



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Helena de Castro Tomé Diniz Casimiro

**ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO
AGENTE ENCOBERTO**

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente ao grau de Mestre) orientada pela Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2019



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

DISSERTAÇÃO APRESENTADA À FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE COIMBRA NO ÂMBITO DO 2.º CICLO DE ESTUDOS EM
CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES (CONDUCENTE AO GRAU DE MESTRE)

Helena de Castro Tomé Diniz Casimiro

**ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE
ENCOBERTO**

***THE EXEMPTION FROM CRIMINAL LIABILITY OF
UNDERCOVER AGENTS***

DISSERTAÇÃO REALIZADA SOB A ORIENTAÇÃO DE:

Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa

Coimbra, 2019

RESUMO E PALAVRAS-CHAVE

Numa sociedade cada vez mais globalizada, em que o aumento da criminalidade é exponencial, a realização eficaz da justiça reclama por novos meios de investigação policial. Perante a ineficácia dos métodos ditos “tradicionais”, os meios de investigação oculta apresentam-se como essenciais na prevenção e investigação de determinados crimes, nomeadamente na área da criminalidade altamente organizada e violenta. É precisamente sobre um método de investigação oculta – a ação encoberta – que versa o presente estudo, o qual tem como principal propósito a análise do art. 6.º, n.º 1 do RJAE (Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto), aferindo a sua natureza e os seus limites.

Visando uma melhor compreensão do tema proposto, delimitámos as figuras próximas do agente encoberto: o agente infiltrado e o agente provocador. Além disso, porque a intervenção do agente encoberto contende com princípios estruturantes do Estado de Direito democrático e tem fortes repercussões ao nível das garantias processuais penais, foi imperativo examinar o âmbito de aplicação e admissibilidade jurídico-constitucional das ações encobertas. Só então – atendendo ao meio em causa, à sua finalidade, às suas características, à sua admissibilidade e ao seu âmbito de aplicação – se tornou possível responder à grande questão que nos propusemos resolver: analisar o art. 6.º, n.º 1 do RJAE e a cláusula de isenção de responsabilidade penal do agente encoberto que este normativo expressamente consagra.

Palavras-Chave: Ações encobertas, Agente encoberto, Agente provocador, Responsabilidade penal, Isenção de Responsabilidade.

ABSTRACT AND KEYWORDS

In an increasingly globalized society, where crime is growing exponentially, the effective pursuit of justice calls for new techniques of police investigation. Given the ineffectiveness of so-called “traditional” methods, undisclosed techniques of secretly gathering information present themselves as essential in preventing and investigating certain crimes, particularly highly organized and violent crimes. It is precisely on a method of hidden police investigation – the undercover operations – that the present study is focused on, by analyzing article 6, no. 1 of RJAЕ (Law no. 101/2001, August 25th), assessing its nature and limits.

Aiming for a better understanding of the proposed subject, we delimited the concepts close to the undercover agent: the covert agent and the agent provocateur. Furthermore, because the undercover agent’s involvement runs counter to the fundamental principles of democratic Rule of Law and has major repercussions on criminal procedural guarantees, it was imperative to examine the scope and constitutional admissibility of undercover operations. Only then – bearing in mind the surrounding framework, the purpose, the characteristics, the admissibility and the scope of undercover operations – has it become possible to answer the question that we proposed to solve: analyze article 6, no. 1 of RJAЕ and the exemption from criminal liability of undercover agents that this regulation expressly enshrines.

Keywords: Undercover operations, Undercover agent, Agent provocateur, Criminal responsibility, Exemption from criminal liability.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac./Acs.	Acórdão/Acórdãos
Al.	Alínea
Art./Arts	Artigo/Artigos
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
Cf.	Confronte
CJ	Coletânea de Jurisprudência
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ibid.	Ibidem
N./N.ºs	Número/Números
Ob. cit.	Obra citada
P./PP.	Página/Páginas
RJAE	Regime Jurídico das Ações Encobertas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

ÍNDICE

RESUMO E PALAVRAS-CHAVE	1
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	3
ÍNDICE	4
INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO I: ENQUADRAMENTO CONCEPTUAL	8
1. Considerações introdutórias	8
2. As figuras do agente provocador e do agente infiltrado	9
3. A figura do agente encoberto	14
CAPÍTULO II: REGIME JURÍDICO DAS AÇÕES ENCOBERTAS	17
1. Admissibilidade do agente encoberto	17
2. Âmbito de aplicação das ações encobertas	22
3. Novos âmbitos de aplicação das ações encobertas	25
CAPÍTULO III: ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO ..	28
1. O artigo 6.º, n.º 1 da Lei n.º 101/2001	28
2. “Não é punível a conduta do agente encoberto”	29
3. “Que no âmbito de uma ação encoberta”	33
4. “Consubstancie a prática de atos preparatórios ou de execução de uma infração” ..	37
5. “Qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata” ..	41
6. “Sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma”	44
CONCLUSÃO	49
BIBLIOGRAFIA	52
JURISPRUDÊNCIA	57

INTRODUÇÃO

O exponencial aumento da criminalidade, fruto de uma sociedade cada vez mais globalizada, tem vindo a demonstrar a ineficácia dos “tradicionais” meios de investigação policial na prossecução da justiça. É neste contexto de combate à nova criminalidade, violenta, organizada e sem fronteiras, que surgem as técnicas de investigação oculta, de entre as quais evidenciamos o uso da figura do agente encoberto.

Consideramos as ações encobertas um mecanismo essencial de prevenção e investigação criminal que, tendo surgido na década de 80, se tem vindo a cristalizar no ordenamento jurídico português.

A primeira referência à figura do agente encoberto surge num diploma avulso, concretamente no art. 52.º do DL n.º 430/83, de 13 de dezembro (denominado Lei da Droga), que consagrava: “1 - Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar diretamente ou por intermédio de terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.”¹

O facto deste meio oculto de investigação ter sido circunscrito às infrações previstas na Lei da Droga demonstra bem o desconforto do legislador na sua admissão que, apenas em 1994, com a publicação da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, veio alargar o âmbito de aplicação das ações encobertas a crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira.

Por fim, a Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, veio revogar todas estas disposições e expressamente prever o “Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Repressão Criminal” que, visando ampliar o catálogo de crimes em que era admissível o recurso a agentes encobertos, teve também como objetivo a criação de um regime jurídico que regulasse de forma exaustiva a sua utilização, sendo então capaz de dissipar as grandes dúvidas que subsistiam na jurisprudência.

¹ LOURENÇO MARTINS esclarece que este normativo tem por fonte a lei suíça sobre o combate ao tráfico de estupefacientes, de 3 de outubro de 1951, cujo 2.º parágrafo do art. 23.º dispõe: “*Le fonctionnaire n'est pas punissable lorsque, à fins d'enquête, il aura accepté lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers, une offre de stupéfiants, ou qu'il en aura pris possession personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers, même s'il n'a pas révélé sa qualité et son identité*” – A. G. LOURENÇO MARTINS, *Droga: Prevenção e tratamento combate ao tráfico*, 1984, p. 154.

A atuação encoberta, tal como definida na “Exposição de Motivos” da Proposta de Lei n.º 79/VIII (Proposta do RJAE), “consiste, essencialmente, na possibilidade de agentes da polícia criminal poderem contactar os suspeitos da prática de um crime com ocultação da sua verdadeira identidade (agentes encobertos ou infiltrados), atuando de maneira a impedir a prática de crimes ou a reunir provas que permitam a efetiva condenação dos criminosos.”²

O estudo desta temática importa duas vertentes: uma de direito penal substantivo, tendo em vista aferir da responsabilidade ou irresponsabilidade criminal do agente encoberto; e uma de direito penal processual, que se prende com a licitude ou ilicitude das provas obtidas através deste meio oculto de investigação.

Porque, com DALBORA, acreditamos que “resolvido o primeiro dilema, a resposta ao segundo flui por si só, como uma simples conclusão de lógica formal”³, apenas nos ocuparemos da faceta respeitante ao direito penal substantivo, realçando as situações em que a atuação do agente encoberto é considerada típica, ilícita e culposa.

Optámos por, no capítulo I desta dissertação, proceder a um breve enquadramento conceptual que, cremos, contribuirá para uma melhor compreensão do tema proposto, distinguindo as figuras próximas do agente encoberto: o agente provocador e o agente infiltrado.

Interessando ao nosso estudo a análise do regime substantivo da atuação do agente encoberto, cumpre delimitar, ainda que perfunctoriamente, a fronteira entre estes conceitos, já que é necessariamente diferente o regime afeto a cada uma das figuras.

Sobre o RJAE versará o capítulo II. Considerámos oportuno descrever as formas que a grande criminalidade assume na sociedade atual e o modo como a doutrina tem vindo a adaptar-se a essa realidade, tendo como objetivo a sua prevenção e repressão. Deste modo, e tendo por base os princípios estruturantes de um Estado de Direito democrático, fará sentido aferir também da admissibilidade jurídico-constitucional da figura do agente encoberto.

² Publicação no Diário da Assembleia da República de 31 de maio de 2001, II Série A – n.º 62, p. 2056 (disponível online em <https://www.parlamento.pt/DAR>, acedido em 23-03-2019).

³ JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, “O delito experimental”, in *Revista Portuguesa da Ciência Criminal Ano 18 N.º 1*, janeiro-março de 2008, p. 19.

Dedicaremos finalmente o capítulo III à questão da isenção de responsabilidade do agente encoberto. Atendendo ao meio em causa – as ações encobertas – à sua finalidade, às suas características, ao seu âmbito de aplicação e à sua admissibilidade jurídico-constitucional, procuraremos neste capítulo analisar a natureza e os limites que revestem o art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ, normativo legal que consagra expressamente uma cláusula de isenção de responsabilidade penal do agente encoberto. Debruçando-nos sobre o prisma do direito penal substantivo que respeita ao agente encoberto, importará então analisar a natureza desta norma penal e delimitar concretamente as possibilidades de atuação do agente encoberto, de modo a concretizar as situações em que a sua conduta não é criminalmente punida.

CAPÍTULO I: ENQUADRAMENTO CONCEPTUAL

1. Considerações introdutórias

A doutrina não tem sido clara, nem tão pouco unânime, no que respeita aos conceitos (e respetiva distinção) das figuras envolvidas na atuação oculta como técnica de prevenção e investigação criminal. Ao atuar sem revelar a sua identidade e qualidade, poderá o agente ser considerado encoberto, infiltrado ou provocador e “a distinção destas figuras tem grande relevância prática em termos de determinação da responsabilidade penal substantiva daqueles sujeitos.”⁴ Neste sentido, a propósito do art. 52.º do DL n.º 430/83, de 13 de dezembro, escrevia LOURENÇO MARTINS acerca da necessidade de diferenciação entre a figura do agente provocador e do agente infiltrado: “se um funcionário de polícia prepara, oferece, põe à venda, vende, distribui ou cede substâncias estupefacientes ou psicotrópicas, ainda que no propósito de identificar consumidores, (...) não é possível excluí-lo da punição.”⁵

Ao iniciar a abordagem a este tema, é inevitável fazer referência ao conceito dos denominados “homens de confiança” (*Vertrauens-Männer*), ampla categoria que engloba as figuras ora em estudo. De acordo com COSTA ANDRADE, nesta noção “cabem tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia (*Untergrundfahnder, under cover agent, agentes encobertos ou infiltrados*), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto – e quer se limitem à recolha de informações (*Polizeisptzel, detection*), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (*polizeiliche Lockspitzel, agent provocateur, entrapment*).”⁶

Assim, para efeitos da presente dissertação, na esteira do ilustre Autor, entendemos como “homens de confiança” todas as pessoas (particulares ou agentes pertencentes às instâncias formais de controlo) que, ocultando a sua identidade e qualidade, se introduzem no submundo da criminalidade e colaboram na prevenção e investigação criminal, quer estas

⁴ SUSANA AIRES DE SOUSA, “Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões.”, in *Separata de Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*, 2003, p. 1223.

⁵ A. G. LOURENÇO MARTINS, *Droga...*, ob. cit., p. 154.

⁶ Partindo dos estudos de MEYER, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, p. 220.

se limitem a recolher informações incriminatórias (agente infiltrado ou encoberto), quer propiciem, elas próprias, o cometimento de um crime (agente provocador).

Claro está que o modo de atuação do “homem de confiança” pode ser diverso e o seu surgimento na prática jurídica originou uma série de questões em relação à legitimidade ético-jurídica das figuras implicadas, nomeadamente quando “o homem de confiança se converte em *agent provocateur*, precipitando de algum modo o crime: instigando-o, induzindo-o.”⁷

Ora, reputando como impossível, à luz do nosso ordenamento jurídico, legitimar a atuação do agente provocador, já várias foram as decisões do STJ⁸ em que verdadeiras situações de provocação foram diferentemente qualificadas, “conseguindo-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.”⁹ Sendo assim, tentaremos nesta sede, ainda que perfunctoriamente, definir cada uma das figuras abrangidas no conceito de “homens de confiança”.

2. As figuras do agente provocador e do agente infiltrado

Em Portugal, foi a doutrina que primeiramente teorizou o tema do “homem de confiança”, estabelecendo requisitos e pressupostos de admissibilidade das figuras do agente provocador e do agente infiltrado. Na verdade, contrariamente ao que sucedeu em outros países, a jurisprudência seguiu os passos da doutrina¹⁰, que só em 1993 discutiu o problema do agente provocador no nosso ordenamento jurídico¹¹.

Já diversos foram os critérios avançados com vista à delimitação destes conceitos. COSTA ANDRADE, englobando no conceito de “homem de confiança” as figuras do agente provocador e do agente infiltrado, entende dever ter-se em consideração a contribuição do

⁷ *Ibid.*, p. 221.

⁸ Cf. os Acs. do STJ de 12-06-1990, Proc. n.º 40983 (*in* BMJ n.º 398, pp. 282-288); de 05-05-1994, Proc. n.º 46385 (*in* CJ, 1994, tomo II); de 06-07-1995, Proc. n.º 47221 (*in* CJ, 1995, tomo II); de 02-11-1995, Proc. n.º 47738 (*in* CJ, 1995, tomo III).

⁹ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, 1999, p. 162.

¹⁰ *Ibid.*, p. 130.

