ocultos...*”, página 58.

soberania, o da jurisdição e o da legalidade”²³⁵, surge a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa.²³⁶

A Lei do Cibercrime, aprovada pela Lei n° 109/2009, de 15 de Setembro, transpôs para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n°2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro²³⁷, relativa a ataques contra sistemas de informação²³⁸, adaptando, igualmente, o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa.²³⁹

Como já vimos anteriormente, o legislador português, através do artigo 19° da Lei do Cibercrime, consagrou uma nova vertente das ações encobertas: as ações encobertas em ambiente digital.²⁴⁰ Com efeito, passámos a ter duas modalidades de ações encobertas²⁴¹: as ações encobertas realizadas em ambiente físico (reguladas pela Lei n° 101/2001, de 25 de Agosto/ RJAe) e as ações encobertas realizadas em ambiente digital (reguladas pelo artigo 19° da Lei do Cibercrime).

3.2- Requisitos de admissibilidade e âmbito de aplicação

O n°1 do artigo 19° da Lei do Cibercrime dispõe que “*É admissível o recurso às ações encobertas previstas na Lei n° 101/2001, de 25 de Agosto, nos termos aí previstos, no decurso de inquérito relativo aos seguintes crimes: a) Os previstos na presente lei; b) Os cometidos por meio de um sistema informático, quando lhes corresponda, em abstrato, pena de prisão superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as*

²³⁵ *Idem, Ibidem*, página 61.

²³⁶ A Convenção sobre o Cibercrime estabeleceu, como princípio geral, o recurso aos mecanismos de cooperação internacional, sempre que os dados informáticos estejam armazenados em território estrangeiro, salvo se houver um acordo entre esses Estados ou os dados estiverem publicamente acessíveis, como por exemplo, o Facebook, ou exista “consentimento de pessoa legalmente autorizada”. Conferir: *Idem, Ibidem*, páginas 69 a 75.

²³⁷ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32005F0222> ; Consulta efetuada no dia 21 de Novembro de 2018.

²³⁸ A Decisão Quadro n°2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro foi substituída pela Diretiva 2013/40/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Agosto de 2013. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32013L0040> ; Consulta efetuada a 21 de Novembro de 2018.

²³⁹ Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/09/17900/0635406378.pdf> ; Consulta efetuada no dia 21 de Novembro de 2018.

²⁴⁰ Segundo David Silva Ramalho, o legislador português ao consagrar as ações encobertas em ambiente digital na Lei do Cibercrime, veio suprir uma lacuna na Convenção do Cibercrime.

Conferir: RAMALHO, David Silva, “*A Investigação Criminal...*”, página 407.

²⁴¹ No mesmo sentido, RAMALHO, David Silva, “*Métodos Ocultos...*”, página 285.

infrações económico-financeiras, bem como os crimes consagrados no título IV do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.”

Ora, como podemos observar, o legislador faz depender o recurso a ações encobertas em ambiente digital do preenchimento dos requisitos de admissibilidade plasmados no RJAE, que já mereceram a nossa análise anteriormente.

Relativamente à panóplia de crimes, há que distinguir dois tipos de casos. Por um lado, ao abrigo da alínea a) do n.º1 do artigo 19.º, os crimes previstos na presente lei, nomeadamente nos artigos 3.º a 8.º, que são o crime de falsidade informática, dano relativo a programas ou outros dados informáticos, sabotagem informática acesso ilegítimo, interceção ilegítima e reprodução ilegítima de programa protegido. Por outro lado, ao abrigo da alínea b) do n.º1 do artigo 19.º, é permitido recorrer a ações encobertas, em ambiente digital, sempre que o facto típico seja cometido por meio de um sistema informático²⁴² e a conduta e moldura penal se enquadrem nos requisitos estabelecidos nesse mesmo preceito legal.

Deste modo, uma das questões mais controversas e discutidas na doutrina, sobre a qual já nos pronunciámos anteriormente, que tem gerado bastantes críticas, prende-se com o facto de ter havido um alargamento da panóplia de crimes às quais é permitido recorrer às ações encobertas.

Duarte Nunes, por exemplo, manifestou “*estranheza pelo facto de se tratar de um catálogo completamente diverso do catálogo do artigo 2.º da Lei n.º 101/2001, sendo muito mais amplo.*”²⁴³

Como é evidente, por tudo o que foi dito ao longo da presente dissertação, em que sempre defendemos que o recurso a ações encobertas, pelo seu carácter extremamente lesivo de direitos fundamentais, se deve, única e exclusivamente, verificar quando estiver em causa a criminalidade organizada, e conseqüentemente, mais complexa, temos alguma dificuldade em compreender e perceber por que razão o legislador permitiu que se “banaliza-se” o recurso a este método oculto de investigação

²⁴² A alínea a) do artigo 2.º da Lei do Cibercrime define sistema informático como “qualquer dispositivo ou conjunto de dispositivos interligados ou associados, em que um ou mais de entre eles desenvolve, em execução um programa, o tratamento automatizado de dados informáticos, bem como a rede que suporta a comunicação entre eles e o conjunto de dados informáticos armazenados, tratados, recuperados ou transmitidos por aquele ou aqueles dispositivos, tendo em vista o funcionamento, utilização, proteção e manutenção.”

²⁴³ NUNES, Duarte Rodrigues, “*Op. Cit.*”, página 206.

criminal, que deve apenas ser utilizado em casos excepcionais, quando se estivesse perante pequena e média criminalidade, apesar de sabermos que tem revelado grande eficácia.

Mais uma vez, a necessidade da eficácia no combate à criminalidade parece ter levado o legislador a permitir o recurso a um método extremamente lesivo, mesmo estando em causa pequena e média criminalidade.

Nuno Gonçalves defende que se deve restringir o âmbito material preceituado pelo nº1 do artigo 19º, de modo a que apenas se aplica “*aos (ciber)crimes inseridos abstrata e objetivamente no conceito de criminalidade grave, quando cometidos de forma dolosa*”. O mesmo autor acrescenta que não se deve recorrer a ações encobertas, em ambiente digital, quando estiverem em causa crimes de “*pequena e média criminalidade, ou quando cometidos de forma negligente, por estas formas de criminalidade não se inserirem dentro das finalidades e requisitos definidos pelo RJAÉ...*”²⁴⁴

Ora, na nossa opinião, caberá, como sempre, ao juiz de instrução criminal, verificar, no caso concreto, à luz de um juízo efetuado à luz do princípio da proporcionalidade, se é justificável recorrer a ações encobertas, tendo em conta os fins a que se destinam, visto que, como já vimos anteriormente, causam uma enorme danosidade na esfera jurídica do visado.

