



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

**A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE ENCOBERTO NO DECURSO DA
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO ÂMBITO DAS AÇÕES ENCOBERTAS
DIGITAIS**

ANA XAVIER NUNES

Orientador Professor Doutor Duarte Rodrigues Nunes

Dissertação de Mestrado com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito Forense

junho de 2023

“Foi o tempo que dedicaste à tua rosa que a fez tão importante”.

Antoine de Saint-Exupéry, in *O Príncipezinho*

À minha querida Mãe, com as maiores saudades do Universo.

AGRADECIMENTOS

Finda esta longa etapa, é tempo de agradecer, ainda que o faça diariamente.

Ao meu querido pai, pela dedicação e empenho constantes à minha educação. Por me aplaudir na primeira fila e por me agarrar incondicionalmente.

À minha família. Em especial, à minha prima Liliana, por me dar a mão sempre com tanta força.

Aos meus queridos Padrinhos, Ana Osório e Manuel Rodrigues, pelo exemplo de integridade, força e dedicação e por me acompanharem de perto, aplaudindo as minhas conquistas como se as deles fossem.

Agradeço, profundamente, aos meus verdadeiros amigos que, por sorte da vida, são imensos – o meu coração é vosso. Em especial, Andréa Sousa, Bernardo Soveral, Inês Correia, Leonor Barroso, Leonor Fernandes, Maria Rocha, Rafaela Neves, Rita Baltazar e Sílvia Castilho.

A todas as almas bonitas que entraram no meu caminho, muito antes ou durante este processo e que por aqui, alegremente, ficaram.

A todos os que de mim duvidaram, ou ainda duvidam, que não me veem ou sentem, agradeço por terem dado força à minha motivação.

Agradeço também aos Excelentíssimos Inspetores da Polícia Judiciária, com quem tive o privilégio de privar, enriquecendo a minha pesquisa. Obrigado pela disponibilidade e atenção.

Por fim, mas certamente não menos importante, ao meu orientador, o Excelentíssimo Senhor Professor Doutor Duarte Rodrigues Nunes, pela disponibilidade e acompanhamento durante todos estes meses.

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	6
MODOS DE CITAÇÃO	7
INTRODUÇÃO.....	8
I. BREVE ENQUADRAMENTO SOBRE O RECURSO ÀS AÇÕES ENCOBERTAS E A ADMISSIBILIDADE DA FIGURA DO AGENTE ENCOBERTO	10
1. As ações encobertas e o agente encoberto: a legitimação do seu recurso.....	10
1.1. O agente encoberto na ordem jurídica portuguesa.....	15
II. AS AÇÕES ENCOBERTAS EM AMBIENTE INFORMÁTICO-DIGITAL	18
1. As camadas digitais e os domínios da utilização do ciberespaço.	18
2. A extensão do regime geral às ações encobertas digitais: insuficiente?	20
2.1. A distinção entre as modalidades de ação encoberta.....	22
3. A cibercriminalidade e os desafios impostos à investigação criminal.	24
III. A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO NO ÂMBITO DAS AÇÕES ENCOBERTAS DIGITAIS	28
1. Os contornos da isenção de responsabilidade penal do agente infiltrado.	29
1.1. As categorias da punibilidade, culpa, ilicitude e tipicidade.	29
1.2. Notas adicionais.....	34
2. Os requisitos objetivos da norma de isenção de responsabilidade penal.	35
2.1. A admissibilidade e legalidade da ação encoberta.	35
2.2. Os atos preparatórios ou de execução.....	38
2.3. A autoria e a comparticipação.	40
2.4. A proporcionalidade.	46
CONCLUSÃO.....	51

ANEXO I.....	53
JURISPRUDÊNCIA	56
BIBLIOGRAFIA.....	57
ARTIGOS.....	61
DISSERTAÇÕES.....	61
OUTRAS REFERÊNCIAS	62

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. e acs.	Acórdão e acórdãos
Art. e arts.	Artigo e artigos
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
Cf.	Confrontar
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ed.	Edição
i.e.	<i>id est</i> (isto é)
LCC	Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, transpondo para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa).
n.º	número
p. e pp.	página e páginas
Proc.	Processo
RJAE	Regime Jurídico das Ações Encobertas para fins de prevenção e investigação criminal (Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto)
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)
SEF	Serviço de Estrangeiros e Fronteiras
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
Vol.	Volume

MODOS DE CITAÇÃO

1. A presente dissertação foi redigida com o novo acordo ortográfico português.
2. Nas transcrições de passagens de textos portugueses, respeitaremos a transcrição feita originalmente.
3. As citações de obras seguem, naturalmente, as regras implementadas pela Digníssima Instituição da Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito da Escola de Lisboa.
4. Sem prejuízo do cumprimento das regras de citação, sempre que uma obra for mencionada mais do que uma vez, a segunda citação, e seguintes, apenas incluirão o apelido (ou apelidos) do autor, ano, a primeira, primeira e segunda ou, ainda, terceira palavras do título de obra, seguida(s) de reticências, a expressão «*ob. cit.*» e páginas.
5. Igualmente sem prejuízo do cumprimento das regras de citação, a na eventualidade de se utilizar apenas uma obra de um autor, a citação apenas incluirá o apelido (ou apelidos) do autor, ano, a expressão «*op. cit.*» (*opus citatum – a/da obra citada*) e páginas.
6. Sempre que se citar, em notas de rodapé seguidas, o mesmo autor ou o mesmo autor e mesma obra ou o mesmo autor, mesma obra e mesma página, serão utilizadas as regras relativas às expressões «*Id*» (*Idem – do mesmo autor*) e «*Ibid*» (*Ibidem – da mesma obra*).
7. As decisões dos Tribunais serão identificadas pelas suas datas, salvo as devidas exceções.
8. As decisões do TEDH serão identificadas pelos nomes das partes.

INTRODUÇÃO

O aproveitamento do ciberespaço para a criação de espaços digitais privados, organizados segundo uma estrutura hierarquizada, permite a proliferação da grande criminalidade, em virtude dos criminosos estarem protegidos, em primeira instância, por uma rede não física e mais volátil, que constitui um entrave e novo desafio à prossecução criminal, na falta ou deficiência de meios e de conhecimentos técnicos por parte das autoridades. Trata-se de um aspeto que permite que a cibercriminalidade vá ganhando cada vez mais terreno dentro da complexidade das camadas que incorporam o ciberespaço, o que coloca o grande entrave no que concerne à imputação das condutas a indivíduos determinados¹.

Os tradicionais métodos de investigação criminal, face este contexto, não mais garantem uma resposta adequada e é neste contexto que reside a atuação de relevo do agente encoberto digital, enquanto «ponta de lança» de uma rede², que, por meio das suas condutas ocultas e com o objetivo da descoberta da verdade, pode ver a sua (ir)responsabilidade penal comprometida. Assim, mediante a concordância de certos requisitos, pode o agente encoberto enveredar por condutas criminosas, de forma a não comprometer os fins da investigação oculta e, também mediante o cumprimento de certos pressupostos, ficar isento de responsabilidade penal, ainda que a sua ação tenha preenchido tipos legais de ilícitos.