¹¹ Falamos da sentença de 05-03-1993 do Tribunal Judicial de Oeiras, 3.º Juízo, Proc. n.º 777/91, citada por MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas...*, ob. cit., pp. 144-150.

agente para a formação da vontade criminoso¹². Também para GERMANO MARQUES DA SILVA, enquanto o agente provocador “não revela o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso”¹³, o agente infiltrado “não participa na prática do crime, a sua atividade não é constitutiva do crime, mas apenas informativa.”¹⁴

Não defendendo um conceito extensivo de “homens de confiança”, que abranja todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais, ALVES MEIREIS concebe as figuras do agente provocador e do agente infiltrado como sendo duas diferentes modalidades desta noção. Neste pressuposto, define como agente provocador “aquele que convence outrem à prática de um crime, não querendo o crime *a se*, e, sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso, a uma pena”, termos em que o “essencial é, acima de tudo, o *animus* do provocador e do provocado”¹⁵. Já o agente infiltrado será aquele que, “com o fim de obter provas para a incriminação do(s) suspeito(s), ou então, simplesmente, para a obtenção da *notitia criminis*, ganha a sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos factos, praticando atos de execução se necessário for.”¹⁶

Alertando ainda para o facto de ser muito ténue a distinção entre as duas figuras, MORAES ROCHA qualifica como agente provocador aquele que “determina outrem a praticar os crimes” e como agente infiltrado aquele que “procura descobrir crimes já praticados, recolhendo informações e provas, sem denunciar a sua qualidade.”¹⁷

Na conceção de HENRIQUES GASPAREL, a “provocação pressupõe que o agente policial colabore ou prepare a execução do crime”, contrariamente ao que se verifica em relação à atuação do agente infiltrado, que age “com boa-fé, baseado na existência de suspeitas razoáveis que, na sequência de uma investigação já razoavelmente corporizada se

¹² MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, ob. cit., p. 220.

¹³ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Bufos, infiltrados e arrependidos*, 1994, p. 29.

¹⁴ *Ibid.*, p. 31.

¹⁵ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas...*, ob. cit., p. 155.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 163-164.

¹⁷ JOÃO LUÍS DE MORAES ROCHA, *Droga – Regime Jurídico (Legislação Nacional anotada, Diplomas Internacionais)*, 1994, pp. 190-191.

limita a oferecer e a proporcionar a oportunidade para praticar um crime relativamente ao qual existia já uma predisposição subjetiva.”¹⁸

Sedimentando a diferenciação das noções ora em apreço, a jurisprudência acompanhou a doutrina tomando em consideração aqueles relevantes entendimentos.

O STJ tem entendido que o agente provocador faz nascer uma intenção criminosa no suspeito, inexistente até ao momento da provocação, ao passo que o agente infiltrado se insinua no submundo criminoso sem nunca suscitar qualquer infração. Assim, torna-se essencial diferenciar os casos em que é criada uma intenção criminosa até então inexistente, dos casos em que o suspeito criminoso já se encontra potencialmente inclinado a delinquir e a atuação do agente policial apenas põe em marcha aquela decisão¹⁹. Nestes termos, “importará distinguir entre a criação de uma oportunidade com vista à realização de uma intenção criminosa, e a criação dessa mesma intenção”²⁰ – sendo que o STJ tem vindo a considerar como admissível a primeira situação e já não esta última, defendendo que “a utilização do agente provocador representa sempre um ato de deslealdade que afeta a cultura jurídica democrática e a legitimação do processo penal que a acolhe.”²¹

Também o TC já foi chamado a pronunciar-se sobre a matéria ora em estudo, sustentando no Ac. n.º 578/98 de 14 de outubro de 1998²² que “entre a atividade do agente infiltrado, que, disfarçadamente, procura ganhar a confiança dos suspeitos, para melhor os observar e obter informações sobre a sua atividade delituosa, e a do agente provocador, que induz à prática do crime, a diferença é, por vezes, bem ténue”, e “o que verdadeiramente importa (...) é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar”, casos em que figurará como agente provocador. Sustentou ainda este Ac. ser

¹⁸ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (caso Teixeira de Castro c. Portugal) Decisão de 9 de junho de 1998” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* Ano 10 N.º 1, 2000, pp. 164-165.

¹⁹ Neste sentido, cf. os Acs. do STJ de 15-01-1997, Proc. n.º 870/96 (in CJ, 1997, tomo I); de 30-10-2002, Proc. n.º 2118/02 (in CJ, 2002, tomo IV); de 20-02-2003, Proc. n.º 4510/02 (disponível em www.dgsi.pt); de 06-05-2004, Proc. n.º 1138/04 (in CJ, 2004, tomo II); de 30-11-2005, Proc. n.º 3349/05 (disponível em www.dgsi.pt).

²⁰ Ac. do STJ de 20-02-2003, Proc. n.º 4510/02 (disponível em www.dgsi.pt).

²¹ Ac. do STJ de 13-01-1999, Proc. n.º 999/98, convocado por SUSANA AIRES DE SOUSA aquando da definição da figura do agente provocador – SUSANA AIRES DE SOUSA, “Agent provocateur...”, ob. cit., p. 1222.

²² Ac. disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/.

inadmissível a atuação do agente provocador “pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir”.

Ao nível da jurisprudência europeia, o TEDH também já se debruçou sobre a questão da provocação de agentes policiais, ação que considera inaceitável quando comparada à infiltração. Neste sentido, aferindo sobre a própria origem do facto criminoso, o TEDH tem vindo a mobilizar o princípio do processo equitativo, reiterando que a atuação do agente policial não pode ser discricionária, devendo assegurar determinadas garantias e direitos ao suspeito criminoso. No respeito pelos elementos do princípio do processo equitativo, considera o TEDH a necessidade de averiguar se o autor da infração sempre a teria praticado caso o agente não tivesse intervindo²³.

Tomando como exemplo o Ac. do TEDH de 9 de junho de 1998 (Caso Teixeira de Castro c. Portugal), detetamos, por parte da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, a utilização de expressões como “predisposição ao cometimento do crime” ou “criação de oportunidade”. Neste caso concreto, o cidadão português requerente queixava-se de falta de equidade no processo penal devido ao papel de dois agentes policiais “provocadores” que o haviam determinado ao cometimento de um crime de tráfico de estupefacientes. O Estado português viria a ser condenado a pagar uma indemnização de dez milhões de escudos, concluindo a Comissão que o comportamento dos agentes policiais portugueses tinha sido “essencial, se não exclusivo, à origem do cometimento do crime” e conseqüente condenação do requerente, que “de outra forma não teria tido lugar”²⁴.

Neste particular, assume especial relevo a doutrina da *entrapment defense*²⁵, cujos critérios permitem operar a distinção entre agente infiltrado e agente provocador recorrendo a fórmulas objetivas, por um lado, e subjetivas, por outro.

²³ Entre outros, cf. os Acs. do TEDH, Casos Teixeira de Castro c. Portugal, de 09-06-1998, Vanyan c. Rússia, de 15-12-2005 (incitamento ao tráfico de droga), Khudobin c. Rússia, de 26-10-2006 (incitamento ao tráfico de droga), Ramanauskas c. Lituânia, de 05-02-2008 (incitamento à corrupção de um juiz), Malininas c. Lituânia, de 01-07-2008 (incitamento ao tráfico de droga), todos disponíveis em <http://hudoc.echr.coe.int>.

²⁴ Ac. citado por MÁRIO FERREIRA MONTE, “A relevância da atuação dos agentes infiltrados ou provocadores no processo penal” in *Scientia Iuridica Tomo 46 N.º 265/267*, 1997, pp. 183-195.

²⁵ Sobre a doutrina da *entrapment defense*, desenvolvida pela jurisprudência norte-americana para garantir os direitos dos cidadãos contra os excessos dos *undercover agents*, vide ISABEL ONETO, *O agente infiltrado – Contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*, 2005, pp. 36-45 e MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas...*, ob. cit., pp. 96-103.

A análise que efetuámos permite-nos confirmar a preferência da doutrina e da jurisprudência portuguesas pelo modelo subjetivo. De acordo com este “teste subjetivo” o agente será considerado provocador caso se possa afirmar que a sua atuação originou o projeto criminoso do suspeito que, até então, não tinha manifestado qualquer predisposição para a prática do ilícito²⁶.

Em contraposição com o critério subjetivo, o “teste objetivo pressupõe que, num Estado de Direito, a ação policial respeita certas regras mínimas para não induzir uma pessoa normalmente respeitadora das leis a praticar uma infração, que não teria sido praticada sem essa intervenção.”²⁷ O critério objetivo centra a sua análise na atuação do agente policial, tornando-se necessário avaliar se a mesma foi objetivamente intolerável no plano dos valores do Estado de Direito. Em caso afirmativo, o agente policial será considerado provocador.

As decisões tomadas pelo TEDH, pese embora acabem por reverter ao modelo subjetivo, têm igualmente convocado elementos de apreciação próprios do critério objetivo, originando um modelo de referência que se poderia designar “objetivo-subjetivo”.

Apesar da maioritária opção pelo critério subjetivo no seio do nosso ordenamento jurídico, a necessidade de aferir se o autor da infração foi, ou não, determinado a praticá-la, e se existia, ou não, predisposição para tal, implica fortes dificuldades e indeterminações práticas²⁸. Com efeito, de acordo com este critério, para que um agente não seja considerado provocador terá de ser provado que o suspeito manifestava potencial predisposição para a prática do crime e que, por força disso, havia fortes razões para crer que o crime estava em vias de ser cometido. Ora, estas dificuldades intensificam-se pelo facto de a ação encoberta só poder ser contestada depois de finda, num momento em que a suspeita existente foi já confirmada ou reforçada, fazendo “subir retroativamente a sua plausibilidade e as razões de que ela se louvava.”²⁹

²⁶ Cf. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As ações encobertas e o processo penal: Questões sobre a prova e o processo equitativo” in *Medidas de Combate à Criminalidade Económico-financeira*, 2004, p. 50.

²⁷ *Ibid.*, p. 50.

²⁸ Criticando a posição tomada pelo TEDH no Caso Teixeira de Castro c. Portugal, HENRIQUES GASPAR defende que o facto de o suspeito criminoso não ter antecedentes criminais e não ter droga em seu poder não pode ser bastante para demonstrar a inexistência de intenção criminosa por parte deste – ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...”, ob. cit. p. 166.

²⁹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos de investigação” 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*, 2009, p. 549.

Por este motivo, entendemos como mais acertado a utilização de um critério misto, que tenha em atenção o modelo subjetivo e o modelo objetivo. De facto, ao consagrar no art. 6.º, n.º 1 uma cláusula de isenção de responsabilidade penal que contem os pressupostos de admissibilidade da atuação do agente encoberto, o RJAÉ parece ir também neste sentido, sugerindo um “critério complexo mas com relevantes elementos objetivos, como a inadmissibilidade da instigação e a exigência de proporcionalidade da medida.”³⁰

3. A figura do agente encoberto

Ao consagrar, no art. 1.º, n.º 2, a definição de “ações encobertas”, o RJAÉ contribuiu para uma mais clara definição da figura do agente encoberto, que atua “com ocultação da sua qualidade e identidade” para fins de “prevenção ou repressão” da criminalidade.

Tomando como ponto de partida esta noção, diferenciamos dois tipos de ações encobertas, tendo por base a sua duração e a atuação do agente: as de infiltração leve (denominadas *light cover*) e as de infiltração profunda (denominadas *deep cover*)³¹.

Nas ações *light cover*, o agente encoberto (agente policial ou um particular) tem um objetivo concreto e a sua atividade implica contactos isolados com o suspeito criminoso. Nestas situações, estando em causa operações de curta duração (nunca superiores a seis meses) que acarretam, necessariamente, um risco diminuto, o agente encoberto não necessita de recorrer a uma identidade fictícia outorgada pelo Estado. A título de exemplo, referimos como modalidade deste tipo de operações as “*decoy operations*” (também denominadas “operações isco”), em que o agente “faz o papel de uma vítima potencial – por ex., vagabundo, comerciante, homem embriagado em determinadas circunstâncias, um velho, um motorista de táxi”³² – esperando sofrer ou observar alguma atividade criminosa, para que então intervenham agentes policiais e detenham o agressor.

Menos frequentes, as ações *deep cover* são operações encobertas de longa duração, levadas a cabo por um agente policial que adota uma identidade fictícia e se introduz no

³⁰ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR. “As ações encobertas...”, ob. cit., p. 52.

³¹ Cf. ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., pp. 81-84 e NUNO MIGUEL LOUREIRO, “A responsabilidade penal do agente encoberto” in *Revista do Ministério Público Ano 36 N.º 142*, 2015, pp. 81-82.

³² ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “As ações encobertas...”, ob. cit., p. 44.

meio criminoso, aí se mantendo por um largo período de tempo, de tal maneira que “os contactos com o seu anterior meio social e familiar passam a ser irregulares, chegando mesmo a suspender-se totalmente.”³³ De entre as várias técnicas que podem assumir as operações *deep cover* indicamos, a título de exemplo, a “*infiltration de réseaux ou de groupes*”, que envolve a infiltração do agente policial num meio criminoso para que assim recolha informações, e provas, sobre a preparação ou consumação de determinado crime³⁴.

Ora, reconhecendo que a noção de ação encoberta permite, no seu seio, a inclusão de variadas práticas e modalidades, e tendo em consideração que o legislador definiu as ações encobertas através da característica “ocultação da qualidade e identidade” dos seus agentes, é possível concluir que os dois tipos de ações encobertas se encontram abrangidos pelo âmbito do RJAE³⁵.

Também para esta conclusão contribui o facto de o legislador ter previsto, mas não imposto, que, nos termos do art. 5.º do RJAE, os agentes da polícia criminal atuassem sob identidade fictícia, numa clara manifestação de preocupação com a segurança do agente encoberto.

Podemos, então, definir agente encoberto como sendo um funcionário de investigação criminal, ou um particular atuando sob o controlo da polícia, que com ocultação da sua qualidade e identidade (ou ainda sob identidade fictícia) atua, durante um período mais ou menos longo de tempo, com a finalidade de obter informações determinantes no sentido de assegurar a prevenção ou repressão de determinado crime, sem nunca instrumentalizar ou instigar o suspeito à prática de atos ilícitos. Assim, o agente encoberto terá como tarefa a intromissão no meio do suspeito “de modo a eventualmente integrar a organização criminosa, ou pelo menos poder acompanhar as atividades ilícitas”³⁶, e desta forma obter informações e recolher elementos de prova sobre os factos sob investigação.

Neste contexto, não podemos deixar de elogiar a decisão do legislador em definir o regime das “ações encobertas”, optando pela designação de “agente encoberto” em prejuízo

³³ ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., p. 82.

³⁴ *Ibid*, p. 84.

³⁵ Cf. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAS, “As ações encobertas...”, ob. cit., p. 44 e NUNO MIGUEL LOUREIRO, “A responsabilidade penal...”, ob. cit., p. 82

³⁶ EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas (alguns problemas, algumas sugestões)” in *Estudos em homenagem ao Conselheiro Artur Maurício*, 2014, p. 364.

de “agente infiltrado”. Enquanto a noção de “ação infiltrada” parece corresponder apenas a uma operação policial com inserção no submundo criminoso durante um período temporal mais longo, na “ação encoberta” o que releva é o facto de o agente ocultar a sua qualidade, identidade e intenções³⁷, adotando uma conduta ativa de encobrimento. Nestes termos, o conceito de “ação encoberta” torna-se mais amplo que o conceito de “ação infiltrada”, e podemos concluir que o RJAE tem aplicação quando esteja em causa qualquer uma destas operações³⁸.

Assumindo, pese embora, que a distinção entre as figuras do agente encoberto e do agente infiltrado não é assunto de importância capital³⁹, não podemos deixar de discordar perentoriamente com intervenções doutrinárias e jurisprudenciais que entendem o agente encoberto como “um mero observador”.