3.3- A utilização de meios e dispositivos informáticos no âmbito de uma ação encoberta em ambiente digital

No nº2 do artigo 19º da Lei do Cibercrime está consagrada uma das normas que suscita mais dúvidas. O legislador expressou na letra da lei que “*Sendo necessário o recurso a meios e dispositivos informáticos observam-se, naquilo que for aplicável, as regras previstas para a interceção de comunicações*”. Numa primeira leitura, a norma parece simplesmente destinar-se a regular o recurso a meios e dispositivos informáticos, que, em virtude da própria natureza da ação encoberta, poderão ser necessários e eficazes no âmbito da atuação do agente encoberto, como por exemplo, a instalação de software que permita a “*obtenção de uma cópia de comunicações entre os participantes num chat, website, blog, ou fórum de acesso reservado ou de conteúdos aí*

²⁴⁴ GONÇALVES, Nuno Filipe de, “Op. Cit.”, página 346.

partilhados”²⁴⁵, remetendo para o regime de interceção de comunicações, plasmado no artigo 18º da Lei do Cibercrime, naquilo que for aplicável. Ora, o legislador, ao contrário do que acontece no RJAE, onde, como já vimos, nada prevê sobre o recurso por parte do agente encoberto, em ambiente físico, a outros meios de obtenção de prova, que seriam eficazes e até, porventura, necessários, consagrou uma norma que pretende dar resposta a tal problemática.

Porém, a norma é extremamente vaga, dando azo a diversas interpretações, nomeadamente, a que nos interessa mais, tendo em conta o tema da presente dissertação, de que legitimará o recurso a *malware*²⁴⁶ no contexto das ações encobertas, em ambiente digital. David Silva Ramalho entende que o nº2 do artigo 19º da Lei do Cibercrime consagra o uso de *malware*²⁴⁷ como método de investigação criminal no ordenamento jurídico português.²⁴⁸ O autor escreve que se trata de uma norma que “*ao não se limitar a invocar outros meios de obtenção de prova típicos, terá surgido para colmatar a insuficiência dos demais meios processuais existentes...*” acrescentando que o recurso ao *malware* “*encontra-se limitado ao contexto excecional das ações encobertas*” e que “*a terminologia adotada pelo legislador português, não só permite claramente englobar o malware, como é muito semelhante à utilizada em diplomas de outros ordenamentos jurídicos para consagrar este método.*”²⁴⁹ Assim, no

²⁴⁵ NUNES, Duarte Rodrigues, “*Op. Cit.*”, página 204.

²⁴⁶ Daniel Bento Alves define o *malware* como “*um programa instalado sub-repticiamente num sistema informático sem o conhecimento do respetivo proprietário/utilizador com o objetivo, entre outros, de monitorizar, em tempo real, a respetiva atividade, isto é, de realizar buscas online*”. Conferir: ALVES, Daniel Bento, “*Uso de Malware em Investigação Criminal*”, in Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Madrid, n.47 (2017), página 20.

²⁴⁷ Adiantamos, desde já, que iremos utilizar os termos “*malware*” e “*buscas online*” indiscriminadamente.

²⁴⁸ Posição diferente é a adotada por Duarte Nunes e Paulo Pinto de Albuquerque, que defendem que será admissível realizar buscas online ao abrigo do plasmado no artigo 15º da Lei do Cibercrime. Duarte Nunes, recorrendo ao conceito de busca online, distingue dois casos distintos: as buscas online em que a infiltração no sistema informático do visado consiste “*num único acesso*” e as situações em que ocorrem de “*forma contínua e prolongada no tempo*”. Quanto ao primeiro caso, as buscas que ocorrem mediante acesso único, por serem menos lesivas, cairão no âmbito do regime previsto no artigo 15º da Lei do Cibercrime, ao passo que, o segundo caso, as buscas que ocorrem de forma contínua e prolongada no tempo, tendo um grau de danosidade superior, deverão ocorrer nos termos do regime jurídico previsto no artigo 18º da Lei do Cibercrime, não sendo possível, por força de uma “*interpretação conforme à Constituição*” que se lhes aplique o regime jurídico previsto no artigo 15º da Lei do Cibercrime. Paulo Pinto de Albuquerque, defendendo que o artigo 15º da Lei do Cibercrime consagrou as buscas online como um novo meio de obtenção de prova, defende, no entanto, que o preceito normativo está ferido de inconstitucionalidade material, pois “*permite que o MP e o OPC ordenem a pesquisa de um sistema informático, incluindo dados informáticos íntimos ou privados, sem o controlo prévio ou posterior da “pesquisa” por um juiz*”. Conferir, respetivamente: NUNES, Duarte Rodrigues, “*Op. Cit.*”, página 231 ; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Op. Cit.*”, página 502.

²⁴⁹ RAMALHO, David Silva, “*Métodos Ocultos...*”, páginas 344, 345 e 346.

entendimento de David Silva Ramalho, a utilização de *malware* apenas poderá ocorrer no âmbito de uma ação encoberta, em ambiente digital, sendo que, o regime jurídico a aplicar terá de ser encontrado à luz das normas relativas às ações encobertas e à interceção de comunicações da Lei do Cibercrime, no RJAE e no regime das escutas telefónicas previsto no CPP.²⁵⁰