Ainda que inexista regulação própria das ações encobertas em ambiente digital, estas seguem o regime geral e aproveitam, assim, toda a sedimentação doutrinal e jurisprudencial que tem ocorrido relativamente ao conceito do agente encoberto, em especial, quanto à sua (ir)responsabilidade penal no seio deste método de investigação oculta, ainda que se coloquem questões de outra natureza que podem alterar o paradigma e apontar para particularidades diversas, não fosse o ciberespaço um plano cabalmente díspar do mundo físico que exige um comprometimento diferente por parte das autoridades.

Será a simples aplicação do regime geral ao contexto digital suficiente? Quais os limites de atuação do agente encoberto no ambiente digital para a descoberta da verdade?

¹ RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Almedina, 2017, p. 294.

² V. ANEXO I.

PALAVRAS-CHAVE: cibercrime, agente encoberto, ações encobertas digitais, isenção de responsabilidade criminal.

I. BREVE ENQUADRAMENTO SOBRE O RECURSO ÀS AÇÕES ENCOBERTAS E A ADMISSIBILIDADE DA FIGURA DO AGENTE ENCOBERTO

Derivado de iniciativa do Governo, através da Proposta de Lei n.º 79/VIII³, e após um extenso debate parlamentar, nasceu a aprovação do «Regime Jurídico das Ações Encobertas para fins de prevenção e investigação criminal». Até à data desta proposta, o conceito de agente encoberto era apenas abordado no art. 52.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de dezembro (a chamada Lei da Droga) dados os contornos assumidos pela criminalidade relacionada com o tráfico de droga, no início da década de 80⁴, estendendo-se, mais tarde, o conceito e recurso à figura do agente encoberto aos ilícitos de corrupção e criminalidade económico-financeira (art. 6.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro) e aos crimes de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (arts. 59.º e 59.º-A da 15/93, de 22 de janeiro).

Assim, com esta proposta, não só se visou alargar o âmbito de aplicação, «estabelecendo para o efeito um elenco dos crimes em cuja investigação se pode recorrer a atuações encobertas»⁵, mas também se perspetivou um regime jurídico de acordo, abrindo portas à aprovação da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto (RJAE), que consagra o conceito e figura de agente encoberto em termos gerais, permitindo abandonar o recurso a essa figura apenas no contexto do tráfico de droga, corrupção e criminalidade económica e financeira.

1. As ações encobertas e o agente encoberto: a legitimação do seu recurso.

As ações encobertas são consideradas como «aquela(s) que seja(m) desenvolvida(s) por funcionários de investigação criminal ou por terceiro, atuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade» (art. 1.º, n.º 2 do RJAE)⁶.

³

Disponível

em

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=18560>.

⁴ ONETO, Isabel, *O Agente Infiltrado - Contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 28.

⁵ Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 79/VIII, p. 1.

⁶ São também ações encobertas as desenvolvidas em matéria de prevenção e investigação de crimes conexos com a imigração ilegal e em que estejam envolvidas associações criminosas (SEF) (art. 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho).

O uso das ações encobertas implica que as autoridades omitam dolosamente a sua identidade, com o objetivo de perseguir criminalmente os visados, imiscuindo-se no ambiente das pessoas sob investigação, nutrindo a sua confiança para efeitos de prevenção do ilícito, através da obtenção de informações, ou para efeitos de repressão, alcançando material probatório incriminatório. Este *modus operandi* é veementemente criticado junto da doutrina, uma vez que se erguem questões no plano ético e jurídico, em especial quanto ao conceito de lealdade⁷, pela danosidade social eminente, que coloca em elevado sacrifício certos bens jurídicos e direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, sendo disto exemplo o direito à integridade moral (art. 25.º da CRP) e à reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º 1 da CRP), direitos materializados a partir da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP) e que se inserem no núcleo da esfera de direitos de um cidadão.

No desenrolar de uma investigação encoberta, os visados permitem-se, «inocentemente», interagir e comunicar, propiciando o ambiente adequado à (auto)incriminação da qual nem consciência têm. Isto assim se processa porque o visado, não estando na posse do conhecimento que certa atuação é perpetrada por um agente de autoridade, pratica o crime na convicção de o estar a fazer perante (ou com) um seu homólogo do mundo criminoso, dando espaço a que se crie um trilho de produção de prova contra o próprio (em plena afetação do direito à não autoincriminação⁸ vertido no princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*).

Em caso algum é de admitir a legitimação da prova que ofenda a integridade (sob qualquer forma), ainda que acompanhada de consentimento do visado, levando a que, a deste modo obtida, seja totalmente contaminada, por se tratar de um meio de obtenção de prova enganoso, caindo no âmbito da proibição de prova absoluta (art. 32.º, n.º 8 da CRP e art. 126.º, n.º 1 e 2, alínea a) do CPP). Inevitavelmente, a atuação do agente encoberto leva à imiscuição na vida privada dos visados, na medida em que as operações encobertas incidem, direta ou

⁷ MARQUES DA SILVA, Germano, «Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos – Os princípios democrático e da lealdade em processo penal», in *Direito e Justiça*, Vol. VIII, Tomo 2, 1994, pp. 30 e 31.

⁸ Este direito implica que «a confusão 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.», LOUREIRO, Joaquim, *Agente infiltrado? Agente provocador!*”: *Reflexões sobre o 1.º Acórdão do T.E.D. Homem – 9 junho 1998: Condenação do Estado Português*, Almedina, 2007, p. 212.

indiretamente, no universo de pessoas e relações sociais que são elementos de peso pertencentes à esfera pessoal do visado e que acabam por ser objeto de investigação oculta pelas autoridades, sendo, paralelamente, colocado em causa o direito do visado de dispor e decidir da informação que lhe pertence (conceito de *autodeterminação informacional*⁹, presente no art. 35.º da CRP), sem que tal seja abalroado pelo Estado (questão tutelada no âmbito do tema da proibição de prova relativa, que encontra consagração no regime do art. 32.º, n.º 8 da CRP, art. 34.º, n.º 4 da CRP, conjugados com o art. 126.º, n.º 3 do CPP, fundando-se a legitimação no seu «abuso» em previsão legal ou com base no consentimento).

Perante esta teia de obstáculos constitucionais, vem entendendo certa doutrina que somente «no limite» seja permitida a utilização destes meios investigativos, recorrendo aos mesmos sempre que «os meios e a inteligência dos agentes da Justiça sejam insuficientes para afrontar com sucesso a atividade dos criminosos e esta ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça criminal cabe tutelar»¹⁰. Não é de estranhar o crescente crédito atribuído às técnicas de investigação oculta, promovendo-se a atuação através destes modos sempre que nos encontremos perante manifestações contemporâneas de ilícitos de criminalidade grave. É dado este contexto criminal que, por diversas vezes, apenas o recurso a este método de investigação se mostra apto a combater as estruturas organizadas, visando a descoberta da verdade, não mais se podendo apostar apenas nas tradicionais intercetações telefónicas ou buscas. Assim se alcança o conceito de métodos ocultos de investigação criminal, de modo que «representam uma intromissão dos processos de ação, interação, informação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que as mesmas disso tenham consciência ou disso sequer se apercebam»¹¹. Sacrificam, de forma invariável, um

⁹ Também nos arts. 12.º da DUDH e 8.º da CEDH. Cf. COSTA ANDRADE, Manuel da, *Métodos Ocultos de Investigação (plädoyer para uma teoria geral)*, in Que Futuro Para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português, Coord. Mário Ferreira Monte *et alii*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Coimbra Editora, 2009, p. 538; NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Gestlegal, 2019, p. 237 e GOMES CANOTILHO, José Joaquim e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007, p.551.