Nesta senda, ALVES MEIREIS define como agente encoberto aquele que “frequenta meios previsivelmente criminosos com o objetivo de recolher possíveis indícios relevantes mas cuja qualidade não determina nem influencia de forma alguma o rumo dos acontecimentos, naquele lugar e naquele momento poderia estar qualquer outra pessoa e as coisas aconteceriam da mesma forma.”⁴⁰ Contudo, divergimos do entendimento de que o traço distintivo do agente encoberto é a sua passividade⁴¹, defendendo que se alguém atua, sem estar identificado, frequentando meios conotados com o crime para assim adquirir informações incriminatórias relativamente a determinados suspeitos, ou presenciar o cometimento de crimes, terá de ser qualificado como um “agente à paisana” – de facto, se a sua presença naquele sítio e naquele momento é inócua relativamente ao cometimento do crime, a sua atuação é inteiramente legítima e não se inclui no âmbito de aplicação do RJAE.

³⁷ Neste sentido, NUNO MIGUEL LOUREIRO, “A responsabilidade penal...”, ob. cit., p. 82.

³⁸ Entendendo que “o legislador optou pela expressão “agente encoberto” ao invés de utilizar o termo “agente infiltrado”, nela se incluindo a realidade que pode comportar as duas figuras”, cf. ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., p. 141.

³⁹ Cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, 2017, pp. 289-290 e ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., pp. 138-139.

⁴⁰ AUGUSTO ALVES MEIREIS., “Homens de confiança. Será o caminho?”, *II Congresso de Processo Penal*, 2006, p. 93.

⁴¹ Assim decidiram, de resto, os Acs. do STJ de 27-06-2012, Proc. n.º 127/10.0JABRG.G2.S1; do TRC de 07-03-2012, Proc. n.º 173/11.7GAMMV.C1 e do TRL de 29-11-2006, Proc. n.º 9060/2006-3 (disponíveis em www.dgsi.pt). Também a maioria da doutrina (entre outros FERNANDO GONÇAVES e MANUEL JOÃO ALVES, *Crime. Medidas de coação e prova*, 2015, pp. 301-302; FERNANDO GONÇAVES, MANUEL JOÃO ALVES e MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *O novo regime jurídico do agente infiltrado comentado e anotado*, 2001, pp. 40-41; MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas...*, ob. cit., pp. 192-193).

CAPÍTULO II: REGIME JURÍDICO DAS AÇÕES ENCOBERTAS

1. Admissibilidade do agente encoberto

Nas palavras de TERESA BELEZA e FREDERICO PINTO, “não existe um processo penal válido sem prova que o sustente, nem um processo penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa.”⁴² Ora, por ser inegável a tensão existente entre os objetivos inerentes à investigação criminal e a observância dos valores próprios de um Estado de Direito democrático, analisar o RJAE implica, necessariamente, que se aprecie a admissibilidade jurídico-constitucional da figura do agente encoberto.

Neste campo, porque o recurso à figura do agente encoberto não se encontra previsto no CPP e “o direito processual penal anda estreitamente associado à Constituição desde a origem do constitucionalismo”⁴³, é imperativo recorrer à CRP e realizar o enquadramento dos valores e princípios constitucionais em que assenta todo o ordenamento jurídico português e que podem ser, com a utilização desta técnica de obtenção de prova, colocados em perigo.

A utilização do agente encoberto como técnica de investigação oculta conflitua, inevitavelmente, com determinados direitos fundamentais⁴⁴, concretamente o direito à integridade moral (previsto no art. 25.º da CRP) e o direito à reserva da intimidade da vida privada (previsto no art. 26.º da CRP), corolários da dignidade da pessoa humana.

Mostrando muitas reservas relativamente à admissibilidade da figura do agente encoberto, GERMANO MARQUES DA SILVA mobiliza o princípio da lealdade, e defende que apenas deve ser aceite a sua atuação “no limite”, “quando a inteligência dos agentes da Justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a atividade dos criminosos

⁴² TERESA PIZARRO BELEZA / FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO *in* Nota de Apresentação de *Prova Criminal e direito de defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, 2017, p. 5.

⁴³ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, I*, 2007, p. 515.

⁴⁴ Neste sentido, constata BENJAMIM SILVA RODRIGUES que “a investigação oculta escava, silenciosamente, os alicerces onde assentam os diversos direitos fundamentais reconhecidos, pelas (e nas) «nações civilizadas»” – BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Da prova penal Tomo II: Bruscamente... A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, 2010, p. 41.

e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça criminal cabe tutelar.”⁴⁵

Admitindo como critério para aferir da admissibilidade da figura do agente encoberto as finalidades por ele prosseguidas, COSTA ANDRADE declara “ser de sustentar a inadmissibilidade (...) da intervenção de homens de confiança com propósitos e para fins unicamente repressivos (...) em homenagem nomeadamente à ideia duma *administração eficaz da justiça penal*”.^{46 47} Contudo, entende o Autor que, se a finalidade da ação encoberta não for de carácter exclusiva ou prevalentemente preventivo, limitando-se à repressão de crimes já consumados, não será de admitir a atuação do agente encoberto por estar em causa um meio enganoso de obtenção de prova, na previsão do art. 126.º, n.º 2, al. a) do CPP⁴⁸.

É certo que, reproduzindo o aludido no Ac. do TRL de 22-03-2011⁴⁹, “ao cidadão assiste (...) o direito a que as suas relações com o Estado ocorram livres de estratagemas enganosos”. Contudo, entende MAIA COSTA que o direito à integridade moral pode, neste contexto, “ser posto em crise quer pela intromissão dissimulada na vida privada, ou mesmo na própria intimidade, quer pela *manipulação* da pessoa do visado.”⁵⁰

Defendemos, no entanto, que situações de “manipulação” apenas poderão ocorrer nos casos em que as técnicas de investigação impliquem mecanismos de coação, não podendo tal afirmar-se em relação a todas as formas de “exploração fraudulenta do erro.”⁵¹ Ou seja, o erro criado pelo agente encoberto (quanto à sua qualidade e identidade) não basta para que se considere a sua atuação como um “meio enganoso de obtenção de prova”.

Na esteira de SUSANA AIRES DE SOUSA, julgamos necessário que “entre o engano (a aparência criada pelo agente policial ou terceiro) e a prática do crime ou da prova do crime se estabeleça um nexo de causalidade.”⁵² Com efeito, se for possível afirmar que o

⁴⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Bufos, infiltrados...*, ob. cit., p. 31.

⁴⁶ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, ob. cit., p. 232 (itálicos no original).

⁴⁷ Também mobilizando este critério, RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa” in *Medidas de Combate à Criminalidade Económico-Financeira*, 2004”, ob. cit., pp. 21-22.

⁴⁸ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, ob. cit., p. 231.

⁴⁹ Ac. do TRL de 22-03-2011, Proc. n.º 182/09.6JELSB.L1-5 (disponível em www.dgsi.pt)

⁵⁰ EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas...”, ob. cit., p. 358 (itálicos no original).

⁵¹ Semelhantemente, cf. Ac. do TC n.º 578/98 de 14-10-1998 (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>).

⁵² SUSANA AIRES DE SOUSA, “Agent provocateur...”, ob. cit., p. 1233.

suspeito sempre iria praticar determinado facto ilícito, nunca se poderá dizer que o crime foi cometido, ou foram fornecidas provas, devido à atuação do “homem de confiança”.

Desta via, somos obrigados a negar a existência do mencionado nexo de causalidade quando o “homem de confiança” veste a pele de agente encoberto, por ser impossível imputar o engano à sua atuação⁵³. Sempre que o agente encoberto não tenha qualquer intervenção na formação da vontade criminosa do suspeito, a atividade que leva ao cabo não poderá ser considerada “um meio enganoso de obtenção de prova, perturbador da liberdade de vontade ou de decisão do suspeito.”^{54 55}

Pese embora consideremos que a atuação do agente encoberto não tem de originar necessariamente um meio enganoso de obtenção de prova, continuará a ser sempre discutível a sua admissibilidade e fundamento. Na verdade, na medida em que o suspeito contribui para a produção de prova contra si próprio, por desconhecer da identidade e qualidade do “homem de confiança” que lhe transmitiu uma imagem de proximidade, poderá defender-se que a sua atuação afeta o direito à não autoincriminação (princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*). Precisamente porque nenhum suspeito criminoso é obrigado a colaborar com a justiça penal na recolha de elementos destinados à sua acusação, é nesta possibilidade de autoincriminação involuntária que se situa a maior aporia dos meios ocultos de investigação criminal. O princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* “pressupõe que a confissão do suspeito seja livre, consciente e esclarecida: o que, de um modo geral, não surge quando ele presta informações a um “agente encoberto”, com violação frontal e categórica do princípio da lealdade.”⁵⁶

Poderemos, nesta fase, afirmar que embora não esteja em causa um método de investigação enganoso e, portanto, à partida inadmissível, a utilização do agente encoberto

⁵³ Em sentido contrário, RUI PEREIRA afirma: “o recurso ao “agente encoberto” traduz-se, seguramente, num “meio enganoso” de obtenção de prova”. RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem...”, ob. cit., p. 18.

⁵⁴ SUSANA AIRES DE SOUSA, “Agent provocateur...”, ob. cit., p. 1234.

⁵⁵ Afirmando não constituir um meio enganoso de obtenção de prova, *vide* a seguinte jurisprudência: a decisão do TEDH sobre a admissibilidade no caso Sequeira c. Portugal (disponível em <http://hudoc.echr.coe.int>); Acs. do TC n.º 578/98 de 14-10-1998 e n.º 76/2001 de 14-02-2001 (disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/); Acs. do STJ de 13-12-2000, Proc. n.º 2752/00 (disponível em www.dgsi.pt); de 20-02-2003, Proc. n.º 4510/02 (disponível em www.dgsi.pt); de 30-10-2003, Proc. n.º 2032/03 (disponível em www.dgsi.pt); de 06-05-2004, Proc. n.º 1138/04 (*in* CJ, 2004, tomo II); de 30-11-2005, Proc. n.º 3349/05 (disponível em www.dgsi.pt); de 27-06-2012, Proc. n.º 127/10.0JABRG.G2 (disponível em www.dgsi.pt).

⁵⁶ JOAQUIM LOUREIRO, *Agente infiltrado? Agente provocador!: Reflexões sobre o 1.º Acórdão do T. E. D. Homem – 9 Junho 1998: Condenação do Estado Português*, 2007, p. 212 (itálicos no original).

contende com o direito a uma esfera pessoal em que o estabelecimento de relações intersubjetivas é realizada sem a presença de estranhos e as informações a elas respeitantes não são divulgadas (direitos menores do direito à reserva da intimidade da vida privada).

Todavia, não podemos deixar de ter em consideração o outro lado da moeda. A CRP garante, no seu art. 27.º, n.º 1, o direito à segurança, o qual se exprime na necessidade de existência de medidas de polícia com vista à defesa da legalidade democrática e garantia da segurança interna e direitos dos cidadãos (tal e qual prevê o art. 272.º do mesmo normativo legal). Efetivamente, não é possível negligenciar o direito dos cidadãos à segurança e à realização e administração da justiça penal na sua vertente preventiva e repressiva. Como ensina FIGUEIREDO DIAS, “o Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis à prossecução do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos. Ele exige também a proteção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal.”⁵⁷

Acresce que a CRP não exclui a admissibilidade de meios ocultos de obtenção prova. Na verdade, o art. 32.º, n.º 8 da CRP consagra como nulas “todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa” mas, apenas na medida em que forem abusivas, as provas obtidas através de “intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. Esta norma, pese embora consagre a exigência de um processo penal garante dos direitos fundamentais, deixa então margem para que o legislador ordinário possa intervir e, sempre que verifique “um *conflito positivo de normas constitucionais*”, o resolva através da “*máxima observância* dos direitos fundamentais envolvidos e da sua *mínima restrição* compatível com a salvaguarda adequada do outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa.”⁵⁸

Sendo indubitável a inexistência de princípios absolutos⁵⁹, por vezes torna-se necessário que se restrinjam determinados valores para que assim se assegurem outros, de idêntica dimensão. É neste contexto que concebemos as ações encobertas: o agente encoberto move-se “precisamente na zona de fronteira que intercepta o binómio

⁵⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma reforma global do processo penal português – Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais” in *Para uma nova justiça penal*, 1983, p. 206.

⁵⁸ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 134 (itálicos no original).

⁵⁹ Proclamando a tese de que não há direitos absolutos cf., por exemplo, os Acs. do TC n.º 25/84, de 04-04-1984 e n.º 7/87, de 09-02-1987 (ambos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos).

segurança/liberdade, numa tensão dialética resultante da constante procura de equilíbrio entre os objetivos de prevenção e repressão e a observância rigorosa dos princípios inerentes a um Estado de Direito democrático.”⁶⁰

Encarando a figura do agente encoberto como expediente fundamental para uma eficaz prossecução da justiça penal, não podemos deixar de acreditar que a resposta estará em encontrar um juízo de concordância entre os ditos interesses conflitantes.

Este critério “não estará na validação do interesse preponderante à custa do interesse de menor hierarquia (...) mas sim numa *otimização* dos interesses em conflito; o que conduz a submeter a limitação estritamente aos princípios da *necessidade* e da *proporcionalidade*, bem como, no caso de se tratar de direitos fundamentais, a exigir que não seja afetado o seu *conteúdo* essencial”.⁶¹

Entendemos que, tendo em vista finalidades preventivas e repressivas, é possível que se adotem medidas de investigação capazes de restringir direitos fundamentais. Porém, para que tal aconteça, terão as mesmas de se subordinar ao regime restritivo de tais direitos (nos termos do previsto no art. 18.º, n.ºs 1 e 2 da CRP), respeitando os princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade, nunca violando o núcleo essencial dos próprios direitos⁶².

De facto, se “os interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana (art. 1.º) e nos princípios fundamentais do Estado de Direito democrático (art. 2.º) não podendo, portanto, valer-se de atos que ofendam direitos fundamentais básicos”⁶³, e por ser inegável a incapacidade do Estado para enfrentar as ameaças criminais emergentes, o RJAE opera como uma lei restritiva de direitos fundamentais que visa salvaguardar um interesse também ele constitucionalmente protegido: a administração eficaz da justiça penal.

Não podemos deixar de pensar as ações encobertas como estando sujeitas aos princípios constitucionais norteadores do Estado de Direito e em que a ofensa a direitos

⁶⁰ ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., pp. 12-13.

⁶¹ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, ob. cit., p. 209 (itálicos no original).

⁶² Cf. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas...*, ob. cit., p. 173 e 185 e ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., pp. 170-171 e 175. Na jurisprudência, cf. o Ac. do TRC de 26-10-2011, Proc. n.º 23/09.4GBNLS.C1 e o Ac. do TRL de 22-03-2011, Proc. n.º 182/09.6JELSB.L1-5 (ambos disponíveis em www.dgsi.pt).