Deste modo, cabe analisar os requisitos que, na visão de David Silva Ramalho, terão de se verificar para que seja admissível o recurso a *malware* no âmbito de uma ação encoberta. Primeiro, apesar de o RJAE, que como já vimos, permitir o recurso a ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, está plasmado no nº2 do artigo 18º da Lei do Cibercrime que só poderá haver interceção e registo de transmissões de dados informáticos em sede de inquérito, pelo que, na opinião de David Silva Ramalho, não será permitido recorrer a *malware* em ações encobertas para fins de prevenção criminal, estando apenas legitimado o seu uso para fins de investigação criminal. Em segundo lugar, apenas será possível utilizar *malware* quando estivermos perante crimes de catálogo, previstos no nº1 do artigo 19º da Lei do Cibercrime e quando “*houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter*”, sendo que o preenchimento de todos os pressupostos deverá ser verificado “*por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público*” como está previsto no nº2 do artigo 18º da Lei do Cibercrime, não havendo lugar a “*uma reserva de juiz como a que existe no contexto das ações encobertas de repressão*”²⁵¹, que como já vimos, permite uma autorização tácita por parte do juiz de instrução. Por fim, há que levantar o problema da “*publicidade do meio de obtenção de prova utilizado quando cesse a necessidade da sua ocultação*”²⁵², pois, como já se viu, o RJAE não garante a obrigatoriedade de o arguido ter conhecimento de que existiu uma ação encoberta, pois pode não haver junção do relato aos autos, ao invés do que sucede com o regime das escutas telefónicas, nomeadamente no nº8 do artigo 188º do CPP, aplicável em virtude da remissão prevista no nº4 do artigo 18º da Lei do Cibercrime, que, por sua vez, é aplicável por via de remissão do nº2 do artigo 19º da Lei do Cibercrime, que prevê que o arguido tenha acesso aos suportes técnicos das conversações ou comunicações. David Silva Ramalho entende que da conjugação destas

²⁵⁰ *Idem, Ibidem*, página 346.

²⁵¹ *Idem, Ibidem*, página 347.

²⁵² *Idem, Ibidem*, página 348.

duas realidades, podemos cair no “*absurdo*” de não dar conhecimento ao arguido de que foi alvo de uma ação encoberta, mas fornecer-lhe a prova recolhida através do uso de *malware*.²⁵³ Tal como dissemos anteriormente, defendemos que o relato da atuação do agente encoberto terá, obrigatoriamente, de constar dos autos, pois trata-se, de forma clara, de uma violação do princípio da igualdade de armas, prejudicando a defesa do visado, pelo que, concordamos com David Silva Ramalho quando defende que a regra prevista no RJAÉ não pode levar à “*consequente não divulgação da utilização de malware como meio de obtenção de prova num determinado procedimento criminal.*”²⁵⁴ Assim, admitindo que será possível recorrer ao *malware*, no âmbito de uma ação encoberta, é fundamental dar conhecimento da prova que foi recolhida através de tal método, para que a defesa possa analisar tudo o que foi recolhido. Não obstante, David Silva Ramalho reconhece que o regime aplicável ao *malware* é “*manifestamente inadequado para regular aquele que, ao que tudo indica, será o meio de obtenção de prova mais invasivo e intensamente restritivo de direitos fundamentais consagrado na lei processual portuguesa*” e que suscita dúvidas no que toca à sua constitucionalidade, nomeadamente no que toca à proporcionalidade entre o grau de danosidade provocado pelo *malware* e a vasta panóplia de crimes que permitirá recorrer, num primeiro plano, a ações encobertas e, conseqüentemente a *malware*.²⁵⁵

Em sentido contrário, Daniel Bento Alves entende que “*o sistema processual penal Português não prevê a possibilidade de se recorrer ao uso de malware como método oculto de investigação criminal*”.²⁵⁶ Este autor, enumera vários argumentos, no sentido de defender tal interpretação. Começa por recorrer em primeiro lugar à discussão da proposta da Lei do Cibercrime, no âmbito da qual o deputado Fernando Negrão, do PSD, questionou por que não está expressamente contemplada a possibilidade de introduzir um “*cavalo de Tróia*”²⁵⁷ num sistema informático para facilitar a investigação criminal, não tendo obtido resposta, razão pela qual, no

²⁵³ *Idem, Ibidem*, página 348.

²⁵⁴ *Idem, Ibidem*, página 348.

²⁵⁵ *Idem, Ibidem*, páginas 351 e 352.

²⁵⁶ Como podemos ver, este autor rejeita, igualmente, a possibilidade de efetuar buscas online ao abrigo do artigo 15º da Lei do Cibercrime, tal como defendem Duarte Nunes e Paulo Pinto de Albuquerque. Conferir: ALVES, Daniel Bento, “*Op. Cit.*”, página 29.

²⁵⁷ Os cavalos de Tróia, na ótica de David Silva Ramalho, podem ser definidos como um “*tipo de malware que se apresenta como sendo inofensivo e induz o visado a empreender numa conduta ativa que resultará na sua instalação no sistema informático visado, designadamente fazendo um download de um anexo de uma mensagem de correio eletrónico ou abrindo uma página web infetada com código malicioso*”. Conferir: RAMALHO, David Silva, “*Métodos Ocultos...*”, páginas 319 e 320.

entendimento de Daniel Bento Alves se deveu ao facto de o legislador não pretender consagrar o recurso a *malware* na Lei do Cibercrime. Relativamente à possibilidade do recurso a *malware* no âmbito de ações encobertas, entende que o preceito normativo plasmado no nº2 do artigo 19º da Lei do Cibercrime se limita a prever que “*os agentes encobertos têm a faculdade de recorrer a quaisquer outros meios e dispositivos informáticos previstos na lei processual penal...*”.²⁵⁸ Por último, o argumento que nos parece, com o devido respeito, mais importante, no sentido de sustentar a sua interpretação, prende-se com a “inegável” necessidade de um método oculto de investigação criminal, como será o caso do uso de *malware*, apenas ser admissível se estiver expressamente consagrado na lei, em obediência ao princípio da reserva de lei, o que, como sabemos, ainda não está previsto no nosso ordenamento jurídico, quer estejamos a falar do artigo 15º ou 19º da Lei do Cibercrime.

Confrontados com a questão relativa à eventual admissibilidade do recurso a *malware* no âmbito das ações encobertas, em ambiente digital, não podemos deixar de ter em conta que estamos perante um método extremamente lesivo de direitos fundamentais, colocando seriamente em causa o direito à reserva da intimidade da vida privada, pois através da monitorização permanente e indiscriminada e posterior recolha de informações e dados informáticos do computador do visado, será possível, a título de exemplo, descobrir a sua orientação sexual, preferências partidárias ou clubísticas, entre outras coisas.