¹⁰ MARQUES DA SILVA (1994), «Bufos...», *op. cit.*, p. 31.

¹¹ RAMALHO (2017), *Métodos...*, *op. cit.*, p. 34 e ANDRADE, Manuel da Costa, *Bruscamente no verão passado – A reforma do Código de Processo Penal, Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, 137.º ano, N.º 3948, 2007-2008, pp. 276- 277.

leque de direitos fundamentais, o que os sujeita à exigência de reserva de lei, admitindo-se a sua utilização apenas na medida da previsão consagrada legalmente.

Ainda que a CRP não preveja o recurso às ações encobertas, e muito menos prevê a figura e modos de intervenção do agente encoberto, sabemos que o interesse comunitário à realização de uma justiça penal eficaz, preventiva e repressiva, não é inócuo. Para a sociedade muito pesa o cumprimento dos deveres do Estado, que, em boa parte, se dedicam à proteção através da criminalização de certas condutas ou de outras medidas, por forma a garantir uma justiça penal, por meio do processo penal, que tem, na sua base, o respeito pelo princípio do Estado de Direito¹², pelo direito à segurança¹³ e pelos direitos e liberdades fundamentais que, neste caso, se reconduzem aos bens jurídicos protegidos pelos crimes do catálogo que são visados na investigação em concreto (art. 9.º, b) da CRP). Estes pilares que, por sua vez, se entendem como as tarefas fundamentais do Estado, dignificam a construção e fortificação das medidas policiais que visam a defesa democrática e garantem a segurança e proteção internas da comunidade (arts. 27.º, n.º 1 e 272.º da CRP)¹⁴, atribuindo ao Estado o expoente do uso da força¹⁵.

Posto isto, desde que os meios de obtenção de prova não caiam no âmbito absoluto do artigo 32.º, n.º 8 e, não proibindo expressamente, a CRP, a utilização de meios ocultos de obtenção de prova, encontra-se legitimada a intervenção do legislador neste campo, desde que se salvguarde a mais ampla observância dos princípios fundamentais no contexto em causa e se tenteie o equilíbrio entre esses e os outros interesses constitucionais visados (de forma que todos atinjam o seu ponto ótimo possível de eficácia), que é o caso da eficaz administração da prossecução e justiça penais (em cumprimento da subordinação aos termos previstos no artigo 18.º, n.º 1 e 2 da CRP, tidos em conta os princípios da legalidade,

¹² ONETO (2005), *op. cit.*, p. 166 e NUNES (2019), *O problema..., op. cit.*, p. 337.

¹³ Como frisado por António Costa (Ministro da Defesa), em debate parlamentar: a «maior eficácia no combate à criminalidade significa maior segurança para os cidadãos».

¹⁴ Neste contexto, 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», FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “Para Uma Reforma Global do Processo Penal Português. Da Sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais”, in *et alii*, Para uma Nova Justiça Penal, Coimbra, Almedina, 1983, p. 206.

¹⁵ NUNES (2019), *O problema..., op. cit.*, p. 337.

necessidade e proporcionalidade, que devem estar permanentemente sob apreciação e atualização, tomada que está a abertura do Processo a novas formas de investigação sem precedentes sólidos¹⁶). Tratando-se de um meio de obtenção atípico e, portanto, sem proibição direta na letra da lei, é abrangido pelo regime do artigo 125.º do CPP¹⁷.

Nas palavras de HENRIQUES GASPAR «[e]stá-se em domínios em que os interesses que se entrecruzam são de tal ordem e os meios de que os criminosos dispõem, são tantos e tão sofisticados, que a sociedade quase se sente impotente para dar combate a tal criminalidade. E, por isso, aceita-se aqui alguma excecionalidade no modo de obter as provas»¹⁸. Como aponta DAVID SILVA RAMALHO, temos sempre patente um «compromisso ético do Estado»¹⁹, de tal forma que se encontram justificadas a necessidade e a legitimação deste método oculto, considerados que estão os fins preventivos e repressivos próprios da persecução penal na salvaguarda dos bens e interesses jurídico-penais colocados em causa, desde que protegida a proporcionalidade e se apele à consideração dos direitos, liberdades e garantias individuais²⁰.

Esta conceção surge na tentativa de permitir que a justiça penal, incluindo os seus meios e fins de prevenção e de repressão, acompanhe os desenvolvimentos da sociedade, adequando as suas técnicas e métodos aos crimes que visam investigar. Assim, o rumo que a criminalidade tem encetado, o que inclui as novas formas, meios e técnicas de aperfeiçoamento da prática de ilícitos, obriga a uma constante evolução no nosso Direito Processual Penal, sob pena de este se ver ultrapassado pela ineficácia dos seus meios tradicionais de obtenção de prova, dado que o seu contexto regimental pertence a uma realidade histórico-cultural distinta dos dias de hoje.

¹⁶ NEVES, Rita Castanheira, *As ingerências nas comunicações eletrónicas em processo penal: Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova*, Coimbra Editora, 2011, pp. 97 e 98.

¹⁷ Assim, GONÇALVES, Fernando *et alii*, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado versus o Agente Provocador – Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 304.

¹⁸ HENRIQUES GASPAR, António *et alii*, *As acções encobertas e o Processo Penal – Questões sobre a prova e o processo equitativo, Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 49.

¹⁹ RAMALHO (2017), *Métodos...*, *op. cit.*, p. 287.

²⁰ *Ibid.*, p. 183 e Ac. do TC de 14-10-1998.

1.1. O agente encoberto na ordem jurídica portuguesa.

No panorama das ações encobertas, o agente encoberto ganha relevância pelo papel que assume, ao infiltrar-se numa estrutura criminosa, atuando sob uma identidade fictícia (determinada pelo Estado), visando prevenir ou reprimir crimes, concedendo as informações das suas atividades às autoridades.

É, assim, agente encoberto, todo aquele que «pode ocultar a sua qualidade ou identidade no seu relacionamento com terceiros, mantendo-os na ignorância para ganhar a sua confiança»²¹. Entendemos que este entendimento conceptual revela ser mais fiel ao espírito do RJAE e não se deve confundir a sua figura com o conceito de agente à paisana, que é todo o agente que não intervém de forma significativa no decurso dos eventos, limitando-se a observar meios expostos ao público, podendo estar qualquer outra pessoa que os factos decorreriam da mesma forma²². É desta forma que o agente à paisana identifica os visados da investigação, seguindo os seus passos, mais tarde procedendo a detenções em flagrante delito. Por se limitar a uma postura simplesmente passiva, e sem intervir de qualquer forma no processo criminoso, esta figura é aceite e lícita.