⁶³ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República...*, ob. cit., p. 524.

fundamentais não possa surgir senão perante uma avaliação da finalidade da operação (se preventiva ou repressiva) sempre tendo em consideração o grau de lesão a esses direitos. Mas tendo presente os princípios da lealdade, da reserva da vida privada e da liberdade de determinação pessoal, defendemos a admissibilidade das ações encobertas desde que se cumpram certos pressupostos: aqueles “que decorrem do princípio constitucional da proporcionalidade, em síntese, os de estrita necessidade, adequação e proibição do excesso de tal mecanismo”⁶⁴, assegurando a incolumidade de bens juridicamente protegidos.

Em qualquer circunstância, o princípio da proporcionalidade imporá a obediência ao princípio da subsidiariedade, o que equivale a dizer que a atuação do agente encoberto terá de ser indispensável. Assim, este meio de obtenção de prova excecional será admissível em última instância, caso se verifique que os outros meios de obtenção de prova não são suficientemente eficazes na repressão e prevenção de determinado crime, “quer por razões de ordem moral e ética, quer por razões de segurança do próprio agente.”⁶⁵

Em jeito de conclusão, citamos MÁRIO FERREIRA MONTE: “se se garantir a dignidade da pessoa, do arguido, estar-se-á a responsabilizá-lo. Com isso, o facto criminoso por si levado a cabo será fruto da sua vontade. Logo, assumirá maior legitimidade o juízo de censura a efetuar.”⁶⁶

2. Âmbito de aplicação das ações encobertas

A excecionalidade das ações encobertas como meio de investigação oculto implica, para salvaguarda de determinados direitos fundamentais, a previsão de um regime jurídico próprio. A reserva de lei constante do RJAЕ manifesta-se pela restrição da aplicação das ações encobertas aos crimes aí previstos, e apenas esses, sendo legalmente inadmissível o seu recurso fora desses casos⁶⁷. Assim é que o art. 2.º do RJAЕ consagra, taxativamente, um

⁶⁴ EDUARDO MAIA COSTA, “Agente provocador – Validade das provas” in *Revista do Ministério Público Ano 21 N.º 81*, 2000, p. 173.

⁶⁵ FERNANDO GONÇAVES, MANUEL JOÃO ALVES E MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *O novo regime jurídico...*, ob. cit., p. 11.

⁶⁶ MÁRIO FERREIRA MONTE, “A relevância da atuação...”, ob. cit., p. 201.

⁶⁷ O Ac. do TRP de 15-09-2010, Proc. n.º 381/10.8JAPRT-A.P1 considerou “ilícita a conduta dos senhores inspetores da Polícia Judiciária, por constituir meio enganoso, ardiloso e astucioso”, na medida em que, pese embora a sua atuação configurasse a figura do agente encoberto, “considerando o disposto na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, não cabe no âmbito das ações encobertas o roubo, exceto a instituições de crédito, repartições de fazenda pública e correios” (disponível em www.dgsi.pt).

catálogo de crimes relativamente aos quais, no âmbito da prevenção e repressão da criminalidade, as ações encobertas são admissíveis.

Não podemos deixar de salientar o substancial alargamento dos crimes abrangidos pelo RJAE, dado que, até à sua entrada em vigor, apenas os crimes de tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (nos termos dos arts. 59.º e 59.º-A do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro) e os crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira (nos termos do art. 6.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro) eram passíveis de originar o recurso a ações encobertas.

Esta ampliação era, aliás, uma das soluções normativas mais relevantes que visava o RJAE, justificada pelo Ministro da Justiça António Costa na discussão conjunta na generalidade da Proposta de Lei n.º 79/VIII, por haver “um conjunto de crimes em que, pela forma normal de serem praticados, o agente encoberto pode ter grande utilidade, sobretudo porque, nos termos da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia, teríamos de admitir ações encobertas em investigações transnacionais fora do tráfico de droga e fora da corrupção, e seria, no mínimo, estranho admiti-lo para a cooperação internacional e não para as investigações puramente nacionais.”⁶⁸

O RJAE passou então a prever, como admissíveis, as ações encobertas no âmbito de crimes de homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido (al. a)); 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 incapazes (al. b)); crimes de tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados (al. c)); crimes de escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns (al. d)); crimes de organizações terroristas e terrorismo (al. f)); captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstrato, pena igual ou superior a 8 anos de prisão (al. g)); crimes executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objetos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioativas (al. h)); crimes de roubo

⁶⁸ Reunião plenária de 21 de junho de 2001, com publicação no Diário da Assembleia da República de 22 de junho de 2001, I Série A – n.º 99, p. 3865 (disponível online em <https://www.parlamento.pt/DAR>, acedido em 23-04-2019).

em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios (al. i)); associações criminosas (al. j)); crimes de contrafação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respetiva passagem (al. r)); crimes cometidos no âmbito do mercado de valores mobiliários (al. s)).

O elenco de crimes cuja investigação admite o recurso a ações encobertas passou a ser extenso e mais permissivo, abrangendo a proteção de variados bens jurídicos. À primitiva lista inscrita no art. 2.º do RJAE, foram ainda aditados os crimes de tráfico de pessoas (com a Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto) e de terrorismo internacional e financiamento do terrorismo (com a Lei n.º 61/2015 de 24 de junho).

Encontrando-se abrangidos pelo âmbito de aplicação do RJAE crimes tão díspares e de gravidade tão diversa, nomeadamente crimes contra as pessoas, contra o património, contra a vida em sociedade e crimes contra o Estado, escreve MAIA COSTA que os critérios de inclusão que estiveram na base do catálogo terão sido “a prática das infrações de forma organizada, ou mesmo por organizações criminosas mais ou menos desenvolvidas” e, por outra via, “o desconhecimento dos agentes do crime, em crimes especialmente graves.”⁶⁹

A lei não exige, no entanto, que o cometimento dos crimes do catálogo se enquadre no âmbito de terrorismo ou criminalidade grave ou altamente violenta, contrariamente ao que defende ISABEL ONETO como um dos requisitos do recurso às ações encobertas⁷⁰, nem tão pouco que os crimes em causa sejam repetíveis, tal e qual considera RUI PEREIRA⁷¹. Efetivamente, parece-nos não haver razão, nem fundamento literal, para restringir deste modo o âmbito de aplicação das ações encobertas. Porém, deixamos uma breve nota relativamente ao elenco de crimes inscrito no art. 2.º do RJAE: sendo de louvar o alargamento operado por esta norma legal, permitindo a utilização de ações encobertas como técnica de investigação criminal quando em causa estejam inúmeros crimes, propendemos para considerar que o legislador talvez tenha ido longe demais. Com efeito, as ações encobertas deveriam ser encaradas como um método de investigação excecional, por

⁶⁹ EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas...”, ob. cit., p. 361.

⁷⁰ ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., p. 187.

⁷¹ RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem...”, ob. cit., pp. 21-22.

passível de restringir direitos fundamentais, devendo cingir-se a crimes em que os métodos de investigação ditos “tradicionais” se mostram ineficazes⁷².

Não obstante, o certo é que uma pesquisa aprofundada na jurisprudência nacional mostra que continua a ser na investigação do crime de tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas que incide o maior número de ações encobertas realizadas.

A inserção do crime de tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas no elenco constante do art. 2.º do RJAÉ (al. I)), parece-nos, de facto, uma das mais sensatas e justificadas, atendendo a que a admissibilidade da realização de ações encobertas como técnica de investigação deste tipo de crimes se encontrava prevista no nosso ordenamento jurídico desde 1983, com a consagração do DL n.º 430/83, de 13 de dezembro (Lei da Droga).

Considerado um dos mais graves problemas da atualidade, com grandes implicações económicas e sociais, o crime de tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas envolve uma forte organização de grupos nacionais e internacionais que atuam através de códigos e linguagem própria. A enorme dificuldade suscitada na sua investigação é a razão que justifica o facto de o legislador escolher “o tráfico e o consumo de droga como campo de ensaio de soluções inovadoras”⁷³ e tenha primeiramente considerado como admissíveis as ações encobertas neste campo.

3. Novos âmbitos de aplicação das ações encobertas

“Convicto da necessidade de prosseguir, com carácter prioritário, uma política criminal comum que vise proteger a sociedade da criminalidade no ciberespaço”⁷⁴, o legislador português adaptou o direito interno à Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa (Convenção de Budapeste), aprovando a Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (a Lei do Cibercrime).

⁷² Afirmando que “este elenco parece dar um sinal preocupante: o de tornar este método como algo banal e generalizado”, SANDRA PEREIRA, “A recolha de prova por agente infiltrado”, in *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, 2017, p. 149.

⁷³ RUI PEREIRA, “O consumo e o tráfico de droga na lei penal portuguesa” in *Revista do Ministério Público Ano 17 N.º 65*, 1996, p. 64.

⁷⁴ Cf. o preâmbulo da Convenção sobre o Cibercrime, com publicação no Diário da República de 15 de setembro de 2009, 1ª Série – n.º 179, p. 6366 (disponível online em <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/09/17900/0635406378.pdf>, acedido em 23-04-2019).

A lista constante do art. 2.º do RJAÉ, já extremamente abrangente, sofreu um gigante alargamento com a consagração do referido diploma legal, na medida em que o art. 19.º da Lei do Cibercrime veio prever a admissibilidade das ações encobertas na investigação dos crimes informáticos aí previstos (al. a) – ou seja, crimes de falsidade informática (art. 3.º), de dano relativo a programas ou outros dados informáticos (art. 4.º), de sabotagem informática (art. 5.º), de acesso ilegítimo (art. 6.º), de interceção ilegítima (art. 7.º), e de reprodução ilegítima de programa protegido (art. 8.º) – e ainda de determinados crimes cometidos por meio de um sistema informático (al. b)).

Se nos parecia já extenso o âmbito de aplicação das ações encobertas por força do amplo catálogo previsto no art. 2.º do RJAÉ, não podemos deixar de questionar a opção do legislador em alargar tão significativamente o leque de crimes passíveis de admitir o recurso ao agente encoberto em matéria de cibercrime.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE manifesta-se relativamente a esta disposição legal afirmando estar em causa um “âmbito muito amplo (...) incluindo até um crime de acesso ilegítimo, que deve ser objeto de uma restrição teleológica, em função precisamente da falta de gravidade intrínseca do crime.”⁷⁵ Também neste sentido, PAULO DÁ MESQUITA considera que a solução adotada se apresenta “incorreta ao descaracterizar a tabela desse regime, procedendo a uma associação inopinada entre crimes informáticos, crimes cometidos através de um sistema informático e ação encoberta”, ultrapassando “a linha do admissível, ao prever uma medida de carácter muito excecional para um leque muito amplo de crimes, sem aprofundamento normativo dos princípios da proporcionalidade e da necessidade.”⁷⁶

Apesar do supra exposto, o art. 19.º da Lei do Cibercrime aparenta, mais que uma simples adição, uma primeira abordagem à autonomização das ações encobertas em ambiente digital, para esta conclusão contribuindo a inserção sistemática da norma fora do RJAÉ⁷⁷.

Na verdade, as ações encobertas em ambiente digital não poderão ser entendidas como subsumíveis, na sua íntegra, ao RJAÉ. Numa realidade tão complexa, em que o agente

⁷⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2011, pp. 681-682.

⁷⁶ PAULO DÁ MESQUITA, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, 2010, pp. 125 e seguintes.

⁷⁷ Cf. DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos ocultos de investigação...*, ob. cit., p. 303.

encoberto poderá assumir várias identidades em simultâneo e movimentar-se em diferentes espaços virtuais (entre outros, salas de *chat*, *websites*, redes sociais), acentuam-se as fortes diferenças entre o ambiente físico e o ambiente digital, não nos parecendo adequado que se aplique, sem mais, o regime geral a este tipo de situações.

Nas palavras de DAVID RAMALHO “a aplicação das normas pensadas para a realidade física à realidade digital será sempre assente numa ficção de identidade entre ambas” que “gerará uma margem de liberdade operacional muito ampla, indutora de soluções casuísticas, potencialmente inseguras e inadequadas.”⁷⁸ Restar-nos-á esperar por uma base legal específica, dedicada às ações encobertas em ambiente digital.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 284.

CAPÍTULO III: ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

1. O artigo 6.º, n.º 1 da Lei n.º 101/2001

Como já tivemos oportunidade de discutir, a figura do agente encoberto distingue-se da figura do agente à paisana pelo facto de a sua atuação não ser meramente passiva, sendo legítimo que interaja com suspeitos criminosos para assim recolher provas da intenção da prática de um crime ou da sua efetiva comissão.

Dependendo dos concretos fins de prevenção ou repressão criminal, e da modalidade da ação encoberta a executar, poderá o agente encoberto necessitar de se imiscuir de tal modo no submundo criminoso que se torne imperativa a prática de determinadas infrações penais. Neste contexto, torna-se essencial aferir da responsabilidade criminal do agente encoberto, pois que a sua atuação não se poderá considerar penalmente permitida em toda e qualquer circunstância.

O art. 6.º, n.º 1 do RJAЕ consagra uma cláusula de isenção de responsabilidade penal do agente encoberto ao estabelecer 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 comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.”⁷⁹

Estabelecendo os limites da intervenção do agente encoberto, este dispositivo legal é de importância extrema no que concerne à “regularização da atuação do agente policial, com vista à sua própria defesa, retirando-o de qualquer suspeição”, assim como ao “desencorajamento de excessos de zelo ou de comprometimento”⁸⁰, impondo-se ao agente um acrescido cuidado quando atua.

⁷⁹ NUNO LOUREIRO esclarece que o artigo tem por fonte a norma espanhola do art. 282 bis, 5 da Ley de Enjuiciamiento Criminal, que prevê o seguinte: “*El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito*” – NUNO MIGUEL LOUREIRO, *A responsabilidade penal...*, ob. cit., p. 82.

⁸⁰ Assim, o Ac. do TRL de 07-07-1998, Proc. n.º 0043325 (disponível em www.dgsi.pt).

A admissibilidade da atuação do agente encoberto, que tenha em vista a obtenção de prova que permita a prevenção ou repressão criminal, encontra-se sempre limitada por esta cláusula de isenção de responsabilidade que, expressamente, estabelece em que termos certa conduta, que noutras circunstâncias consubstanciaria um ilícito típico penal, não será punível.

2. ■

« '

O facto de o agente encoberto conseguir atingir os objetivos de prevenção e repressão criminal a que se propõe, não poderá, por si só, ser suficiente para afastar a sua punibilidade em relação a infrações que, porventura, tenha cometido no decurso da sua atuação. Mas também não pode ele ficar totalmente desprotegido.

Valorando os concretos fins de prevenção e repressão criminal, o legislador português lançou mão do expediente das denominadas “causas de exclusão da responsabilidade penal”, expressão que “de forma mais inócua, abarca todas as causas que afastam a responsabilidade penal”, integrando esta categoria “conceitos e preposições normativas tão diferentes como as causas de exclusão do ilícito, causas de exclusão da culpa e causas pessoais de exclusão da punibilidade”⁸¹.

Porque as categorias enunciadas são muito distintas entre si, e a lei não qualifica a natureza jurídica da causa de exclusão da responsabilidade prevista no art. 6.º, n.º 1 do RJA, põe-se a questão de saber se a conduta do agente encoberto, consubstanciada na prática de determinados ilícitos criminais, pode ser considerada justificada, desculpável, ou não punível em sentido estrito (por ser negada, respetivamente, a ilicitude, a culpa ou a punibilidade *stricto sensu* das condutas legalmente tipificadas como crime).