Ora, tratando-se inegavelmente de um método extremamente lesivo, com um potencial de danosidade superior a todos os métodos de obtenção de prova consagrados no ordenamento jurídico português, não nos parece, com o devido respeito, que esteja consagrada a sua possível utilização no nº2 do artigo 19º da Lei do Cibercrime.²⁵⁹ Em primeiro lugar, tal como escreve João Conde Correia, estamos perante uma

²⁵⁸ ALVES, Daniel Bento, “*Op. Cit.*”, página 28.

²⁵⁹ No que diz respeito à possibilidade de realização de *buscas online* ou utilização de *malware*, ao abrigo do plasmado nos nºs 1 e 5 do artigo 15º da Lei do Cibercrime, seguimos de perto o entendimento de David Silva Ramalho, que rejeita tal possibilidade. O autor entende que “o nº1 do artigo 15º da Lei do Cibercrime refere-se à obtenção “*de dados informáticos específicos e determinados, armazenados num determinado sistema informático*”, o que exclui, de imediato, a obtenção de dados em tempo real e/ou não armazenados.”, acrescentando que “*também o artigo 15º, nº5, da Lei do Cibercrime não poderia servir como base legal para o uso de malware, uma vez que se trata de uma mera extensão da pesquisa no sistema informático inicial a um outro sistema legitimamente acessível através do primeiro.*” Conferir: RAMALHO, David Silva, “*Métodos Ocultos...*”, páginas 342 e 343.

interpretação “baseada no elemento gramatical”²⁶⁰, o que nos parece relativamente insuficiente para afirmarmos que o legislador pretendeu consagrar o recurso a *malware*, pois, veja-se, a título de exemplo, no ordenamento jurídico Espanhol, onde o legislador Espanhol consagrou expressamente na lei a possibilidade de recorrer a *malware*, determinando que o juiz competente deverá especificar, mediante despacho de autorização, em que moldes será feita a sua utilização.²⁶¹ Assim, sendo, na nossa opinião, o legislador Português, caso pretenda possibilitar o recurso a *malware* como meio de obtenção de prova, terá de o fazer através de uma consagração legal expressa, à imagem do que acontece no Ordenamento Jurídico Espanhol, pois de outro modo, não nos parece ser possível recorrer a tal meio. Mas será que a utilização de *malware* um método de obtenção de prova atípico? Como sabemos, em Portugal, no que diz respeito aos meios de prova e aos meios de obtenção de prova, vigora o princípio da legalidade, consagrado no artigo 125º do CPP, que, nas palavras de Maria Beatriz Seabra de Brito, “deve ser interpretado de forma a limitar a admissibilidade de meios de prova/métodos de obtenção de prova atípicos por serem carecedores de habilitação legal própria ou derivada”.²⁶² Paulo Pinto de Albuquerque, referindo que os meios de obtenção de prova “estão subordinados ao princípio da não taxatividade”, acrescenta que são inadmissíveis meios de obtenção de prova atípicos que permitam uma “vigilância total(...) com a qual possa ser construído um perfil completo da personalidade do arguido”, e aponta, como exemplos de meios inadmissíveis, a localização através do GPS e a infiltração em sistema informático.²⁶³ Deste modo, concordamos com a visão de Paulo Pinto de Albuquerque, pois também não nos parece possível afirmar que a utilização de *malware*, possa ser um método de obtenção de prova atípico, pois, em

²⁶⁰ CORREIA, João Conde, “Prova Digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter: João Conde Correia”, in Revista do Ministério Público, Lisboa, a.35, n.139 (Julho-Setembro 2014), página 43.

²⁶¹ O legislador Espanhol, através do artigo 588º, *septies a*, da Ley de Enjuiciamiento Criminal, consagrou expressamente na letra da lei a possibilidade de instalar *malware* que permita um acesso remoto e à distância, com vista à recolha de informação, a um dispositivo eletrónico ou sistema informático, sem conhecimento do visado. Para tal, o legislador Espanhol, consagrou um catálogo de crimes através dos quais será admissível, nomeadamente tendo em conta a criminalidade mais grave e complexa, impondo ainda a necessidade de uma autorização judicial por parte do juiz competente, em obediência ao princípio da reserva de juiz.

²⁶² BRITO, Maria Beatriz Seabra de, “Novas Tecnologias e Legalidade da Prova em Processo Penal”, Almedina, 2018, página 41.

²⁶³ Quanto à infiltração em sistema informático, como já referimos acima, Paulo Pinto de Albuquerque entende que as buscas online estão consagradas como meio de obtenção de prova típico. Não obstante, o autor entende que seriam inadmissíveis de forma atípica. Conferir: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Op. Cit.”, página 332.

princípio, o princípio da legalidade, obriga a que, por via de regra, seja proibido recorrer a métodos ocultos.

Em jeito de conclusão, do nosso ponto de vista, seguindo de perto a opinião de Daniel Bento Alves²⁶⁴, o recurso a *malware* ainda não está consagrado no ordenamento jurídico português, nem sequer no âmbito das ações encobertas, em ambiente digital, pois, tal como escreve Costa Andrade, os métodos ocultos de obtenção de prova, em obediência ao princípio da reserva de lei, “*só são admissíveis e válidos se e na estrita medida em que gozam de expressa e específica consagração legal*”²⁶⁵. Assim sendo, o agente encoberto, em ambiente digital, não poderá recorrer a *malware* durante a sua atuação.

Vedada, do nosso ponto de vista, a utilização de *malware* por parte do agente encoberto, em ambiente digital, por considerarmos que no ordenamento jurídico português ainda não se encontra devidamente prevista tal possibilidade, resta-nos aferir da possibilidade de recorrer a outros meios de obtenção de prova no âmbito da ação encoberta. Segundo Duarte Nunes, há que distinguir duas situações, pois há meios de obtenção de prova que são subsumíveis ao consagrado no n.º2 do artigo 19.º da Lei do Cibercrime, como por exemplo, a interceção de comunicações, e meios de obtenção de prova que não são subsumíveis ao plasmado no n.º2 do artigo 19.º da Lei do Cibercrime.²⁶⁶

Como é evidente, no que diz respeito aos meios de obtenção de prova subsumíveis ao n.º2 do artigo 19.º da Lei do Cibercrime, aplicar-se-á o disposto no regime do artigo 18.º da Lei do Cibercrime. Assim, se o agente encoberto, presente num *chat* de conversação, proceder à cópia das conversações mantidas pelos *users*, tal conduta será efetuada em obediência ao regime do artigo 18.º da Lei do Cibercrime, por