São de excluir do mesmo núcleo conceptual os informadores, que colaboram apenas ao nível da prestação de informação às autoridades, auxiliando-as através do seu conhecimento sobre a preparação ou execução dos crimes, bem como das pessoas envolvidas, e os arrependidos, originalmente pertencentes ao *milieu* criminoso e que colaboram com as autoridades na busca de informações, sob o manto da «traição» à rede criminosa em que se inserem. Divergem ainda da definição de agente encoberto os denunciante anónimos que, atuando por detrás de um escudo oculto, leva ao conhecimento das autoridades a informação de consumação de ilícitos e fornecem elementos de elevado valor probatório. Distinta é também a figura do agente provocador, a qual, para efeitos da presente dissertação, será objeto de tratamento adequado adiante.

²¹ ONETO (2005), *op. cit.*, p. 139.

²² Esta definição corresponde à distinção de agente encoberto defendida por ALVES MEIRELES, Manuel Augusto, *O Regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Almedina, 2010, p. 141 e NUNES (2018), *Os Meios...*, *op. cit.*, p. 201, em contraposição à ideia de agente infiltrado, na esteira da tese de ONETO (2005), *op. cit.*, p. 139.

Somos a defender que, com base na definição de agente encoberto enquanto autoridade ou terceiro particular (sob controlo das autoridades), que oculta a sua qualidade e identidade, agindo disfarçadamente sob uma identidade falsa e que visa a obtenção de informações preventivas da prática de crimes ou de provas incriminatórias, se insere em qualquer figura, na medida em que estas passem a atuar enquanto tal. Isto é, qualquer uma das figuras em si mesmas são, por natureza, díspares, do conceito de agente encoberto, o que não impede que, adotando essas mesmas figuras as características definidoras de um agente no âmbito de uma ação encoberta, estas passem a ser consideradas enquanto agente encoberto na mesma medida, aplicando-se-lhes o mesmo regime²³.

No seio da sua conduta, e adequada aos fins da investigação, a atuação do agente encoberto pode tomar diferentes níveis e contornos, dependendo do tempo e tipo de atividade visada pela investigação. Determinadas situações exigem, de acordo com o risco e complexidade, uma intervenção diferente, daí que as autoridades levem a cabo ações *light cover* – que se dão num curto espaço de tempo e são mais objetivas no seu desenrolar, exigindo, não só, menos grau de planeamento, como também de envolvimento do agente, onde este oculta a sua qualidade e identidade, mas não opta pela construção de uma identidade falsa (e, existindo um particular, este pode relacionar-se com a sua verdadeira identidade²⁴) – ou *deep cover* – que existem sempre que o agente oculta o seu cargo e identidade e veste uma pele fictícia (o particular aqui segue os mesmos trâmites que nas ações *light cover*)²⁵, com a «finalidade de obter provas para a incriminação do suspeito ou para obter uma *notitia criminis*, ganha a sua confiança pessoal, mantendo-se a par dos acontecimentos, infiltrando-se no meio criminoso em causa (v.g. numa organização criminosa), acompanhando a execução dos factos e praticando atos preparatórios ou mesmo de execução (caso tal se mostre necessário), mas sem o determinar à prática de infrações)»²⁶. Note-se que os dois níveis não podem senão estar abarcados pelo RJAE, uma vez que a atuação sob identidade

²³ Aqui seguimos o entendimento de PEREIRA LOUREIRO, Nuno Miguel Bonita, *A responsabilidade penal do agente encoberto*, Mestrado em Direito Criminal, Dissertação, Universidade Católica Portuguesa, maio de 2013, p. 13.

²⁴ Parece-nos que o legislador não quis conceder ao «terceiro» a possibilidade de utilizar uma identidade fictícia, conclusão derivada pela letra do RJAE, art. 5.º, n.º 1.

²⁵ ONETO (2005), *op. cit.*, pp. 81-84.

²⁶ NUNES (2018), *Os Meios...*, *op. cit.*, p. 197.

fictícia não é obrigatória, mas constitui, sim, uma possibilidade (art. 5.º, n.º 1 do RJAE), optando o legislador, e bem, por não se limitar ao conceito de «ação infiltrada» e «agente infiltrado», porquanto o entendemos que o conceito de «ação encoberta» e «agente encoberto» é muito mais amplo e permite inserir-se no contexto de uma atuação encoberta mais «superficial» (*light cover*) das autoridades, ao passo que a figura da «infiltração» já contém, a nosso ver, uma carga conceptual muito mais elevada, parecendo-nos cingir-se a um conceito *strictu sensu* de agente encoberto, dando a perceção que se insere num contexto de uma prática encoberta mais profunda e duradoura²⁷ (*deep cover*). Posto isto, optamos por nos referir a «agente encoberto»²⁸ para incluir todas as situações possíveis, inclusive as de «agente infiltrado», atuando como sinónimos e não como duas figuras distintas. No mais, entendemos que, afinal, o grande problema não reside no conceito apontado ao agente, mas sim nos seus modos de atuação, o que acaba por determinar qual o regime a seguir, como poderemos ver, mais oportunamente, adiante.

²⁷ Seguimos o entendimento de PEREIRA LOUREIRO, (2013), *op. cit.*, p. 13.

²⁸ Entendimento de DIAS RAMOS, Armando, *O agente encoberto digital, Meios Especiais e Técnicos de Investigação Criminal*, Almedina, 2022, p. 56.

II. AS AÇÕES ENCOBERTAS EM AMBIENTE INFORMÁTICO-DIGITAL

1. As camadas digitais e os domínios da utilização do ciberespaço.

A investigação no espaço virtual exige um domínio do conhecimento técnico e uma atuação de acordo com os princípios processuais penais do ordenamento jurídico, derivado, por exemplo, da complementaridade entre o CPP e a LCC. Inerente a essa investigação, está a utilização de ferramentas informático-digitais que facilitam o aprofundamento virtual que, de outro modo, seria impossível levar a cabo, dada a complexidade das infraestruturas digitais concebidas.

Em consequência dessa complexidade no ciberespaço²⁹, coexistem diferentes camadas e filtros, cada qual comportando maior ou menor complexidade de utilização e compreensão para os seus utilizadores, as quais são denominadas por *Surface Web*, *Deep Web* e *Dark Web*.

A *web* «superficial» é toda a parte da *internet*, ou todo o conteúdo, que qualquer um de nós consegue encontrar e aceder, resultado de uma simples pesquisa através de um motor de busca (exemplo *Google* ou *Bing*). EZEQUIEL SALLIS, por analogia, caracteriza a *Surface Web* como a «ponta do *iceberg*» - aqui encontra-se apenas uma parte do conteúdo total da *internet*³⁰. Já a *Deep Web* é o que resta do *iceberg*. Em termos práticos, isto conduz-nos a declarar que a porção existente da *Deep Web* é 500 vezes maior que da *web* superficial³¹. É nesta parte da *internet* que consta todo o conteúdo que jamais encontraremos como resultado de uma simples pesquisa de um motor de busca. É que, pelos mais variados motivos³², quem publica determinado conteúdo nessa porção do ciberespaço, não quer que o mesmo esteja

²⁹ O ciberespaço é composto por um complexo de sistemas e de redes digitais, que inclui a *internet*, fornecendo serviços aos indivíduos, organizações e Estados. Trata-se, assim, de um recurso compartilhado e de uma infraestrutura crucial para a economia global, nos termos em que facilita a comunicação, o comércio e acesso à informação, cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=EN>.