Será liminarmente de afastar uma tese que conceba a isenção de responsabilidade do agente encoberto como uma causa de exclusão da culpa. Na verdade, não cremos que o art. 6.º, n.º 1 do RJA tenha pretendido afastar o juízo de censura do agente encoberto que pratica uma infração por não lhe ser exigível comportamento diverso.

⁸¹ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, 2003, p. 60.

A atuação do agente encoberto não visa, pelo menos diretamente, a salvaguarda de bens jurídicos pessoais, tendo antes como objetivo a prevenção ou repressão da criminalidade. Sendo a ação encoberta um método de obtenção de prova autorizado pelo Estado e com intervenção de funcionários de investigação criminal, entendemos que a prática de infrações penais pelo agente encoberto não poderá aferir-se no plano da inexigibilidade da sua conduta.

Posto isto, e à primeira vista, parece então adequado defender que, nas situações em apreço, a atuação do agente encoberto é justificada. Com efeito, entende a maioria da doutrina que, ao praticar um facto típico, o agente age no cumprimento de um dever, não sendo punido perante a ordem jurídica nos termos do art. 31.º, n.º 2, al. c) do CP⁸².

Autores, de que é exemplo NUNO LOUREIRO, consideram não merecer dúvidas a natureza da isenção da responsabilidade do agente encoberto, que terá de ser forçosamente vista como uma causa de justificação ou exclusão da ilicitude, na medida em que, se assim não fosse, estaria o Estado a “promover um método de investigação criminal onde autorizaria a prática de ilícitos penais, combatendo o ilícito com o ilícito.”⁸³

Como ensina FARIA COSTA, “as causas de justificação são aquelas situações em que um facto típico não é ilícito porque a lei assim o permite (...) e fá-lo pois para tanto concorrem determinadas razões que levam a que o legislador não valore de modo negativo a ofensa a um bem jurídico-penal”, sendo que “o fundamento para tanto reside no interesse prevalecente.”⁸⁴

Efetivamente, na medida em que o art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ pretende resolver um conflito entre o interesse pela tutela de bens jurídicos postos em perigo com a prática de infrações pelo agente encoberto – por um lado – e o interesse pela tutela de bens jurídicos cuja ação encoberta visa prevenir ou reprimir – por outro – poderá considerar-se a isenção de responsabilidade do agente encoberto como uma causa de justificação em que se sobrepõe

⁸² Cf., entre outros, FERNANDO GONÇALVES, MANUEL JOÃO ALVES E MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Lei e crime*, 2001, pp. 267-268; GONÇALO MENESES, “Punição, isenção criminal e direito económico” in *Revista da Ordem dos Advogados, Ano 70, Vol. I-IV*, 2010, pp. 467-471; ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., p. 179; MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas...*, ob. cit., p. 164; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 686.

⁸³ NUNO MIGUEL LOUREIRO, “A responsabilidade penal...”, ob. cit., p. 93.

⁸⁴ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Noções fundamentais de direito penal*, 2015, pp. 270-271.

“a eficácia da investigação criminal à colocação em perigo de determinados bens jurídicos.”⁸⁵

Não podemos, contudo, deixar de notar que excluir a ilicitude da atuação do agente encoberto implica estender a isenção da sua responsabilidade também aos coautores e cúmplices das infrações penais praticadas em comparticipação. Ora, não nos parece ter sido essa a intenção do legislador, que com toda a certeza quis conferir uma dimensão pessoal ao art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ e apenas “isentar de responsabilidade” o agente encoberto, protegendo-o.

Para além disso, de acordo com o referido entendimento, a atuação do agente encoberto, relativamente à qual se verificasse uma causa de justificação, constituiria um facto lícito, contra o qual possíveis vítimas nunca poderiam reagir em legítima defesa (nem através qualquer outro direito de intervenção), mesmo que não tivessem conhecimento de que uma ação encoberta estava a decorrer.

Neste sentido, entende RUI PEREIRA que a conduta do agente encoberto é justificada, sim, mas por uma causa de exclusão da ilicitude estritamente penal⁸⁶. Defende o citado Autor que a resposta à natureza da isenção da responsabilidade do agente encoberto passa por aceitar a existência de cláusulas de exclusão da ilicitude estritamente penais, ou “em sentido fraco”, de onde resulta que “apenas o “agente encoberto” (e não também os outros comparticipantes no crime) está isento de responsabilidade penal; da mesma forma é considerada justificada, ao abrigo da legítima defesa, a reação de pessoas inocentes que sejam vítimas de agressões (ou de terceiros que as defendam).”⁸⁷

Consideramos, no entanto, não ser possível defender que a isenção da responsabilidade penal do agente encoberto constitui uma verdadeira causa de exclusão da ilicitude. De facto, na esteira de MAIA COSTA, entendemos que o art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ deve ser visto como uma “específica e atípica causa de exclusão da punibilidade, que não elimina a ilicitude da conduta, nem consequentemente isenta os demais comparticipantes de

⁸⁵ ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., p. 179.

⁸⁶ RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem...”, ob. cit., p. 31.

⁸⁷ *Ibid*, p. 31.

responsabilidade penal, nem afasta a admissibilidade de legítima defesa contra a conduta praticada.”⁸⁸

De acordo com a lata aceção afirmada pela doutrina, para que determinada conduta seja considerada crime é necessário que o tipo de culpa, e o tipo de ilícito, sejam completados com a categoria sistemática da “punibilidade”, categoria esta que tem como fundamento uma ideia político-criminal de dignidade penal do facto. Na verdade, casos há em que “apesar da realização integral do tipo de ilícito e do tipo de culpa, a “imagem global do facto” é uma tal que, em função de exigências preventivas, o facto concreto fica aquém do limiar mínimo da dignidade penal.”⁸⁹

O comportamento do agente encoberto, ainda que seja típico, ilícito e culposos, porque quando visto como um todo não atinge “os limiares mínimos da exigência preventiva de punição”, revela-se, a final, um facto indigno de pena.

Efetivamente, acompanhando COSTA ANDRADE na definição de dignidade penal como “a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalidade e punibilidade”⁹⁰, é possível afirmar-se que a atuação do agente encoberto “comprime” esse juízo e torna admissível uma possível lesão a determinado bem jurídico.

No caso, e porque estamos perante um método oculto de investigação, garante da segurança das populações no combate à criminalidade violenta e organizada, defendemos que a impunibilidade do agente encoberto se funda em razões de política criminal – concretamente, na circunstância do legislador considerar que, do ponto de vista da prevenção geral ou especial, os fatos típicos praticados pelo agente encoberto não exigem qualquer punição. Deste modo, o disposto no art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ terá de ser considerado um pressuposto negativo da punibilidade, sob a forma de uma causa pessoal de exclusão da pena, que se liga estritamente à conduta pessoal do agente encoberto e apenas a ele aproveita.

Assim, por falta de dignidade penal do facto, concluimos não existirem exigências preventivas, gerais ou especiais, que justifiquem a aplicação de qualquer consequência

⁸⁸ EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas...”, ob. cit., p. 365.

⁸⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral, Tomo I*, 2012, p. 280

⁹⁰ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime” in *Revista de Ciência Criminal* Ano 2 N.º 2, 1992, p. 184.

jurídica ao 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.”⁹¹

3. ■

O primeiro pressuposto objetivo da isenção de responsabilidade previsto no art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ é que o agente encoberto atue “no âmbito de uma ação encoberta”, o que significa que, para que possa ser afirmada a sua legalidade, tenham de ser observados determinados requisitos formais e materiais

Desde logo, e quanto ao âmbito subjetivo, a reserva de lei exigida por este método oculto de investigação criminal determina que as ações encobertas “sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária” (art. 1.º, n.º 2 do RJAÉ).

Pelo que, em primeiro lugar, o controlo das ações encobertas encontra-se reservado à Polícia Judiciária, admitindo-se, no entanto, que qualquer pessoa (funcionário de investigação criminal ou terceiro) a integrem⁹². E repare-se que o art. 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, ao consagrar que “as ações encobertas desenvolvidas pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 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 n.º 101/2001, de 25 de agosto”, alargou também a direção das ações encobertas ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, quando em causa esteja a investigação do tipo de criminalidade ali previsto.

⁹¹ Assim prevê o art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ.

⁹² Em sentido contrário, entende MAIA COSTA que as ações encobertas podem ser realizadas no âmbito da Polícia de Segurança Pública e Guarda Nacional Republicana, embora só a Polícia Judiciária tenha “autorização para contratar terceiros”, representando o RJAÉ uma ampliação substancial relativamente à anterior lei que “apenas autorizava as ações encobertas no âmbito da Polícia Judiciária” – EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas...”, ob. cit., p. 362. Defendendo, numa outra perspetiva, que o conceito de funcionários de investigação criminal abrange “apenas os funcionários de investigação criminal da Polícia Judiciária e não, também, os funcionários da mesma natureza da Polícia de Segurança Pública e da Guarda Nacional Republicana”, que sempre poderão, no entanto, “intervir como terceiro”, FERNANDO GONÇAVES, MANUEL JOÃO ALVES E MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *O novo regime jurídico...*, ob. cit., p. 42.

Assim sendo, exceto quando a ação encoberta vise a investigação de “crimes relacionados com a imigração ilegal em que estejam envolvidas associações criminosas” (caso em que caberá ao Serviços de Estrangeiros e Fronteiras, exclusivamente, a direção da operação, nos termos do art. 2.º, n.º 1, al. g) do DL n.º 252/2000, de 16 de outubro), o agente encoberto atuará sob direção da Polícia Judiciária⁹³ que, de facto, detém competência reservada para investigar os crimes previstos no catálogo do RJA e na Lei do Cibercrime (tal e qual prevê o art. 7.º, n.ºs 2 e 3 da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto).

Sob o controlo da Polícia Judiciária poderão, então, integrar ações encobertas funcionários de investigação criminal ou terceiros, sendo que o recurso a estes últimos não é, tanto por parte da doutrina como da jurisprudência, pacífico. Assinala MAIA COSTA a “inexistência de um vínculo de fidelidade ao Estado”, em contraponto ao recurso a um funcionário de investigação que envolve “necessariamente um grau de confiança maior do que a mera “contratação” de “assalariados” ocasionais para finalidades de elevada importância e alto risco.”⁹⁴

É certo que, as mais das vezes, é de extrema dificuldade a infiltração de um agente policial no submundo criminoso, tornando-se conveniente o recurso a um terceiro “civil”, conhecedor do meio. No entanto, caso não se trate de “pessoa de sólida formação moral e firmeza de carácter, pode facilmente deixar-se envolver nas atividades criminosas que investiga.”⁹⁵

Assim, porque a lei não define quem pode, ou não, ser terceiro, e porque é “incontornável a dificuldade de crédito a conceder à palavra de um homem marcado já por ficha policial preenchida”⁹⁶, entendemos que a utilização de terceiros não pode deixar de ser devidamente fundamentada, tornando-se um essencial requisito da legalidade da ação encoberta que da decisão constem as razões que justificam o eventual recurso a um terceiro, em detrimento de um funcionário de investigação criminal, assim como as razões que tornam inadequado ou insuficiente o recurso a este último.

⁹³ Interpretação que, de resto, vai ao encontro do defendido por ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., pp. 141-142 e NUNO MIGUEL LOUREIRO, “A responsabilidade penal...”, ob. cit., pp. 96-97.

⁹⁴ EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas...”, ob. cit., p. 362.

⁹⁵ Ac. do TC n.º 578/98 de 14-10-1998 (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>).

⁹⁶ FÁTIMA MATA-MOUROS, “Infiltrados fora da lei” in *Sub Judice – Justiça e Sociedade N.º 18*, 2000, p. 59.

O segundo requisito para aferir da legalidade de uma ação encoberta, previsto nos arts. 1.º, n.º 2 e 3.º, n.º 1 do RJAE, prende-se com a finalidade da mesma: a investigação da criminalidade tem, necessariamente, de ter como objetivo a sua prevenção (havendo indícios suficientes de que determinado crime está em vias de ser cometido) ou repressão (havendo indícios suficientes de que determinado crime foi já praticado), impondo-se a sua justificação neste âmbito.

Em terceiro lugar, é necessária a prévia autorização da autoridade judiciária competente⁹⁷, de acordo com o consagrado no art. 3.º, n.ºs 3 e 4 do RJAE.

No âmbito do inquérito, a ação encoberta dependerá de prévia autorização do magistrado do Ministério Público (decisão que é comunicada ao juiz de instrução e se considera validada se não for proferido despacho de recusa no prazo de setenta e duas horas)⁹⁸. Regime distinto é estabelecido caso a ação encoberta tenha uma finalidade preventiva estrita, levada a cabo antes mesmo de existir inquérito, situação em que a competência para conceder a autorização é do juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal, mediante proposta do magistrado do Ministério Público. Estes termos deverão ainda ser seguidos nas decisões de prorrogação, modificação e cessação da ação encoberta.

Propendemos a entender que esta intervenção da autoridade judiciária competente deve necessariamente abranger a duração da ação encoberta⁹⁹, assim como a concreta delimitação dos atos a praticar pelo agente. Será imprescindível, nesta sede, que o agente encoberto conheça o plano da sua atuação e os concretos atos que está autorizado a praticar, só assim sendo possível aferir acerca da isenção da sua responsabilidade. Na verdade, “só

⁹⁷ Pese embora seja necessária a prévia autorização da autoridade judiciária competente, a lei não exige “nem é razoável que o faça, que o Juiz de Instrução acompanhe a par e passo o desenrolar da ação encoberta”. Neste sentido se pronunciou o Ac. do TRL de 12-03-2009, Proc. n.º 366/06.9JELSB.L1 (disponível em www.dgsi.pt).

⁹⁸ Criticando fortemente esta solução, MAIA COSTA afirma que “o carácter inquestionavelmente invasivo da ação encoberta (...) imporia que fosse o juiz de instrução a autorizar previamente, e não apenas a convalidar, a intervenção do agente encoberto no inquérito (...) o que atenua fortemente o papel garantístico que lhe é reservado no procedimento de legitimação deste meio de obtenção de prova” – EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas...”, ob. cit., p. 363.