²⁶⁴ Diversos autores defendem que a realização de *buscas online*/recurso a *malware* ainda não é admissível no Ordenamento Jurídico Português. A título de exemplo, numa interpretação ab contrario, Paulo Soares, afirma que “*não é de desconsiderar, futuramente, a sua adoção no ordenamento jurídico nacional, desde que a medida seja delimitada por rigorosos critérios de proporcionalidade.*” Conferir: SOARES, Paulo, “*Meios de Obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia*”, 2ª edição, Almedina, 2017, página 238. Benjamim da Silva Rodrigues escreve que “*mais uma vez, para desgosto de alguns, haverá que afirmar que este método oculto de investigação não tem expressa consagração no ordenamento jurídico português.*”, acrescentando que “*haverá que adotar uma lei expressa, clara e determinada que permita, apenas em situações forçosamente gravosas, dada a elevada danosidade e perturbação múltipla de diversos e diferenciados direitos fundamentais, a busca online*”. Conferir: RODRIGUES, Benjamim da Silva, “*Da Prova Penal, Tomo II,*” Rei dos Livros, 1ª Edição, 2010, página 474.

²⁶⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, “*Métodos ocultos...*”, página 540.

²⁶⁶ NUNES, Duarte Rodrigues, “*Op. Cit.*”, página 209.

remissão prevista no nº 2 do artigo 19º da Lei do Cibercrime. Quanto aos restantes meios de obtenção de prova, que não são subsumíveis ao plasmado no nº2 do artigo 19º da Lei do Cibercrime, podemos estabelecer um paralelismo com as ações encobertas, em ambiente físico, onde afirmámos que o recurso por parte do agente encoberto a outros meios de obtenção de prova no decurso da sua atuação seria efetuado à luz do regime geral previsto no ordenamento jurídico português para esse meio de obtenção de prova em específico. Assim, a título de exemplo, se o agente encoberto, em ambiente digital, considerar, tendo em conta as finalidades da sua atuação, que é necessário proceder a uma pesquisa de dados informáticos num determinado sistema informático, terá de se aplicar o regime previsto no artigo 15º da Lei do Cibercrime.

Conclusões

É inegável que hoje estamos, do ponto de vista do direito processual penal, perante um enorme desafio, pois é primordial conciliar, por um lado, a eficácia da ação penal, e por outro, a salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão. Ora, é precisamente no equilíbrio destes dois pratos da balança que o Estado deverá colocar a prevenção e investigação criminal, pois se desequilibrar a balança no sentido de dar mais preponderância à eficácia da ação penal, somos levados a crer que mais cedo ou mais se tenderá a sacrificar, ainda mais, determinados direitos fundamentais do cidadão, ao passo que, se for dada uma maior preponderância à salvaguarda de direitos fundamentais do cidadão, poderá haver o risco de a entidade Estatal perder eficácia na prevenção e investigação criminal, conduzindo a uma certa descredibilização do aparelho processual penal e a um aumento da sensação de insegurança no seio da sociedade.

É perante tal desafio, como vimos ao longo da presente dissertação, que tendem a surgir meios de obtenção de prova cada vez mais agressivos e lesivos de direitos fundamentais do cidadão comum, como é o caso das ações encobertas. As ações encobertas constituem um meio de obtenção de prova extremamente eficaz na prevenção e investigação criminal, tanto na realidade física como na realidade virtual, estando consagradas em diversos países europeus, nos Estados Unidos da América e, também, em países sul-americanos como a Argentina ou o Chile, sendo que o regime jurídico é variável, não sendo igual em todos esses ordenamentos jurídicos.

Após efetuarmos uma pequena resenha histórica sobre as ações encobertas, onde constatámos que, na sua origem, para além da imprecisão de conceitos no que diz respeito ao *modus operandi* do funcionário de investigação criminal, este método era utilizado não só para fins de prevenção e investigação criminal, mas também para fins políticos, nomeadamente com o intuito de encontrar e punir os opositores do regime, começamos por efetuar uma destrição dogmático-conceitual, partindo do conceito amplo de homens de confiança, sufragado por Costa Andrade. Assim, analisando a delimitação dogmático-conceitual sufragada pela doutrina, pudemos concluir que a doutrina maioritária, como é o caso, a título de exemplo, de Isabel Oneto ou de Germano Marques da Silva, apenas distingue entre, por um lado, o agente infiltrado e, por outro, o agente provocador. Não obstante, uma doutrina minoritária, onde se destaca Alves Meireis como principal defensor, e Duarte Nunes, embora para este autor a

conduta do agente encoberto seja menos passiva do que a que é defendida por Alves Meireis, entende que há que efetuar uma distinção entre as figuras do agente encoberto, infiltrado e provocador. Porém, é de nossa opinião que a figura do agente encoberto, nos termos em que é sufragado por estes dois autores não é enquadrável no regime jurídico das ações encobertas, pois entendemos que a conduta do agente encoberto se trata, no fundo, de uma técnica de investigação policial, tal como defende Guedes Valente. No entanto, há que referir que no âmbito das ações encobertas não se enquadram as figuras do informador e do arguido colaborador ou arrependido, apesar da sua semelhança com o modo de atuação dos homens de confiança.

Efetuada a destrição dogmático-conceitual, debruçámo-nos sobre a admissibilidade do agente infiltrado e do agente provocador à luz dos princípios constitucionais e processuais penais vigentes no ordenamento jurídico da República Portuguesa. Como foi bom de ver, verificámos que há uma certa unanimidade na doutrina em afirmar que é inadmissível recorrer à figura do agente provocador, pois é uma figura inadmissível num Estado de Direito Democrático, e que as provas por si recolhidas serão declaradas nulas, em virtude do plasmado no nº8 do artigo 32º da CRP e, também, do consagrado na alínea a) do nº2 do artigo 126º do CPP, reconduzindo-as à expressão “*meios enganosos*” e em afirmar que será admissível recorrer à figura do agente infiltrado, desde que se respeitem determinados princípios como, a título exemplificativo, o da proporcionalidade. No entanto, analisando a jurisprudência nacional, constatámos que se em termos teóricos é “fácil” distinguir a atuação do agente provocador da atuação do agente infiltrado, na prática é tudo muito mais difícil, sendo comum a adoção de um modelo subjetivo, centrado no seio do visado pela atuação do homem de confiança, mediante o qual não haverá provocação, independentemente da atuação levada a cabo pelo homem de confiança, se esse visado já estava predisposto a cometer tal conduta típica. Deste modo, caso já houvesse uma intenção criminosa, a atuação do homem de confiança criará apenas uma oportunidade para a concretização dessa intenção preexistente. Porém, não nos parece que tal modelo de qualificação seja o mais indicado para salvaguardar os direitos fundamentais do cidadão e, também, para não permitir abusos por parte das autoridades encarregues da prevenção e investigação criminal. Assim, no nosso entendimento, afastando igualmente o modelo objetivo de qualificação, de modo a garantir o respeito pelos princípios democrático, da lealdade e da presunção da inocência, consideramos que deverá ser adotado o modelo de