³⁰ SALLIS, Ezequiel, *Desafíos de la Investigación de los delitos informáticos en la deep & dark web, Cibercrimen*, coord. Mariana Kiefer, Montevideo: Editorial B de F, 1.ª edição, 2016, p. 607.

³¹ No ano de 2016, em abril, existiam, aproximadamente, 1.3 mil milhões de sítios *web* na *Surface Web*, cf. SALLIS (2016), *op. cit.*, p. 607.

³² Por exemplo, pode tratar-se de um conteúdo dinâmico, que é gerado a partir de alguns sítios *web*, estando disponíveis apenas num determinado momento e para determinado efeito, não o estando o tempo necessário para serem identificados a partir de um motor de busca, cf. *Ibid.*

acessível de forma tão automática e direta³³, optando por ocultar a possibilidade desse material aparecer imediatamente indexado como resultado de determinada procura feita.

Dito isto, é erróneo afirmar que todo e qualquer conceito e conteúdo relacionados com a *Deep Web* estão puramente associado a fins ilegais, que contêm informação proibida e que carregam determinado desvalor. A verdade é que grande parte da informação presente nessa «dimensão» pertence ao mesmo âmbito do conteúdo existente na *web* superficial, mas o acesso ao conteúdo é simplesmente privado ou restrito de algum modo. A esse catálogo de conteúdo específico, que funciona como uma subcategoria pertencente à *Deep Web*, dá-se o nome de *Dark Web*. É considerada a terceira camada do ciberespaço e a sua terminologia serve para descrever o conteúdo da *Deep Web* ao qual se pode apenas aceder através de sistemas específicos³⁴. Um exemplo desse tipo de sistemas é o *The Onion Router* (ou «*TOR*»), que funciona através do *TOR Browser* e é acessível a qualquer pessoa mediante um simples *download* para o respetivo computador ou telefone³⁵. Este navegador permite aos seus utilizadores, tal como o permitem todos os outros navegadores *web* mais conhecidos, pesquisar, consumir e publicar conteúdos, com a particularidade de o fazerem anonimamente³⁶. Este sistema não representa, em si mesmo, uma ameaça à propensão para o consumo e distribuição de conteúdos e materiais ilícitos, estando sujeito, naturalmente, ao destino que cada utilizador lhe atribuir.

Tendo em consideração a facilidade que hoje se tem para aceder ao ciberespaço, é inegável que esse recurso auxilia a conexão e partilha de informações e opiniões de uma forma geral e imediata, mostrando-se um meio democrático e acessível para a expressão de pensamento, de forma livre, atingindo as massas rapidamente. Ainda que a *Surface Web* também esteja apta a garantir essa liberdade de expressão (ainda que, com restrições), foram os *softwares*, como é o caso do *TOR*, inicialmente estruturados para potenciar essa liberdade de expressão de uma forma anónima e mais segura. Por isso é que grande parte dos relatos

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, p. 608.

³⁵ *Ibid.*, p. 605.

³⁶ Sobre a navegação da *Deep Web* e, em especial, sobre o funcionamento do *TOR* e outros *browsers*: RAMALHO, David Silva, *A investigação criminal na Dark Web*, Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Relatório, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011/2012, pp. 387-391.

indicam que a utilização da *Dark Web* está relacionada com a sensação de falta de privacidade que a *Surface Web* promove, dada a sua monitorização e regulação, outros a utilizando para se ocultarem do controlo imposto pelos governos totalitários³⁷, com vista à anonimização dos seus perfis que os protegem de represálias, o que não se vislumbra possível na *Surface Web*.

Por conseguinte, é possível observar que, na sociedade cada vez mais *high-tech*, o direito à privacidade tem sido entendido como uma salvaguarda à constante ameaça de governos «*Big Brother*», ameaça essa, por exemplo, reconhecida pelo Supremo Tribunal do Canadá³⁸, que assumiu que um equilíbrio deve ser estabelecido entre o direito dos indivíduos «*to be left alone*» e o direito do Estado de se imiscuir na privacidade dos mesmos, na estrita salvaguarda das suas responsabilidades em matéria jurídico-penal.

2. A extensão do regime geral às ações encobertas digitais: insuficiente?

O aproveitamento do ciberespaço para a criação de espaços digitais privados, organizados segundo uma estrutura hierarquizada, permite a proliferação da grande criminalidade, dado que os criminosos estão protegidos, em primeira instância, por uma rede não física e mais volátil, que constitui um entrave à prossecução criminal, na falta ou deficiência de meios e de conhecimentos técnicos por parte das autoridades.

Dito isto, numa tentativa de adequação do Processo Penal à criminalidade que ultrapassa as fronteiras físicas e se imiscui no mundo digital, surgiu o art. 19.º da Lei n.º 109/2009³⁹ (Lei do Cibercrime), que admite a aplicação do regime das ações encobertas, nos termos previstos no RJAE, no decurso da fase de inquérito, às investigações da criminalidade levada a cabo no ambiente eletrónico-digital, tomando por objeto os crimes previstos na LCC (art. 19, n.º 1, al. a)) e os acrescentados no próprio artigo 19, n.º 1, al. b).

O legislador pautou-se apenas por isso mesmo: uma mera *tentativa* de adequação, pois que permaneceu (e permanece) um amplo espaço de regulação processual que é vítima de

³⁷ O que é o caso, por exemplo, da China, onde o Governo utiliza a *Great Firewall of China* como o principal meio para a «ditadura digital». Cf. HENRI, Vanessa, *The Dark Web: Some Thoughts for An Educated Debate*, 2017, *Canadian Journal of Law and Technology*, 2017, p. 86.

³⁸ R. v. Duarte, 1990 CanLII 150 (SCC), [1990] 1 SCR 30.

³⁹ Na sua essência, vem substituir a Lei da Criminalidade Informática, Lei n.º 109/91, de 17 de agosto.

severas críticas. A redação dada ao artigo 19.º da LCC é difusa e não concretiza, em boa verdade, qualquer particularidade inerente ao mundo virtual, deixando em aberto, afinal, que modos e meios se deverão ter em conta⁴⁰. Inexiste uma previsão legal específica que se dedique inteiramente às ações encobertas no plano digital, o que se vem traduzindo, em geral, numa não distinção regimental entre as duas modalidades, problema do qual padece também a jurisprudência e doutrina de diferentes regiões, não sendo o nosso ordenamento jurídico a exceção.