⁹⁹ O RJAE não prevê um prazo de duração para as ações encobertas, entendendo-se, contudo, analogicamente aplicável o prazo máximo de 6 meses previsto como prazo de validade da identidade fictícia, nos termos do art. 5.º, n.º 3 do RJAE. Assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 684. Criticando a possibilidade da atribuição de identidade fictícia se poder prorrogar sem limite temporal, A. G. LOURENÇO MARTINS, “Luta contra o tráfico de droga – necessidades de investigação e sistema garantístico” in *Revista do Ministério Público Ano 28 N.º 111*, 2007, p. 48.

uma atuação pré-definida pode fundamentar a regra da irresponsabilidade penal do agente encoberto.”¹⁰⁰

Como consequência do carácter excepcional das ações encobertas será necessário, em quarto lugar, que se cumpra intransigentemente o princípio constitucional da proporcionalidade, conforme dispõe o art. 3.º, n.º 1 do RJAÉ. A cláusula de proporcionalidade aí enunciada exige que, atendendo às circunstâncias do caso, a operação oculta desencadeada respeite os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação exige que a ação encoberta, no momento da sua autorização, se revele um meio apto para a prossecução dos fins de prevenção ou repressão criminal visados. Por outro lado, terá a ação encoberta de se revelar um meio necessário, não podendo o fim visado ser obtido por outro meio menos oneroso para os direitos fundamentais do suspeito criminoso. Impõe-se assim que os restantes métodos de investigação criminal se revelem insuficientes e ineficazes para prevenir ou reprimir os crimes investigados – exigência que se deve alargar à escolha das modalidades deste método de investigação (sendo importante aferir, por exemplo, da necessidade de uma operação *deep cover* ou de uma operação com recurso a identidade fictícia). Além de adequada e necessária, a ação encoberta terá ainda de ser proporcional, em sentido estrito, face aos fins visados e à gravidade dos crimes a prevenir ou reprimir, impedindo-se a adoção de uma medida desproporcionada e excessiva.

Por último, nos termos do art. 3.º, n.º 6 do RJAÉ, está o agente encoberto obrigado a fazer o relato do que fez, viu e ouviu à entidade que detém o controlo da mesma – Polícia Judiciária ou Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – a qual tem, posteriormente, o dever de relato perante a autoridade judiciária que autorizou a dita ação encoberta no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo daquela. Nas palavras de ISABEL ONETO, o relato “não é a observância de uma mera formalidade, mas uma peça processual crucial”¹⁰¹, permitindo conferir a conformidade da ação encoberta com a autorização concedida. Todavia, para proteção do agente encoberto, consagra o art. 4.º, n.º 1 do RJAÉ a

¹⁰⁰ EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas...”, ob. cit., p. 363.

¹⁰¹ ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., pp. 188-189.

excepcionalidade da junção ao processo deste supramencionado relato, junto apenas se “reputar absolutamente indispensável.”¹⁰²

4. RQVEVDQFLH D SUHFD GH DRV SUHSDUDWRV RGH HFFXOR Ma infração «

O segundo pressuposto objetivo da isenção de responsabilidade previsto no art. 6.º, n.º 1 do RJAE é que “a conduta do agente encoberto consubstancie a prática de atos preparatórios ou de execução de uma infração”.

Os atos preparatórios, “aqueles que antecedem temporalmente e segundo a natureza das coisas a execução de um ilícito-típico”¹⁰³, não são, por princípio, puníveis (art. 21.º do CP), pelo que, nestes casos, a questão da responsabilidade do agente encoberto não levantará grandes dificuldades. No entanto, nos casos excepcionais em que o legislador tipificou os atos preparatórios como crime¹⁰⁴ (por exemplo, no art. 271.º do CP, em relação aos crimes previstos no art. 2.º, al. r) do RJAE e ainda no art. 274.º do CP, em relação aos crimes previstos no art. 2.º, al. h) do RJAE), é unanimemente aceite que o agente encoberto se encontra protegido, gozando da isenção de responsabilidade prevista no art. 6.º, n.º 1 do RJAE.

É quando a atuação do agente encoberto consubstancia a prática de atos de execução de uma infração que as divergências doutrinárias surgem.

Nos termos do art. 22.º, n.º 2 do CP, são atos de execução: “a) os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) os que forem idóneos a produzir o resultado típico; c) ou os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis,

¹⁰² Defende MAIA COSTA que esta solução não salvaguarda os direitos de defesa do arguido, que só terá conhecimento de que se realizou uma ação encoberta quando o relato for junto aos autos, podendo inclusive ser irrestrita esta ocultação – EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas...”, ob. cit., p. 367. Neste sentido, e considerando inconstitucional a regra da não inclusão nos autos do relato do agente encoberto, DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos ocultos de investigação...*, ob. cit., p. 308.

¹⁰³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral...*, ob. cit., p. 682.

¹⁰⁴ Como ensina EDUARDO CORREIA, “bem se compreende que em certos casos e para certos crimes – dada a particular força com que se quer evitá-los ou a especial reprovação que suscitam – se punam atos anteriores à execução. (...) Pode a lei, por razões especiais, punir um ato preparatório – ou porque o classifica como crime autónomo ou porque ele, que nas suas relações com a realização de um certo tipo legal aparece como ato preparatório, constitui atividade executiva quando relacionado com outros interesses ou outros tipos legais de crime” – EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal II*, 1968, p. 226.

forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores”.

Porque a prática de atos de execução constitui um dos elementos da tentativa, que se verifica quando o agente decide cometer um crime e pratica atos executivos sem que este chegue a consumir-se, há quem entenda que se encontram afastadas do âmbito de aplicação do art. 6.º, n.º 1 do RJAE as infrações consumadas, ali se englobando apenas as tentadas¹⁰⁵.

Não defendemos, todavia, e face ao teor da norma, que o legislador tenha pretendido limitar a atuação do agente encoberto à prática de infrações na forma tentada, não lhe permitindo a sua consumação¹⁰⁶. De facto, a prática de atos de execução de um crime é um dos elementos típicos da tentativa, mas o instituto da tentativa não se reduz àquele pressuposto. De acordo com a teoria da dupla conexão¹⁰⁷, são atos de execução aqueles relativamente aos quais se possa dizer que penetram já no âmbito de proteção do tipo de crime (conexão típica) e que implicam um perigo iminente para o bem jurídico, na medida em que, temporalmente àqueles, se sucede a realização típica (conexão de perigo). Ora, não é possível afirmar que a prática destes atos seja exclusiva dos factos tentados, pois também nos consumados se praticam atos de execução. Como esclarece FIGUEIREDO DIAS, casos há em que o “agente não chega a praticar todos os atos de execução que seriam indispensáveis à consumação” (tentativa inacabada), em que “pratica a totalidade daqueles atos e todavia a consumação não vem a ter lugar” (tentativa acabada) e ainda casos em que pratica todos os atos de execução e se verifica a consumação da infração (crime consumado).¹⁰⁸

Acresce que, ao entender que o legislador limitou a ação do agente encoberto a ilícitos típicos na forma tentada, conclui ISABEL ONETO que o RJAE, no que respeita ao combate ao crime de tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, “seria mais restritivo do que o consagrado no DL n.º 15/93, de 22 de janeiro, que excluía a punibilidade

¹⁰⁵ Assim, ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., pp. 152-153.

¹⁰⁶ Cf. EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas...”, ob. cit., pp. 364-365; NUNO MIGUEL LOUREIRO, “A responsabilidade penal...”, ob. cit., pp. 100-104; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 682.

¹⁰⁷ Critério concretizado por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral...*, ob. cit., pp. 707-709.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 710.

do agente que aceitasse que lhe fossem entregues estupefacientes – e, com isso, preenchia o tipo penal do art. 21.º.”¹⁰⁹

Tivemos já oportunidade de referir que o grande objetivo do RJAE foi a criação de um regime jurídico que regulasse de forma mais ampla e exaustiva a atuação encoberta, pelo que ao revogar o disposto nos arts. 59.º do DL n.º 15/93 e 6.º, n.º 1 da Lei n.º 36/94, não pode ter tido o legislador o intento de restringir a atuação do agente encoberto face ao regime anterior, que não impunha a limitação da sua atuação a ilícitos típicos na forma tentada. Repare-se, ainda, que o crime de tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas é internacionalmente reconhecido como a terceira guerra mundial, um dos mais graves problemas da atualidade que “arrasta os seus combatentes reflexivamente vitimados a pugnar por instrumentos de combate.”¹¹⁰ Por isso, pretender que o legislador quis limitar a atuação do agente a atos de execução que alcançam apenas o estágio da tentativa, seria esvaziar de conteúdo a previsão das ações encobertas, apenas se admitindo a atuação do “agente à paisana”.

Mais se dirá que é entendimento dominante na doutrina e jurisprudência¹¹¹ que o crime de tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas pertence à categoria dos “crimes de empreendimento” – “crimes onde ocorre uma antecipação da tutela penal, antes mesmo da lesão do bem jurídico, constituindo condutas criadoras de um perigo para o bem jurídico, condutas que integram atos dirigidos de forma imediata à realização do tipo e idóneas à criação daquele perigo.”¹¹² Assim, enquanto crime de empreendimento, basta que o agente pratique um ato de execução para que se verifique a sua consumação, não sendo exigível a existência de um dano concreto, real e efetivo. Provada a prática dolosa de uma das ocorrências previstas no art. 21.º, n.º 1 do DL n.º 15/93 – cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, pôr à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fazer transitar ou ilicitamente deter – encontra-se preenchido o tipo legal de crime. Assim, é inevitável

¹⁰⁹ ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., p. 153.

¹¹⁰ JOÃO ATAÍDE DAS NEVES, “Infiltrados dentro da lei” in *Sub Judice – Justiça e Sociedade N.º 18*, 2000, p. 49.

¹¹¹ Cf., entre outros, os Acs. do STJ de 16-04-2009, Proc. n.º 3375/08; de 11-12-2014, Proc. n.º 33/06.3JAPTM.E2.S1 e de 17-10-2018, Proc. n.º 6077/16.0T9MTS.P1.S1 (disponíveis em www.dgsi.pt).

¹¹² HELENA MONIZ, ““Crime de trato sucessivo” (?)”, *Julgar Online*, 2018, p. 4 (disponível online em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/04/20180411-ARTIGO-JULGAR-Crimes-de-trato-sucessivo-Helena-Moniz.pdf>, acessado em 04-05-2019).

concluir que muito dificilmente o agente encoberto conseguirá imiscuir-se no submundo criminoso e recolher elementos de prova com vista à prevenção ou repressão de um crime de tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas sem que pratique algum dos atos aí previstos, atos que se traduzem, também eles, na prática de um crime consumado de tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas – confirmando esta posição, o Ac. do STJ de 11-07-2013¹¹³ isentou de responsabilidade o agente encoberto que se introduziu numa organização criminosa e retirou, no porto de Lisboa, 300 quilos de cocaína de um contentor num navio proveniente da Colômbia. O agente em causa, ao transportar produto estupefaciente, preencheu o tipo de crime previsto no art. 21.º do DL n.º 15/93, não sendo, no entanto, censurada a sua conduta.

Por outro lado, NUNO LOUREIRO chama a atenção para o facto de que, se entendermos que o art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ prevê a isenção da responsabilidade do agente encoberto que pratica atos de execução de uma infração (sem a consumir), teríamos que considerar que tal normativo isenta de responsabilidade o agente encoberto que pratica tais atos sob a forma de cumplicidade¹¹⁴. Acontece que a cumplicidade constitui colaboração no facto do autor e a sua punibilidade supõe a existência de um facto doloso cometido por aquele – nos termos do art. 27.º, n.º 1 do CP, “é punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”. Temos então que o cúmplice não comete, por qualquer forma, a infração penal, sendo o autor quem pratica os atos de execução. Assim, caso entendêssemos que o legislador quis isentar de responsabilidade apenas o agente que pratica atos de execução de uma infração, sem a consumir, teríamos de concluir ser penalmente irresponsável o agente encoberto que pratica atos de execução de uma infração não consumada sob a forma de cumplicidade. Na medida em que a cumplicidade numa infração tentada (ou cumplicidade falhada ou sem êxito) não é punível – “porque o facto ilícito-típico do autor não chega a concretizar-se, sequer sob a forma de início de execução”¹¹⁵ – não cremos que a intenção do legislador tenha sido isentar de responsabilidade o agente encoberto que pratica atos, já à partida, não puníveis.

Finalmente, e em abono de tudo o que se referiu supra, aquando da discussão conjunta na generalidade da Proposta de Lei n.º 79/VIII, o Ministro da Justiça António Costa

¹¹³ Ac. do STJ de 11-07-2013, Proc. n.º 1690/10.1JAPRT.L1.S1 (disponível em www.dgsi.pt).

¹¹⁴ NUNO MIGUEL LOUREIRO, “A responsabilidade penal...”, ob. cit., p. 100.

¹¹⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral...*, ob. cit., pp. 839-840.

declarou que, na redação do art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ, o legislador recorreu “a conceitos típicos e conhecidos do Direito Penal e, portanto, mais claros para o aplicador penal.”¹¹⁶ É por isso de presumir que, se fosse intenção do legislador limitar a atuação do agente encoberto à prática de infrações na forma tentada, o teria expressamente consagrado, ao invés de recorrer ao conceito de “atos de execução”. Pelo que, e na medida em que o sucesso da ação encoberta pode depender da prática de determinadas infrações penais, não faria sentido excluir a possibilidade de o agente encoberto praticar atos de execução que conduzam à consumação de determinado crime, até porque a lei também não o faz.

Posto isto, e entendendo que o agente encoberto pode praticar atos de execução que levem a que uma infração não se quede apenas pelo estágio da tentativa, mas também que atinja a consumação, teremos de concluir que não foi feliz a utilização pelo legislador da expressão “atos preparatórios ou de execução”, que melhor teria andado caso tivesse, pura e simplesmente, aludido a “atos”.¹¹⁷

5. 3 Qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata «

Como terceiro pressuposto objetivo para a isenção de responsabilidade do agente encoberto exige o art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ que a sua atuação consubstancie a prática de uma infração “em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata”.

Permite este normativo legal que, com vista à obtenção de material probatório, o agente encoberto colabore na prática de determinada infração penal e “presencie, ou leve outros agentes da autoridade a presenciar, a prática de factos suscetíveis de fundamentar uma incriminação em processo penal.”¹¹⁸ Pese embora possibilite “elevados índices de colaboração nas atividades criminosas que se pretendem investigar”¹¹⁹ com a expressão agora em análise, o art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ parece ter tido como principal propósito afastar do seu âmbito de aplicação a figura do “agente provocador”, cuja atuação é objetivamente intolerável no plano dos valores do Estado de Direito. São assim estabelecidos os limites da

¹¹⁶ Diário da Assembleia da República de 22 de junho de 2001, I Série A – n.º 99, p. 3874 (disponível online em <https://www.parlamento.pt/DAR>, acessado em 04-05-2019).

¹¹⁷ Também assim, NUNO MIGUEL LOUREIRO, “A responsabilidade penal...”, ob. cit., p. 103.

¹¹⁸ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas...*, ob. cit., p. 164.

¹¹⁹ ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR. “As ações encobertas...”, ob. cit., p. 49.

intervenção do agente encoberto, que apenas poderá atuar em caso de pluralidade de agentes como coautor ou cúmplice.

Admitindo apenas que o agente encoberto atue em comparticipação, fica liminarmente excluída a possibilidade de isentar a sua responsabilidade caso figure como autor imediato singular na prática de determinada infração penal¹²⁰. Cremos ter sido esta a intenção do legislador pois, de outro modo, teria previsto a isenção de responsabilidade do agente encoberto que atuasse “por si ou em qualquer forma de comparticipação”¹²¹, ou, que praticasse “atos de colaboração ou instrumentais”, tal como havia previsto no art. 6.º, n.º 1 da Lei 36/94, de 29 de setembro.