qualificação do “*due process defense*”, pois é, do nosso ponto de vista, aquele que melhor salvaguardará as regras processuais plasmadas no nosso ordenamento jurídico, pois é um modelo que qualificará a atuação do homem de confiança em virtude da conduta empreendida ao longo da ação encoberta, não havendo lugar às dúvidas que suscitam os modelos subjetivos e objetivos. Na nossa opinião, haverá provocação sempre que o homem de confiança atue à margem dos princípios constitucionais e processuais penais, arrastando para o crime aquele cidadão a que quererá submeter a um processo criminal.

De seguida, analisando a evolução legislativa das ações encobertas no ordenamento jurídico português, verificámos que, atualmente, o regime geral está consagrado na Lei nº 101/2001, de 25 de agosto, não obstante de haver preceitos normativos noutros diplomas legislativos que versem sobre ações encobertas, como são os casos do artigo 19º da Lei do Cibercrime, que consagrou uma nova vertente das ações encobertas, dando a possibilidade de se efetuarem ações encobertas em ambiente digital, o artigo 160º - B da Lei nº144/99, de 31 de Agosto e, ainda, o nº2 do artigo 188º da Lei nº 23/2007, de 4 de Julho.

Ora, centrando as nossas atenções na Lei nº101/2001, de 25 de Agosto, o atual RJAÉ, apercebemo-nos de que existem diversas lacunas e soluções legais duvidosas do ponto de vista constitucional. Mas começando pelo artigo 1º, para além de concluirmos pela possibilidade de recorrer às ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, o legislador permite que se recorra a um terceiro, atuando este sob a alçada da PJ ou do SEF, o que faz com que Portugal seja um dos países mais permissivos no que a ações encobertas diz respeito. Por outro lado, não há nenhum tipo de previsão sobre quem poderá ser esse terceiro, o que nos leva a pensar que poderá, eventualmente, ser um arguido arrependido, pois nada veda tal possibilidade. Assim sendo, em virtude das desvantagens, consideramos que recorrer a um arguido arrependido como terceiro no âmbito de uma ação encoberta deverá ocorrer apenas em *ultima ratio*. Depois, surge uma outra questão, no seio dos OPC, relacionada com a competência para desenvolver ações encobertas. O argumento decisivo para responder a tal questão, parece-nos, salvo melhor interpretação, estar plasmado nos crimes de catálogo, previstos no artigo 2º do RJAÉ, que na sua maioria são de competência exclusiva da PJ, no que à prevenção e investigação criminal diz respeito, conjugado com o disposto nos números 2 e 3 do artigo 7º da LOIC, e que, em obediência ao princípio da adequação, plasmado no nº1 do

artigo 8º da LOIC, impossibilita o deferimento da competência caso se trate de criminalidade organizada ou de uma investigação que requeira elevados conhecimentos técnicos. Assim, ao abrigo da expressão “funcionários de investigação criminal” parece-nos que apenas a PJ e o SEF poderão utilizar agentes infiltrados no âmbito de uma ação encoberta. Quanto aos crimes de catálogo, estão plasmados no artigo 2º do RJAE, que prevê a possibilidade de recorrer a ações encobertas aquando da prevenção ou investigação criminal à criminalidade mais grave, sem esquecer o plasmado no artigo 19º da Lei do Cibercrime, que alargando de tal forma o leque do catálogo de crimes deverá ser alvo de uma interpretação restritiva, de modo a ficar reservado para a criminalidade mais grave. Relativamente aos requisitos, que estão plasmados no artigo 3º do RJAE, para além do princípio da proporcionalidade estar plasmado no nº1, e da não obrigatoriedade de participar na ação encoberta, à luz do “*princípio da liberdade em geral*”, prevista no nº2, que se compreende em virtude do risco de atuação, deparamo-nos no nº3 com uma das maiores controvérsias deste regime, pois o legislador permitiu que houvesse lugar a um deferimento tácito no que diz respeito a ações encobertas para fins de investigação criminal, impondo como regra aquilo que deveria ser uma exceção. Ora, tal situação, como é evidente, constitui uma violação do princípio da reserva de juiz, pois o juiz de instrução criminal desempenha um papel importantíssimo na tutela preventiva de direitos fundamentais, e, como é evidente, “saltando” o seu juízo de imparcialidade à *priori* coloca, do nosso ponto de vista, em risco a esfera jurídica do cidadão visado pela ação encoberta. Entendemos que deveria haver uma alteração legislativa no sentido de plasmar como regra a obrigatoriedade do despacho de autorização do juiz de instrução criminal, permitindo em casos excecionais, quando estiver em causa o “*periculum in mora*” que possa haver uma validação posterior por parte do juiz. Ainda para mais, o despacho de autorização por parte do juiz de instrução criminal assume ainda uma maior importância no que toca a suprir as lacunas existentes no RJAE, razão pela qual, em caso de inexistência de despacho, no que toca a fins de investigação criminal, ficarão por delimitar certas características da própria ação encoberta, deixando um espaço de manobra demasiado largo ao agente encoberto. A título de exemplo, consideramos que o despacho deve indicar o prazo de duração da ação encoberta, o qual não poderá ocorrer por tempo indeterminado e que, para fins de prevenção criminal, só poderá ser delimitado pelo juiz, em virtude de um vazio legal existente no RJAE, sendo que para fins de investigação criminal não deverá exceder os 6 meses, podendo ser prorrogável por iguais períodos temporais, por aplicação análoga