A propósito, a doutrina vem sendo clara e a falta de consenso, em nossa perspectiva, é justificada em vários parâmetros. Concedemos que bem caminhou o legislador quando alargou a figura das ações encobertas ao ambiente digital, pelas razões de desenvolvimento e inovadoras formas de perpetração da grande criminalidade perfilhadas acima. Por outro lado, não podemos admitir que seja correta uma total subsunção deste método ao regime geral das ações encobertas - ainda que as ações realizadas em ambiente digital sejam vistas, e bem, como uma outra modalidade⁴¹. Esta «preguiça» legislativa impele-nos a aplicar um regime a uma modalidade, inequivocamente, díspar, pois que estamos perante «realidade[s] semelhante[s], mas com diferenças relevantes»⁴². Ainda que as ações possam ter elementos que as unam (que é o caso, por exemplo, da possibilidade de dissimulação ativa ou passiva da identidade real do agente e da construção de uma identidade fictícia no contacto com terceiros⁴³), jamais se podem considerar esses elementos como suficientes para integrar uma realidade tão vasta a uma situação tão particular e diversa, que é o caso nas situações de facto sem paralelo em ambiente físico. Se o fizermos, abrimos portas a resoluções pouco adequadas, imprevisíveis e sem estrutura eficaz ao contexto que visam colmatar⁴⁴.

Ainda, para lá da remissão para o regime geral das ações encobertas, tentou o legislador compensar a falta de previsão legal para a modalidade em causa com a simples remissão para o regime da interceção de comunicações (previsto no art. 18.º da LCC). SUSANA AIRES DE

⁴⁰ Na mesma linha, DIAS RAMOS, Armando, *A Prova Digital em Processo Penal: O Correio Eletrónico*, Chiado Books, 2014, pp. 90 e 91.

⁴¹ Também RAMALHO (2017), *Métodos...*, *op. cit.*, p. 284.

⁴² *Ibid* e, referindo-se a «realidades distintas que são incompatíveis», DIAS RAMOS (2022), *O Agente...*, *op. cit.*, p. 83.

⁴³ Cf. *Ibid.*, p. 283.

⁴⁴ Cf. *Ibid.*, p. 284.

SOUSA aponta esta questão como uma realidade preocupante, dado que «(...) neste tipo de ação encoberta se confundem as finalidades preventivas e repressivas da ação encoberta, isto é, por regra os elementos recolhidos pelo agente encoberto acabam por se tornar prova de crimes já consumados (por exemplo, no âmbito da pornografia de menores)»⁴⁵. Mais apontamos a infelicidade da expressão «naquilo que for aplicável», patente no artigo 19.º, n.º 2 da LCC, por ser generalizada e tentar subsumir a modalidade de ação encoberta digital a uma realidade distinta e incompatível «quer do ponto de vista dos métodos de obtenção de prova, quer dos distintos regimes processuais em vigor»⁴⁶. Sobre esta remissão, e como apontado por ARMANDO DIAS RAMOS, «desconhecendo-se o *IP* dos autores/suspeitos dos factos será difícil, se não mesmo impossível, realizar uma interceção das comunicações (...) e ainda se fosse conhecido um *IP* nacional como se poderia aplicar o regime do art. 187.º do CPP, se este apenas prevê um catálogo fechado de alvos?»⁴⁷.

Por conseguinte, observamos que esta técnica remissiva tão querida pelo legislador, revela-se, francamente, defraudada e abre portas a interpretações e aplicações analógicas descontextualizadas e pouco adequadas, com base em regimes que já encontram o seu devido lugar no nosso processo. Neste aspeto, bem andou o ordenamento jurídico italiano, que incorporou no seu CPP as previsões processuais necessárias para fazer face aos novos meios de obtenção de prova⁴⁸.

2.1. A distinção entre as modalidades de ação encoberta.

Afinal, porque se considera defasada a subsunção das ações encobertas digitais ao regime geral?

Primeiramente, veja-se o elenco de crimes diretamente visado pelo artigo 19.º da LCC – de natureza e contornos diversos daqueles previstos para as ações encobertas em geral e aumentado drasticamente⁴⁹, especialmente por não estar dependente da pena aplicável,

⁴⁵ AIRES DE SOUSA, Susana, “Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade económico-financeira”, V Jornadas Açorianas de Direito, Revista Julgar n.º 38, 2018, p. 33.

⁴⁶ DIAS RAMOS (2022), *O Agente...*, op. cit., p. 18.

⁴⁷ *Ibid*, p. 181. O autor acrescenta a dificuldade de identificar o concreto autor, já que este se pode aproveitar de um *IP* de uma rede pública (ou doméstica) e de acesso geral.

⁴⁸ DÁ MESQUITA, Paulo, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra Editora, 2010, p. 98.

⁴⁹ Também NUNES (2018), *Os Meios...*, ob. cit., p. 206 e DÁ MESQUITA (2010), ob. cit., p. 126.

particularidade que mereceu severa crítica por parte de alguns autores que apelam à declaração da norma como inconstitucional ou à sua redução teleológica, em virtude da desconsideração do princípio da proporcionalidade *latu sensu*⁵⁰. Neste seguimento, note-se que chegam a constar da norma alguns ilícitos de criminalidade menor, o que coloca em causa o carácter deste método, que deverá excecional e pontual, no caso de criminalidade que justifique a sua intervenção.

Também quanto ao *modus operandi* se podem destacar diferenças. Um agente digital tem de criar, necessariamente, a sua identidade virtual e dar vida a várias personalidades, em vários espaços virtuais ao mesmo tempo ou até no mesmo espaço virtual⁵¹ ou até apropriar-se de uma identidade de uma pessoa do círculo do investigado, através da apropriação da conta de utilizador dessa pessoa⁵².

É crucial denotar que as fronteiras estabelecidas desta realidade virtual com o espaço físico são, inevitavelmente, amplificadas, se pensarmos no mundo que envolve *websites* públicos ou privados, onde pouca interação existe entre os utilizadores (exemplo do mercado negro *Silk Road*⁵³) ou de dar-se o caso de existirem simples comentários em publicações feitas por cibernautas, que se distinguem apenas pelos seus *usernames* ou *nicknames*. Desta feita, a interação social na *internet* em pouco se assemelha ao ambiente físico, dado que na primeira «a ocultação de identidade é a regra perante todos, sendo a identificação pessoal a exceção»⁵⁴.

Destaque-se que a informação útil com relevo ao nível da prova, em ambiente digital, torna difícil o processo de imputação de determinadas condutas aos visados, já que essa

⁵⁰ Que é o caso de DÁ MESQUITA (2010), *op. cit.*, p. 126. No caso de se proceder a uma restrição teleológica, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 681 e 682.

⁵¹ RAMALHO dá o exemplo de o agente numa sala poder ser o *pedófilo* e noutra um *menor de idade* ou ainda ser o *traficante* e noutra o *comprador de droga*, cf. RAMALHO (2017), *Métodos...*, *op. cit.*, p. 285.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Trata-se de um mercado *online*, que se dedicava à compra e venda de várias coisas, principalmente de estupefacientes, através de cripto moedas. Durou entre 2011 e 2013.

⁵⁴ Cf. RAMALHO (2017), *Métodos...*, *op. cit.*, p. 293.

mesma informação e documentação são acessíveis, em largos casos, de forma livre e aberta⁵⁵, questão também derivada do recurso a técnicas de anonimização⁵⁶.