Porém, esta opção legislativa parece-nos questionável. Nas palavras de RUI PEREIRA, “nas hipóteses de autoria singular, o agente encoberto é, mais do que agente provocador até, o único agente da infração.”¹²² No entanto, situações há em que o agente encoberto, agindo com vista à obtenção de material probatório, e sem originar o projeto criminoso do suspeito, ainda assim não figura como coautor, nem cúmplice, na prática da infração penal. Tomemos como exemplo um caso em que o agente encoberto propõe comprar substâncias estupefacientes a um suspeito da prática do crime de tráfico. Todavia, não simula a compra para, em seguida, deter o suspeito criminoso, mas sim para ganhar a confiança deste e poder obter informações acerca da sua atividade criminosa. Neste caso, enquanto operação instrumental, não parece merecer censura a atuação do agente encoberto, que, aliás, teria uma importante finalidade preventiva relativamente a crimes que o suspeito criminoso viesse mais tarde a cometer¹²³.

De resto, e principalmente em operações *deep cover*, poderá tornar-se imperativo que o agente encoberto pratique determinadas infrações penais como autor imediato, para que assim se imiscua com mais facilidade no meio criminoso e aí se conserve durante um

¹²⁰ Em sentido contrário, EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas...”, ob. cit., p. 365.

¹²¹ Neste sentido, NUNO LOUREIRO sustenta: “se não fosse essa a intenção do legislador, este certamente teria optado por um texto idêntico ao do art. 75.º, n.º 1 do CP: “é punido como reincidente quem, *por si só ou sob qualquer forma de comparticipação...*” (itálicos no original) – NUNO MIGUEL LOUREIRO, “A responsabilidade penal...”, ob. cit., p. 105.

¹²² RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem...”, ob. cit., p. 32.

¹²³ Considerando válida esta atuação do agente encoberto, “sob pena de deixarmos inoperantes as ações encobertas, sobretudo quando estivesse em causa atingir os níveis operativos superiores das associações criminosas”, cf. ANA RITA DE MELO JUSTO, “Proibição da prova penal em processo penal: O agente provocador – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de outubro de 2002” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* Ano 16 N.º 3, 2006, p. 511.

período de tempo alargado. É o que sucede com as denominadas “provas de castidade” – “testes de fidelidade, efetuados sobretudo pelas associações criminosas, consistentes na exigência, à pessoa que nela se tenciona integrar, de comissão de um ou vários ilícitos típicos que demonstrem a sua disposição para a prática criminosa e a sua lealdade ao grupo.”¹²⁴

Face à redação do art. 6.º, n.º 1 do RJA, nestas hipóteses, será o agente encoberto responsável pelas infrações penais praticadas, o que não nos parece, de todo, razoável.

Além de excluída a possibilidade de o agente encoberto figurar, no âmbito de uma ação encoberta, como autor imediato, encontra-se expressamente afastada a possibilidade de atuar como autor mediato ou instigador, instrumentalizando ou instigando o suspeito criminoso à prática de infrações penais.

Escreve ALVES MEIREIS, relativamente à possibilidade de o agente encoberto figurar como autor mediato, que nunca “fará sentido”, “pois os executores materiais (suspeitos) não são responsabilizados penalmente, na medida em que se tornam num mero instrumento do autor.”¹²⁵ Efetivamente, de acordo com o princípio do domínio do facto, a autoria mediata implica que todo o acontecimento seja obra do homem-de-trás, possuindo este o domínio da vontade sobre o executor. Nestas situações, apenas quando o executor material não atue de forma plenamente responsável do ponto de vista jurídico-penal (a título de culpa dolosa), se poderá afirmar que o homem-de-trás executou o facto por intermédio de outrem, instrumentalizando-o¹²⁶. O que significa que, não sendo dolosamente responsável o suspeito criminoso, perderia a ação encoberta o seu efeito útil caso o agente encoberto atuasse enquanto autor mediato.

Diversamente acontece quando o agente encoberto figure como instigador, caso em que o executor atua de forma plenamente responsável do ponto de vista jurídico-penal. No entanto, repita-se, o RJA expressamente afastou a possibilidade de o agente encoberto atuar enquanto agente provocador (tido pela doutrina e jurisprudência dominantes como instigador¹²⁷). Neste sentido, o agente que “conduz e orienta a conversa, leva as pessoas a

¹²⁴ NUNO MIGUEL LOUREIRO, “A responsabilidade penal...”, ob. cit., p. 107.

¹²⁵ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas...*, ob. cit., p. 164.

¹²⁶ Sobre o princípio da autorresponsabilidade, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral...*, ob. cit., pp. 777, 786-787.

¹²⁷ Entre outros, na doutrina, cf. ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., p. 145; MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O regime das provas...*, ob. cit., p. 157; MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos...”, ob. cit., p. 537. Na jurisprudência, cf. o Ac. do TRE de 04-02-2010, Proc. n.º

dizer ou fazer o que de outra forma não diriam ou não fariam, mas o que o agente quer que elas digam ou façam” (...) acabando por “induzir uma pessoa a cometer o crime pelo qual a quer punir”¹²⁸, não poderá agir ao abrigo da isenção de responsabilidade consagrada no art. 6.º, n.º 1 do RJA. Nestas situações, e em ordem a manter-se tal isenção, poderá equacionar-se o recurso à figura de causa pessoal de isenção de pena da desistência da tentativa¹²⁹, desde que o agente, com a sua atuação voluntária, consiga salvaguardar o bem jurídico colocado em perigo. Para tal, nos termos do art. 25.º do CP, é necessário que o facto tenha alcançado o estágio da tentativa e o agente impeça a consumação formal ou material do crime ou, em alternativa, se esforce seriamente para a impedir¹³⁰.

Poderemos então concluir, a final, que o agente encoberto se encontra limitado na sua atuação – até de mais, atrevemo-nos a afirmar – sendo-lhe apenas admissível que *colabore* nas atividades criminosas que se pretendem investigar.

Tem entendido a jurisprudência que será de admitir a atuação do agente encoberto quando este atue “no âmbito de uma atividade criminosa já posta em curso”¹³¹, ou quando ponha “em marcha a decisão criminosa tomada previamente pelo suspeito”¹³², nunca instrumentalizando ou instigando à prática do crime.

6. 3 Sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma’

Ainda que se mostrem preenchidos os pressupostos que acabámos de enunciar, todas as condutas típicas praticadas pelo agente encoberto devem passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade, exigindo o art. 6.º, n.º 1 do RJA que a conduta do agente encoberto, no âmbito de uma ação encoberta, “guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma”.

196/08.3JAFAR.E1; Ac. do TRL de 25-05-2010, Proc. n.º 281/08.1JELSB.L1 e Ac. do TRP de 22-01-2014, Proc. n.º 407/12.0JAPRT.P1 (disponíveis em www.dgsi.pt).

¹²⁸ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos...”, ob. cit., p. 537.

¹²⁹ NUNO MIGUEL LOUREIRO, “A responsabilidade penal...”, ob. cit., p. 110.

¹³⁰ Sobre a desistência da tentativa na comparticipação, cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Parte Geral...*, ob. cit., pp. 842-857.

¹³¹ Ac. do TRL de 15-06-2004, Proc. n.º 6919/2003-5 (disponível em www.dgsi.pt).

¹³² Ac. do STJ de 30-11-2005, Proc. n.º 3349/05 (disponível em www.dgsi.pt).

Se o princípio constitucional da proporcionalidade, já o dissemos, é requisito essencial para que se possa admitir a legalidade da ação encoberta, também quando a questão se prende com a concreta atuação do agente encoberto este princípio volta a ser mobilizado. Na verdade, ao invés de taxativamente enumerar os atos típicos que poderia o agente encoberto realizar, o art. 6.º, n.º 1 do RJAE consagra uma cláusula geral de proporcionalidade, sujeitando assim a um juízo de ponderação a atuação do agente encoberto que pratica infrações penais, colocando em perigo determinados bens jurídicos.

Desta forma, aquando da autorização da ação encoberta, deve a autoridade judiciária competente para o efeito definir um plano de atuação, precisando os concretos atos que o agente encoberto está autorizado a praticar, “por exemplo, a abertura de contas bancárias e a criação de empresas fictícias.”¹³³

Contudo, e em especial nas operações *deep cover*, não será possível prever, com exatidão, o projeto criminoso do suspeito, nem, conseqüentemente, os atos que carecerá o agente encoberto de praticar durante a sua atuação, “dada a espontaneidade com que podem surgir situações não antecipadas.”¹³⁴ Não sendo concebível, as mais das vezes, obter esclarecimentos ou alterações intercalares ao mapa das ações a desenvolver, caberá ao próprio agente encoberto ajuizar sobre a proporcionalidade das infrações que se proponha realizar, sendo certo que esse juízo “se há de reportar ao momento da prática do ato e tendo em conta as circunstâncias concretas que envolvam a ação (juízo *ex ante*).”¹³⁵

Assim, no momento da prática da infração penal, será necessário que se encontrem respeitados os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

O ato típico praticado pelo agente encoberto terá, primeiramente, de se revelar um meio apto para a prossecução dos fins de prevenção ou repressão criminal visados pela ação encoberta. Não se cumprirá este requisito, por exemplo, caso o agente encoberto pratique determinada infração penal com vista a obter algum proveito pessoal.

Por outro lado, a infração penal praticada pelo agente encoberto terá de se revelar um meio estritamente necessário para alcançar o fim visado – impõe o princípio da

¹³³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 682.

¹³⁴ NUNO MIGUEL LOUREIRO, “A responsabilidade penal...”, ob. cit., p. 116.

¹³⁵ *Ibid*, p. 116.

necessidade que não seja possível prevenir ou reprimir determinado crime com recurso a outra atuação por parte do agente encoberto, de modo a que a mesma se revista “da menor ofensividade possível para terceiros.”¹³⁶ Assim, exige-se a escolha do ato menos gravoso que possa, ainda, realizar os fins da ação encoberta, “podendo ser praticado qualquer ato de execução previsto no art. 22.º, n.º 2 do CP, preferindo os da al. c) em relação aos da al. b) e os desta em relação aos da al. a)”, preferindo-se ainda os atos tentados aos consumados (que conduzem à efetiva lesão do bem jurídico ameaçado), bem como a atuação no quadro da cumplicidade ao invés de coautoria.

Além de adequado e necessário, o ato típico praticado pelo agente encoberto terá de ser proporcional, em sentido estrito, face aos fins de prevenção ou repressão visados com sua atuação. No sentido de densificar este princípio, reconduzimo-lo aos requisitos do direito de necessidade do art. 34.º do CP¹³⁷, ou seja, recorrendo ao disposto na al. c) deste art., deverá ser razoável “impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou valor do interesse ameaçado”.

Porque a atuação do agente encoberto “só pode ser pensada na medida em que for concretamente compatível com a *Rechtskultur* do processo penal do Estado de Direito e não puser em causa aquilo que, naquele processo, persiste como *indisponível*”¹³⁸, entendemos não ser razoável exigir o sacrifício de bens eminentemente pessoais e direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, como sendo: a vida, a integridade física, a liberdade e a autodeterminação sexual¹³⁹ (a não ser, claro, em situações de legítima defesa).

A atuação encoberta poderá necessitar de incluir atos que atinjam direitos constitucionalmente protegidos dos suspeitos, como o direito à imagem, à voz, à correspondência e ao domicílio, mas por força do princípio da reserva de lei, na medida em que o RJAÉ não o previu, nunca poderá o agente encoberto ser isento de responsabilidade quando pratique determinada infração penal que contenda com estes direitos

¹³⁶ EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas...”, ob. cit., p. 365.

¹³⁷ Assim, RUI PEREIRA, “O “agente encoberto” na ordem...”, ob. cit., pp. 36-37.

¹³⁸ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos...”, ob. cit., p. 539.

¹³⁹ Entendendo que, à luz de uma justiça funcionalmente eficaz, podem ser lesados “bens jurídicos patrimoniais ou supraindividuais”, ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., p. 181. No mesmo sentido, defendendo que “os bens que não assumem tão elevada dignidade, designadamente, a honra, os patrimoniais, os comunitários e os estaduais, podem eventualmente ser lesados ou postos em perigo”, NUNO MIGUEL LOUREIRO, “A responsabilidade penal...”, ob. cit., p. 118.

fundamentais¹⁴⁰. Assim sendo, não poderá o agente encoberto, no decurso da sua atuação, “proceder a *escutas, gravações fonográficas ou fotográficas não consentidas*, formas de devassa que a lei não inscreveu no pertinente âmbito de legitimação”¹⁴¹, exceto se a tal for autorizado nos termos do art. 6.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de janeiro e dos arts. 187.º e seguintes do CPP. Do mesmo modo, não poderá o agente entrar arbitrariamente no domicílio de um suspeito criminoso, diferentemente do que acontece na Alemanha, afirma COSTA ANDRADE, “em que o § 110 c) da StPO autoriza “o agente encoberto” a entrar no domicílio da pessoa suspeita, utilizando a sua identidade falsa (*Legende*).”¹⁴² Para que tal ocorra, terá de ser especificamente autorizado, como se de uma busca domiciliária se tratasse. Justificando esta posição, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE serve-se de um argumento “por identidade de razão”: “se a CRP coloca condições para a entrada em domicílio contra a vontade do visado, a entrada no domicílio com o acordo do visado, obtido com base no engano sobre a identidade ou qualidade ao agente encoberto, também há de estar subordinada a idênticas condições.”¹⁴³

Por outro lado, e conforme dispõe a al. b) do art. 34.º do CP, deverá “haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado”. Ou seja, de modo a impedir a prática de uma infração desproporcionada e excessiva, é imperativo que se faça uma ponderação entre os bens jurídicos postos em perigo com a atuação do agente encoberto, por um lado, e os bens jurídicos e direitos fundamentais tutelados pelos crimes em investigação, por outro lado. A final, terá de haver uma sensível superioridade, à luz da ponderação efetuada, do interesse preponderante, tomando em consideração que “as consequências do ato ilícito praticado não devem ser totalmente incontroláveis ou irreversíveis.”¹⁴⁴

De referir ainda, e apenas, que nos casos em que não seja salvaguardado o princípio da proporcionalidade sobre que discorremos, poderá vir o Estado a responder civilmente

¹⁴⁰ Na verdade, da Proposta de Lei n.º 79/VIII constava uma norma que permitia “aos agentes encobertos a produção de registos fotográficos, cinematográficos e fonográficos”. No entanto, este preceito acabou por ser eliminado em sede de especialidade. Publicação no Diário da Assembleia da República de 31 de maio de 2001, II Série A – n.º 62, p. 2058 (disponível online em <https://www.parlamento.pt/DAR>, acessado em 23-03-2019).

¹⁴¹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos...”, ob. cit., p. 541 (itálicos no original).

¹⁴² *Ibid.*, p. 541.

¹⁴³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 684.

¹⁴⁴ EDUARDO MAIA COSTA, “Ações encobertas...”, ob. cit., p. 365.

pelos danos causados nos termos gerais da responsabilidade por atos da função jurisdicional (Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro)¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Assim, ISABEL ONETO, *O agente infiltrado...*, ob. cit., p. 186 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...*, ob. cit., p. 686.