do prazo previsto no nº3 do artigo 5º do RJAE, delimitar os atos a praticar por parte do agente infiltrado, pois assim não ficará na dúvida sobre quais os atos que pode ou não praticar, sob pena de incorrer em responsabilidade jurídico-penal. Em relação à possibilidade de atribuição de uma identidade fictícia ao agente encoberto, parece-nos, tal como defende Paulo Pinto de Albuquerque, que a intervenção do Ministério da Justiça constitui uma flagrante violação da independência dos tribunais, pelo que deveria ser alvo de uma autorização legislativa. Quanto ao valor probatório da prova obtida no decurso da ação encoberta, parece-nos que o relato, que apenas será anexado ao processo se for “*absolutamente indispensável em termos probatórios*”, o que na opinião de David Silva Ramalho, e bem, constitui uma violação da CRP, nomeadamente do plasmado no nº1 do artigo 32º da CRP, caso seja junto aos autos não terá qualquer valor probatório, pois tal constituiria, por exemplo, uma flagrante violação do princípio da imediação, um dos princípios fundamentais que rege a audiência de julgamento. Assim sendo, consideramos que o agente encoberto deverá ser chamado a depor na audiência de julgamento, cujo depoimento não está sujeito ao problema das “conversas informais” e que a acontecer será em circunstâncias especiais, plasmadas nos números 3 e 4 do artigo 4º do RJAE. No entanto, tais circunstâncias especiais afastam que esse depoimento possa ser valorado à luz do princípio da livre apreciação da prova, pois colocam em causa o princípio do contraditório, da lealdade e da presunção da inocência. Deste modo, uma eventual decisão condenatória não poderá fundar-se exclusivamente no depoimento do agente encoberto em sede de julgamento, o que nos parece adequado em virtude dos princípios constitucionais e processuais penais que vigoram no nosso ordenamento jurídico. Quanto à responsabilidade penal do agente infiltrado, importa observar que o mesmo pode praticar atos preparatórios ou de execução de uma infração sob a forma de participação, desde que não sob a forma de instigação ou de autoria mediata, tendo sempre em linha de conta a proporcionalidade em relação à finalidade da atuação, o que se compreende em virtude do sucesso da operação, sendo que tais atos o isentarão de responsabilidade jurídico-penal, à luz do plasmado no nº1 do artigo 6º do RJAE, sob a hélice de uma causa de justificação, enquadrável na alínea c) do nº2 do artigo 31º do CP. Importa ainda reter que os danos patrimoniais e não patrimoniais causados pelo agente encoberto no âmbito da sua atuação cairão na alçada da responsabilidade civil do Estado, nos termos do consagrado no DL nº 42.051, de 21 de Novembro de 1967. No âmbito da ação encoberta será ainda legítimo recorrer a outros meios de obtenção de prova, sendo que, para tal, terão de se observar os regimes

jurídicos previstos especificamente para esses meios, o que valerá tanto para as ações encobertas em ambiente físico como para as ações encobertas em ambiente digital. Por último, relativamente às ações encobertas, em ambiente digital, que na ótica de David Silva Ramalho, são uma nova vertente das ações encobertas, que mereceriam e merecerão, no futuro, pelo menos é a nossa convicção, uma especial atenção por parte do legislador, em virtude dos desafios que as novas tecnologias, e, em especial, a Internet, representam para a prevenção e investigação criminal, observámos que na doutrina e na jurisprudência não têm tido tanta atenção como as ações encobertas, em ambiente físico. Não obstante, importa referir que não nos parece que seja possível recorrer a *malware*, no âmbito de uma ação encoberta, pois um método tão invasivo e lesivo de direitos fundamentais apenas poderá ser consagrado no nosso ordenamento jurídico através de uma lei, em obediência ao princípio da reserva de lei, tal como defende Costa Andrade. A solução que nos parece ser a melhor será, à luz do que foi efetuado em Espanha, consagrar através de lei, a possibilidade de recorrer a tal programa informático.

Em jeito de síntese final, podemos acrescentar que as ações encobertas, apesar de, como já vimos, não serem uma realidade apenas do nosso tempo, ainda necessitam de uma maior atenção por parte do legislador, pois, como vimos, existem várias insuficiências no RJAe e, também, ao nível das ações encobertas em ambiente digital existem muitas dúvidas que o legislador poderá esclarecer.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 4ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2018;
- ALVES, Daniel Bento, “*Uso de Malware em Investigação Criminal*”, in Actualidad Jurídica Uría Menéndez, Madrid, n.47 (2017);
- ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente no verão passado*”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, RLJ, Ano 137, nº3950, Maio-Junho 2008;
- ANDRADE, Manuel da Costa, “*Métodos ocultos de investigação : Pladoyer para uma teoria geral*” in Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;
- BRAZ, José, “*Investigação Criminal: A Organização, o Método e a prova: Os Desafios da Nova Criminalidade*” 3ª edição, Almedina, 2017;
- BRITO, Maria Beatriz Seabra de, “*Novas Tecnologias e Legalidade da Prova em Processo Penal*”, Almedina, 2018;
- CALLEJA, Álvaro Manuel Monge, “*A Investigação criminal face à Globalização e ao Cibercrime*” in Investigação Criminal, Lisboa, nº 11 (Fevereiro 2017);
- CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital, “*A Constituição da República Portuguesa Anotada*”, Volume I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007;
- CANOTILHO, J.J.Gomes, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*” 7ª edição (11ª reimpressão), Edições Almedina;
- CORREIA, Eduardo, “*Direito Criminal*”, II, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1992;
- CORREIA, João Conde, “*Prova Digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter: João Conde Correia*”, in Revista do Ministério Público, Lisboa, a.35, n.139 (Julho-Setembro 2014);
- COSTA, Eduardo Maia, “*Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício (org. MARIA JOÃO ANTUNES)*”, Coimbra Editora, 2014;
- FARIA, Nuno Serrão de, “*Acesso aos Registos das Escutas Telefónicas*”, *Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de*