Outro ponto importante diz respeito ao nível e grau de risco a que o agente infiltrado está sujeito. Isto é dizer que, por natureza, o agente corre menos riscos agindo no mundo digital do que fisicamente. A este respeito, não pretendemos desconsiderar a pressão e perigo aos quais as autoridades estão sempre sujeitas nestes casos, mesmo que a investigação decorra através de meios informático-digitais. Pretendemos, antes, demonstrar que o agente que não tem de utilizar o seu próprio corpo e interações físicas numa determinada investigação encoberta, mais facilmente salvaguarda a sua integridade e vida. Assim, digitalmente, não tem uma obrigatoriedade de se expor, podendo implementar várias interações não saindo do mesmo lugar, terá um mais amplo espaço de erro, falha e de menos imprevisto, que não colocará em causa, de modo significativo, a sua segurança⁵⁷.

3. A cibercriminalidade e os desafios impostos à investigação criminal.

Não existe a possibilidade de garantir, de modo absoluto, a segurança das estruturas e sistemas digitais. É deste modo que as redes se tornam propícias à proliferação de ameaças e violações graves de valores e interesses fundamentais para a vida democrática que conhecemos, sendo o caso da privacidade, da propriedade, da liberdade e da vida⁵⁸. Tudo isto se torna mais significativo ante a perpetuação do cibercrime, não só aqui entendido como todo o ato perpetrado através de um meio de tecnologia de informação (em sentido amplo, o que inclui, por exemplo, ciberdifamação ou *ciberstalking*, envolvendo, na generalidade, um

⁵⁵ Cf. *Ibid.*, p. 294.

⁵⁶ DIAS RAMOS (2022), *O Agente...*, op. cit., p. 118.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 285. O autor cita uma passagem importante para uma melhor compreensão desta questão: «*Some of the restrictions on attending physical-world meetings, however, may not apply to the online environment. In the physical world, agencies must be concerned that an agent appearing in person may be recognized; that fact, in turn, may cause other participants to believe, rightly or wrongly, that they are under investigation, or it may lead them to conclude that the agent (and possibly the agency) agrees with their views. Although many online chat facilities allow participants to know who else is present in the forum, the available information (often only a user-selected nickname) generally does not reveal a participant's real-world identity.*» - Department of Justice, *Online Investigative Principles for Federal Law Enforcement Agents*, 1999, p. 23 (disponível em <https://info.publicintelligence.net/DoJ-OnlineInvestigations.pdf>).

⁵⁸ Cf. Relatório Ética & Direito – Problemas Ético-Morais, Centro Nacional de Cibersegurança PORTUGAL (disponível em <https://www.cncs.gov.pt/pt/problemas-etico-morais/> e consultado pela última vez a 20 de abril de 2023).

conhecimento técnico menos detalhado e em que os atos se manifestam largamente no mundo «real»), como também nos casos em que o meio informático surge como parte integrante do tipo legal, sendo alvo em particular de um ato ilegal (em sentido estrito, o que inclui, por exemplo, acessos não autorizados a um sistema computadorizado ou roubo de informação eletrónica, atos que requerem conhecimentos técnicos mais profundos e que acompanham o nascimento e o desenvolvimento das novas tecnologias)⁵⁹. Assim sendo, entendemos que o recurso ao agente encoberto está justificado, não só para os casos em que estamos perante crimes informáticos, mas também para todos os crimes que são cometidos com recurso à informática.

Também acompanhado deste desenvolvimento tecnológico e digital, a *Dark Web* tem vindo a construir uma conotação pesada e obscura, que se encontra muito predisposta para a anarquia, onde os criminosos têm os meios para desenvolver os seus negócios numa constância de impunidade. Posto isto, tendo sido inicialmente estruturados estes *softwares* para a máxima proteção da liberdade de expressão, são hoje também utilizados como forma de dissipar o rasto digital de quem pratica ilícitos digitalmente. Pouco a pouco, o programa *TOR* viu-se ser um meio para a proliferação de variados conteúdos criminosos, alojados em *websites secretos* (os *hidden services*⁶⁰), propícios à disseminação de material ilícito relacionado com mercados de droga (o caso do, até então, *The Silk Road*), venda de pornografia infantil ou até fóruns dedicados ao canibalismo⁶¹.

Sendo a *Surface Web*, de igual forma, propícia a ser palco desta cibercriminalidade, questionamo-nos, afinal, qual é o fator-chave que torna o mundo cibernético tão aliciante para a prática de ilícitos. Dentre as várias razões, destacamos que a prática de um ilícito se entende como mais segura e vantajosa para os criminosos, dada a «desterritorialização», a velocidade com que se atua e o véu do anonimato⁶². De todo o modo, podem os criminosos

⁵⁹ Cf. DASHORA, Kamini, “Cyber Crime in the Society: Problems and Preventions”, *Journal of Alternative Perspectives in the Social Sciences*, Vol, 3, N.º 1, 2011, p. 242 e 243.

⁶⁰ Estão alojados de forma a não serem facilmente detetados. É comum, também, apenas serem acedidos através do sistema *TOR*, caso o seu endereço seja do conhecimento de outro utilizador.

⁶¹ Cf. RAMALHO (2011/2012), *A investigação...*, *op. cit.*, p. 393.

⁶² DIAS RAMOS (2022), *O Agente...*, *op. cit.*, p. 12. Questão que o autor entende como verdadeiramente «paradisiaca», dado que estas vantagens são proporcionadas pelo recurso a redes criptografadas, utilização de VPN's, cifragem de conteúdos.

contar com a capacidade de armazenamento de grandes quantidades de informação num espaço tão compacto como, por exemplo, um computador; a complexidade e a vulnerabilidade dos sistemas operativos e a negligência na proteção dos computadores e de contas *online*, o que permite que ganhem acesso mais fácil e controlo mais rapidamente; a destruição de evidência e de dados é também mais rápida e automatizada⁶³.

Adicionalmente, na *web superficial*, mais facilmente se pode identificar o utilizador que, por exemplo, distribui pornografia infantil, ao utilizar um suporte de correio eletrónico como o *Gmail* ou *Hotmail*, o que permite aos peritos identificar os registos associados às direções do endereço *IP*⁶⁴, levando à pessoa por detrás destes comportamentos. No entanto, levado a cabo este processo, «(...) se o resultado da análise da direção *IP* indica que a mesma corresponde a um nó da Rede *TOR*, a metodologia de investigação não servirá»⁶⁵. Por isto, uma das maiores dificuldades que fazem face à investigação criminal digital, é precisamente a tentativa de imputação da comissão de ilícitos a agentes concretos, principalmente aquando a confrontação da justiça com casos de jogo ilícito, tráfico de estupefacientes, pornografia infantil e pedofilia *online*⁶⁶.