CONCLUSÃO

Terminada a investigação que resultou na presente dissertação, torna-se ora possível responder à grande questão que nos propusemos, *ab initio*, resolver: analisar a cláusula de isenção de responsabilidade penal do agente encoberto expressamente consagrada no art. 6.º, n.º 1 do RJAE.

Assente ficou, antes de mais, a extrema importância que as ações encobertas desempenham atualmente, enquanto método de investigação oculta, na prevenção e repressão de determinados crimes, numa sociedade em que o aumento da criminalidade é exponencial e as técnicas de investigação “tradicionais” se mostram ineficazes.

Foi precisamente neste contexto, aliás, que no virar do século surge o RJAE, com o grande objetivo de criar um regime jurídico que regulasse exaustivamente o recurso ao agente encoberto – funcionário de investigação criminal, ou um particular atuando sob o controlo da polícia, que com ocultação da sua qualidade e identidade (ou ainda sob identidade fictícia) atua, durante um período mais ou menos longo de tempo, com a finalidade de obter informações determinantes no sentido de assegurar a prevenção ou repressão de determinado crime, nunca instrumentalizando ou instigando o suspeito à prática de atos ilícitos.

Por não serem abrangidas no âmbito do RJAE, é de importância capital conseguir identificar situações de provocação: aquelas em que o “homem de confiança” atua enquanto agente provocador, ocultando a sua qualidade e identidade para obter informações determinantes da prática de um crime, mas, para tanto, instigando o suspeito criminoso ao seu cometimento – porque a distinção entre as figuras do agente encoberto e agente provocador é, na prática, ténue e difícil de determinar, há que mobilizar um critério de referência objetivo-subjetivo, definindo como agente provocador aquele que origina o projeto criminoso do suspeito (que, até então, não tinha manifestado qualquer predisposição para a prática do ilícito) e cuja atuação é, por isso mesmo, objetivamente intolerável no plano dos valores do Estado de Direito. Pese embora se repute como impossível, à luz do ordenamento jurídico português, legitimar a atuação do agente provocador, o mesmo não se dirá relativamente à atuação do agente encoberto, ainda que não seja possível negar que a sua utilização, como técnica de investigação oculta, conflitua necessariamente com

determinados direitos fundamentais, nomeadamente o direito à integridade moral e à reserva da intimidade da vida privada, corolários da dignidade da pessoa humana. Todavia, e sendo indubitável a inexistência de princípios absolutos, não é possível negligenciar o direito dos cidadãos à segurança e à realização e administração da justiça penal, na sua vertente preventiva e repressiva, direitos também eles constitucionalmente protegidos. Encarando a figura do agente encoberto como expediente essencial a uma eficaz resposta à prossecução da justiça penal, o valor da segurança surge como suporte válido para o recurso às ações encobertas, sempre ao abrigo de um juízo de concordância entre os ditos interesses conflituantes. É neste sentido que defendemos a admissibilidade jurídico-constitucional das ações encobertas: desde que subordinadas ao regime restritivo de direitos fundamentais, respeitando os princípios da legalidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade, nunca violando o núcleo essencial dos próprios direitos.

Assim é que, para salvaguarda de determinados direitos fundamentais, estruturantes do Estado de Direito democrático, a excecionalidade das ações encobertas implicou a previsão de um regime jurídico próprio compreendendo um taxativo catálogo de crimes. O elenco de crimes cuja investigação admite o recurso a ações encobertas – bastante extenso e permissivo – encontra-se previsto no art. 2.º do RJAE e abrange a proteção de variados bens jurídicos. Ora, sendo de louvar a extensão do âmbito de aplicação operada por esta norma legal, somos obrigados a concluir que o legislador foi longe demais, na medida em que deveria ter cingido o recurso às ações encobertas a crimes relativamente aos quais os métodos de investigação ditos “tradicionais” se mostravam ineficazes. Mais, com a consagração da Lei do Cibercrime, esta lista constante do art. 2.º do RJAE sofreu um gigante alargamento, com o qual nos é difícil concordar (havendo a destacar, apenas, o ensaio a uma primeira abordagem à autonomização das ações encobertas em ambiente digital que, por ser uma realidade tão complexa, merecerá uma base legal específica num futuro próximo).

Considerando que, atendendo à sua finalidade, às suas características e ao seu âmbito de aplicação, a atuação do agente encoberto se apresenta jurídica e constitucionalmente admissível, deverá, ainda assim, escudar-se em alguma causa de exclusão de responsabilidade penal. Por razões de política criminal – nomeadamente pelo facto de não existirem exigências preventivas, gerais ou especiais, que justifiquem a aplicação de qualquer consequência jurídica ao agente encoberto – o RJAE consagrou um pressuposto negativo de punibilidade, sob a forma de uma causa pessoal de exclusão de pena,

isentando de responsabilidade o agente encoberto que, nos termos do art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ, “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”.

Apesar da extrema importância, não podemos afirmar que este normativo legal tenha sido claramente consagrado. De facto, a utilização das expressões “atos preparatórios ou de execução” e “qualquer forma de participação” foi manifestamente infeliz, possibilitando uma interpretação literal que restringe a atuação do agente encoberto à prática de infrações na forma tentada e apenas sob a forma de participação. Porém, limitar a atuação do agente encoberto a atos de execução que alcançam apenas o estágio da tentativa, seria esvaziar de conteúdo a previsão das ações encobertas, já que apenas seria admissível a atuação do “agente à paisana”; e impedir que o agente encoberto atue enquanto ator imediato singular seria impossibilitar a prática de operações instrumentais com uma relevante finalidade preventiva relativamente a crimes que o suspeito criminoso viesse mais tarde a cometer. Na medida em que o sucesso da ação encoberta pode depender da prática de determinadas infrações penais, não fará sentido excluir a possibilidade de o agente encoberto praticar atos de execução que conduzam à consumação de determinado crime, como coautor, cúmplice ou mesmo autor imediato singular. No entanto, há que conceder mérito ao legislador que expressamente reprovou a atuação do agente provocador, ao excluir a possibilidade de o agente encoberto figurar, no âmbito de uma ação encoberta, como autor mediato ou instigador.

Apelando a uma uniformização interpretativa, finalizamos sugerindo uma redação mais clara do art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ: no âmbito de uma ação encoberta, não é punível a conduta do agente encoberto que, por si só, ou sob qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, consubstancie a prática de infrações penais proporcionais à finalidade daquela.

BIBLIOGRAFIA

Albuquerque, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

Alves, Manuel Augusto Meireis. “Homens de confiança. Será o caminho?” *II Congresso de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. 81-101.

—. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999.

Andrade, Manuel da Costa. “Métodos ocultos de investigação.” Em *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*, de Mário Ferreira Monte (org.), 525-551. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

—. “A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime.” *Revista de Ciência Criminal* Ano 2 N.º 2, 1992: 173-208.

—. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

Canotilho, José Joaquim Gomes, e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada, I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

—. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

Correia, Eduardo. *Direito Criminal II*. Coimbra: Almedina, 1968.

Costa, Eduardo Maia. “Ações encobertas (alguns problemas, algumas sugestões).” Em *Estudos em homenagem ao Conselheiro Artur Maurício*, 357-369. Coimbra Editora, 2014.

— . “Agente provocador - Validade das provas.” *Revista do Ministério Público Ano 21 N.º 81*, janeiro-março de 2000: 155-174.

Costa, José de Faria. *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, 2003.

— . *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

Dalbora, José Luis Guzmán. “O delito experimental.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal Ano 18 N.º 1*, janeiro-março de 2008: 7-31.

Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

— . “Para uma reforma global do processo penal português - Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais.” *Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Almedina, 1983. 191-242.

Gaspar, António Henriques. “As ações encobertas e o processo penal: Questões sobre a prova e o processo equitativo.” *Medidas de Combate à Criminalidade Económico-Financeira*. Centro de Estudos Judiciários: Coimbra Editora, 2004. 43-53.

— . “Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (caso Teixeira de Castro c. Portugal) Decisão de 9 de junho de 1998.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal Ano 10 N.º 1*, janeiro-março de 2000: 145-167.

Gonçalves, Fernando, e Manuel João Alves. *Crime. Medidas de coação e prova*. Coimbra: Almedina, 2015.

Gonçalves, Fernando, Manuel João Alves, e Manuel Monteiro Guedes Valente. *Lei e crime*. Coimbra: Almedina, 2001.

—. *O novo regime jurídico do agente infiltrado comentado e anotado*. Coimbra: Almedina, 2001.

Justo, Ana Rita de Melo. “Proibição da prova em processo penal: O agente provocador - Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de outubro de 2002.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* Ano 16 N.º 3, julho-setembro de 2006: 497-512.

Loureiro, Joaquim. *Agente infiltrado? Agente provocador! : Reflexões sobre o 1.º Acórdão do T. E. D. Homem - 9 junho 1998: Condenação do Estado Português*. Coimbra: Almedina, 2007.

Loureiro, Nuno Miguel. “A responsabilidade penal do agente encoberto.” *Revista do Ministério Público* Ano 36 N.º 142, abril-junho de 2015: 79-120.

Martins, A. G. Lourenço. “Luta contra o tráfico de droga - necessidades de investigação e sistema garantístico.” *Revista do Ministério Público* Ano 28 N.º 111, julho-setembro de 2007: 37-55.

—. *Droga: Prevenção e tratamento combate ao tráfico*. Coimbra: Almedina, 1984.

Mata-Mouros, Fátima. “Infiltrados fora da lei.” *Sub Judice - Justiça e Sociedade* N.º 18, abril-junho de 2000: 57-65.

Meneses, Gonçalo. “Punição, isenção criminal e direito económico.” *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, Vol. I-IV, 2010: 461-532.

Mesquita, Paulo Dá. *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Moniz, Helena. “"Crime de trato sucessivo" (?)” *Julgar Online*, abril de 2018. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/04/20180411-ARTIGO-JULGAR-Crimes-de-trato-sucessivo-Helena-Moniz.pdf> (acedido em 4 de maio de 2019)

Monte, Mário Ferreira. “A relevância da atuação dos agentes infiltrados ou provocadores no processo penal.” *Scientia Iuridica Tomo 46 N.º 265/267*, 1997: 183-202.

Neves, João Ataíde das. “Infiltrados dentro da lei.” *Sub Judice - Justiça e Sociedade N.º 18*, abril-junho de 2000: 45-56.

Oneto, Isabel. *O agente infiltrado - Contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*. Coimbra Editora, 2005.

Pereira, Rui. “O "agente encoberto" na ordem jurídica portuguesa.” *Medidas de Combate à Criminalidade Económico-Financeira*. Centro de Estudos Judiciários: Coimbra Editora, 2004. 11-41.

—. “O consumo e o tráfico de droga na lei penal portuguesa.” *Revista do Ministério Público Ano 17 N.º 65*, janeiro-março de 1996: 59-76.

Pereira, Sandra. “A recolha de prova por agente infiltrado.” Em *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal / coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto*, 137-159. Coimbra: Almedina, 2017.

Ramalho, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2017.

Rocha, João Luís de Moraes. *Droga – Regime Jurídico (Legislação Nacional anotada, Diplomas Internacionais)*. Lisboa: Petrony, 1994.

Rodrigues, Benjamim Silva. *Da prova penal Tomo II: Bruscamente... A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*. Letras e Conceitos Lda., 2010.

Silva, Germano Marques da. “Bufos, infiltrados e arrependidos. Os princípios democrático e da lealdade em processo penal.” *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica, Volume VIII*, 1994: 27-34.

Sousa, Susana Aires de. “Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões.” *Separata de Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, 2003: 1207-1235.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do Tribunal Constitucional (consultados em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/)

Ac. TC n.º 25/84, de 4 de abril

Ac. TC n.º 7/87, de 9 de fevereiro

Ac. TC n.º 578/98, de 14 de outubro

Ac. TC n.º 76/01, de 14 de fevereiro

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (na falta de menção em contrário, consultados em www.dgsi.pt)

Ac. STJ de 12 de junho de 1990, Proc. n.º 40983 (*in* BMJ n.º 398)

Ac. STJ de 5 de maio de 1994, Proc. n.º 46385 (*in* CJ, 1994, tomo II)

Ac. STJ de 6 de julho de 1995, Proc. n.º 47221 (*in* CJ, 1995, tomo II)

Ac. STJ de 2 de novembro de 1995, Proc. n.º 47738 (*in* CJ, 1995, tomo III)

Ac. STJ de 15 de janeiro de 1997, Proc. n.º 870/96 (*in* CJ, 1997, tomo I)

Ac. STJ de 13 de dezembro de 2000, Proc. n.º 2752/00

Ac. STJ de 30 de outubro de 2002, Proc. n.º 2118/02 (*in* CJ, 2002, tomo IV)

Ac. STJ de 20 de fevereiro de 2003, Proc. n.º 4510/02

Ac. STJ de 30 de outubro de 2003, Proc. n.º 2032/03

Ac. STJ de 6 de maio de 2004, Proc. n.º 1138/04

Ac. STJ de 30 de novembro de 2005, Proc. n.º 3349/05

Ac. STJ de 16 de abril de 2009, Proc. n.º 3375/08

Ac. STJ de 27 de junho de 2012, Proc. n.º 127/10.0JABRG.G2

Ac. STJ de 11 de julho de 2013, Proc. n.º 1690/10.1JAPRT.L1.S1

Ac. STJ de 11 de dezembro de 2014, Proc. n.º 33/06.3JAPTM.E2.S1

Ac. STJ de 17 de outubro de 2018, Proc. n.º 6077/16.0T9MTS.P1.S1

Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra (consultados em www.dgsi.pt)

Ac. TRC de 26 de outubro de 2011, Proc. n.º 23/09.4GBNLS.C1

Ac. TRC de 7 de março de 2012, Proc. n.º 173/11.7GAMMV.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (consultado em www.dgsi.pt)

Ac. TRE de 04 de fevereiro de 2010, Proc. n.º 196/08.3JAFAR.E1

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa (consultados em www.dgsi.pt)

Ac. TRL de 7 de julho de 1998, Proc. n.º 0043325

Ac. TRL de 15 de junho de 2004, Proc. n.º 6919/2003-5

Ac. TRL de 12 de março de 2009, Proc. n.º 366/06.9JELSB.L1

Ac. TRL de 25 de maio de 2010, Proc. n.º 281/08.1JELSB.L1

Ac. TRL de 22 de março de 2011, Proc. n.º 182/09.6JELSB.L1

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto (consultados em www.dgsi.pt)

Ac. TRP de 15 de setembro de 2010, Proc. n.º 381/108JAPRT-A.P1

Ac. TRP de 22 de janeiro de 2014, Proc. n.º 407/12.0JAPRT.P1

Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (consultados em <https://hudoc.echr.coe.int>)

Ac. Teixeira de Castro c. Portugal, de 9 de junho de 1998

Ac. Vanyan c. Rússia, de 15 de dezembro de 2005

Ac. Khudobin c. Rússia, de 26 de outubro de 2006

Ac. Malininas c. Lituânia, de 1 de julho de 2008

Ac. Ramanauskas c. Lituânia, de 5 de fevereiro de 2008