- Defesa em Processo Penal*”, Coordenação de Teresa Pizarro Beleza e Frederico Lacerda da Costa Pinto, 6ª Reimpressão, Almedina, 2016;
- GASPAR, António Henriques, “*As ações encobertas e o processo penal: questões sobre a prova e o processo equitativo*” in: Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira / Centro de Estudos Judiciários, [Coimbra], Coimbra Editora, 2004;
 - GÓMEZ, Belén Rizo, “*La infiltración policial en Internet : a propósito de la regulación del agente encubierto informático en la ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*” in Justicia Penal y nuevas formas de delincuencia / director José Maria Asencio Mellado ; 1ª edição, Valencia : Tirant to Blanch, 2017;
 - GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*Lei e Crime – o agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*”, Almedina, Coimbra, 2001;
 - GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado – Comentado e Anotado*”, Almedina, Lisboa, 2001;
 - GONÇALVES, Nuno Filipe de, “*Velhos métodos de resposta face a novos desafios criminais: a compatibilidade do regime jurídico das ações encobertas com a lei do cibercrime*” in Direito da Lusofonia : cultura, direitos humanos e globalização: 1º congresso internacional de direito na lusofonia, Braga, 2014;
 - JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, “*Derecho Penal del enemigo*”, Civitas, Madrid, 2003;
 - JESUS, Francisco Marcolino de, “*Os meios de obtenção da prova em processo penal*”, 2ª edição, Almedina, 2015;
 - LEITE, Inês Ferreira, “*Arrependido: a colaboração processual do co-arguido na investigação criminal / Inês Ferreira Leite*” in: 2º Congresso de Investigação Criminal / Organização [da] Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária (ASFIC/PJ), [e do] Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de

- Lisboa (IDPCC/FDUL) ; coordenação científica [de] Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, [e] Paulo de Sousa Mendes, Coimbra, Almedina, 2010;
- LOUREIRO, Joaquim, “*Agente Infiltrado? Agente Provocador!: reflexões sobre o 1º acórdão do T.E.D. Homem – 9 Junho 1998 : Condenação do Estado Português*”, Almedina, 2007;
 - LOUREIRO, Nuno Miguel, “*A responsabilidade penal do agente encoberto*” in Revista do Ministério Público, nº 142 (Abril: Junho 2015);
 - MATA-MOUROS, Mária de Fátima, “*Juiz das liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;
 - MENDES, Paulo de Sousa, “*As proibições de prova no processo penal*” in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 2004;
 - MENDES, Paulo de Sousa, “*Lições de Direito Processual Penal*” 2ª reimpressão da edição de Setembro de 2013, Almedina, 2014;
 - MEIREIS, Manuel Augusto Alves, “*Homens de confiança, Congresso de Processo Penal*” Almedina, Lisboa, 2006;
 - MEREIS, Manuel Augusto Alves, “*O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*”, Almedina, Coimbra, 1999;
 - NUNES, Duarte Rodrigues, “*Os meios de obtenção de prova previstos na Lei do Cibercrime*”, 1ª edição, Gestlegal, 2018;
 - ONETO, Isabel, “*O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;
 - PEREIRA, Sandra, “*A Recolha de Prova por Agente Infiltrado*”, *Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*”, Coordenação de Teresa Pizarro Beleza e Frederico Lacerda da Costa Pinto, 6ª Reimpressão, Almedina, 2016;
 - PEREIRA, Rui, “*Do agente encoberto na ordem jurídica portuguesa*” in *I Congresso de Processo Penal*, Almedina, Lisboa, 2004;
 - PEREIRA, Rui, “*O “Agente Encoberto” na Ordem Jurídica Portuguesa*” in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2004;
 - PEREIRA, Vitor, “*Contributo para o estudo das ações encobertas: breve resenha histórica*” in *Investigação Criminal*, Lisboa, n.10, (Maio 2016);

- PÉREZ, Marta del Pozo, “*El Agente Encubierto como Medio de Investigación de La Delicuencia Organizada en la Ley Española*”;
- RAMALHO, David Silva, “*A Investigação Criminal na Dark Web*” in Revista da Concorrência e Regulação, nº 14/15 (Abril-Setembro 2013);
- RAMALHO, David Silva, “*Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*”, Almedina, Coimbra, 2017;
- RODRIGUES, Benjamim da Silva, “*Da Prova Penal, Tomo II*”, Rei dos Livros, 1ª Edição, 2010;
- SILVA, Germano Marques da, “*Bufos, Infiltrados, Provocadores e arrependidos, Os princípios democrático e da lealdade em processo penal, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica*”, volume VIII, II, 1994;
- SILVA, Germano Marques da, “*Curso de Processo Penal*”, II, 3ª edição, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 2002;
- SILVA, Germano Marques da, “*Direito Penal Português – Teoria do Crime*”, Universidade Católica Editora, 2012,
- SILVA, Germano Marques da, “*Direito Processual Português, Do Procedimento (Marcha do Processo)*”, volume III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015;
- SILVA, Germano Marques da, “*Meios Processuais expeditos no combate ao crime organizado (A democracia em perigo?)*, *Direito e Justiça*”, volume XVII, 2003;
- SILVA, Germano Marques da, “*Tendências atuais do Processo Penal de 1929 rumo ao futuro*” in *Juris – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Angola*, v.2 n.2 Novembro de 2017;
- SILVA, Sandra Oliveira e, “*Protecção de testemunhas em Processo Penal*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;
- SOARES, António Lemos, “*Notas sobre os fundamentos do processo penal português*” in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coordenação de Mário Monte, Clara Calheiros, Fernando Conde Monteiro, Flávia loureiro, Coimbra Editora, 2009;

- SOARES, Paulo, “*Meios de Obtenção de Prova no Âmbito das Medidas Cautelares e de Polícia*”, 2ª edição, Almedina, 2017;
- SOUSA, Paulo Pinto de, “*Acções Encobertas. Meio Enganoso de Prova? Agente Infiltrado e Agente Provocador – Outras questões*” in Revista do CEJ, Lisboa, n.14(2.sem.2010);
- SOUSA, Susana Aires de, “*Agent provocateur e meios enganosos de prova: algumas reflexões / Susana Aires de Sousa*”, in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias/Organização de Manuel da Costa Andrade , Coimbra, Coimbra Editora, 2003;
- TEIXEIRA, Carlos Adérito, “*Depoimento indirecto e arguido: admissibilidade e livre valoração versus proibição de prova*” in Revista do CEJ, 1º semestre, N° 2, 2005;
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*Teoria Geral do Direito Policial*”, 5ª edição, Almedina, 2017;
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, “*Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo*” 2ª edição, Almedina, 2017;