Coloca-se a dúvida de saber qual é o grau de necessidade exigido para que se faça um uso legal e proporcional das ações encobertas no formato digital. Revelando o artigo 19.º da LCC e o RJAE uma omissão quanto às regras relativas à subsidiariedade, DUARTE RODRIGUES NUNES aponta que «só será legítimo recorrer às ações encobertas em ambiente informático-digital quando houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter»⁶⁷. Especialmente no que concerne à *Deep Web* a utilização deste meio de obtenção de prova «permite ultrapassar os obstáculos à descoberta da identidade e da localização dos autores dos crimes e respetivas vítimas, através da persuasão dos próprios suspeitos a ceder elementos que permitam a sua identificação por via da integração do agente infiltrado numa

⁶³ Cf. DASHORA, Kamini (2011), *op. cit.*, pp. 243 e 244.

⁶⁴ O *IP* (*Internet Protocol*) corresponde a uma «(...) representação numérica de onde um dispositivo está conectado à *internet*. Ele serve para identificar onde está um dispositivo e, em algum grau, a natureza desse dispositivo». Disponível em <https://www.avast.com/pt-br/c-what-is-an-ip-address>.

⁶⁵ SALLIS (2016), *op. cit.*, p. 609.

⁶⁶ RAMALHO (2011/2012), *A investigação...*, *op. cit.*, p. 408.

⁶⁷ NUNES (2018), *Os Meios...*, *op. cit.*, p. 208.

comunidade *online* e da sua interação com criminosos pertencentes a essa comunidade (...)»^{68/69}.

Em contrapartida, veja-se que não pode a ação encoberta digital ser perpetrada sem mais. Como é o caso de qualquer investigação criminal, tem de se garantir a existência de uma suspeita fundada relativa a um ilícito criminal do catálogo anteriormente mencionado⁷⁰.

Ainda DUARTE RODRIGUES NUNES indica que o recurso às mesmas «não terá de ser precedido pela utilização (infrutífera) de outros meios de obtenção de prova menos lesivos, pois o seu carácter de *último ratio* apenas significa que, no plano lógico (e não cronológico), só se poderá recorrer a este meio de obtenção de prova se se tiver concluído que o recurso a meios menos lesivos não permite alcançar o resultado que se visa atingir»⁷¹. Levando em consideração essa doutrina, não podemos senão concluir que os casos que justificam a utilização de recursos mais onerosos em prol dos interesses e bens a salvaguardar, não devem esperar pelo recurso a outros meios menos invasivos, se tal não se entender necessário, pelo que os meios escolhidos devem ser aptos, *a priori*, a alcançar o fim visado. Por conseguinte, nenhum sentido faz optar-se por drenar meios de obtenção de prova menos lesivos, nem impor às autoridades que, de forma exaustiva, continuem a insistir com esses mesmos meios se, afinal, o meio mais eficaz sempre esteve ao alcance. Assim, é importante notar que, optando as autoridades por utilizar cada recurso de forma cronológica e não lógica, vão estar a tentar imiscuir-se, permanentemente, no meio criminoso, o que leva a duas saídas: ou a rede criminosa dá-se conta das inúmeras tentativas infrutíferas, motivando a que os seus planos se alterem e se tornem, cada vez mais, indecifráveis e isso dificulta, em alta escala, a intervenção processual, ou, por outro lado, o princípio da proporcionalidade *latu sensu* cai por terra, porquanto, o processo penal estará, permanente e exaustivamente, a tentar imiscuir-se no *milieu* criminoso, colocando em causa, desnecessariamente, todos os direitos dos envolvidos.

⁶⁸ RAMALHO (2011/2012), *A investigação...*, *op. cit.*, p. 409.

⁶⁹ Este meio será de pouca utilidade se estivermos perante *websites* que minimizem ou excluam a possibilidade de interação entre membros, cf. *Ibid.*

⁷⁰ NUNES (2018), *Os Meios...*, *op. cit.*, p. 208.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 208 e 209.

III. A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO NO ÂMBITO DAS AÇÕES ENCOBERTAS DIGITAIS

A conduta do agente infiltrado pode assumir vários contornos e esta possibilidade é encarada como um dos vários pontos controversos na temática em questão, à margem dos mais variados desassossegos no plano processual. O agente não adota sempre um comportamento passivo, de observação distante dos sujeitos visados. Pode, por virtude da gravidade e complexidade da investigação, ter a necessidade de cometer crimes, não só para – por um lado – viabilizar a sua infiltração na rede criminosa, mas também – por outro – garantir o andamento e sucesso da investigação e, nos entretantos, a sua própria segurança. Note-se que, diferentemente do que sucede nas ações encobertas físicas, nas investigações encobertas informático-digitais dificilmente se coloca a hipótese do agente agir «ilicitamente» contra uma agressão que vise afastar o perigo para a sua vida e/ou integridade física⁷².

Em especial, no que concerne à infiltração do agente no espaço digital, em que é necessário, muitas vezes, o agente introduzir-se em espaços *online* de acesso restrito, a sua aceitação por parte da rede criminosa só fica completa mediante a «entrega» de determinada prova de confiança⁷³, uma vez que os administradores dessa comunidade exigem ao agente que pratique determinado ilícito. É assim que, no mundo digital, se dá início ao real processo de infiltração. Se estiver vedada essa possibilidade ao agente, *ab initio*, as ações encobertas digitais tornam-se, na pior das hipóteses, inviáveis. É o caso da tentativa de infiltração por parte de um agente, num grupo digital secreto que se ocupa da transmissão e produção de imagens e vídeos pedopornográficos, que exige aos novos membros que possuam e compartilhem conteúdo do mesmo género. Não tem o agente outra solução que não obedecer, caindo no escopo da norma prevista no artigo 176.º do CP (pornografia de menores)⁷⁴.

⁷² NUNES (2018), *Os Meios...*, *op. cit.*, p. 220.

⁷³ Cf. *Policing the Dark Web: Ethical and Legal Issues*, University of Warwick and TNO, MEDI@4SEC, Ref. Ares (2019)1666154, março de 2019 (disponível em <https://ec.europa.eu/research/participants/documents/downloadPublic?documentIds=080166e5c2573eef&appId=PPGMS>).

⁷⁴ Exemplo de MANN, Diana Calazans, Infiltração digital: a validade como meio de prova e os limites éticos do Estado-investigador, Mestrado Não Integrado em Ciências Policiais, Especialização em Criminologia e

1. Os contornos da isenção de responsabilidade penal do agente infiltrado.

O legislador lançou mão do artigo 6.º, n.º 1, previsto no RJAE, que estabelece uma cláusula de isenção da responsabilidade penal do agente⁷⁵. É esta a conclusão a que chegamos, analisada a exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 79/VIII, onde se pode ler que «a actuação do agente poderá levar à prática de factos que seriam, noutras circunstâncias, ilícitos típicos penais, introduz-se um regime de isenção da responsabilidade criminal por esses factos».

Dependendo do desenrolar das operações, o envolvimento do agente pode passar por imiscuir-se em atividades que, se levadas a cabo em situações normais, são consideradas como grave criminalidade. Para evitar cair numa situação potencialmente catastrófica, e para efeitos de apuramento da (ir)responsabilidade penal, podem, ao comportamento do agente infiltrado, estar inerentes atos preparatórios ou executórios de um ilícito criminal, desde que praticados sob a égide de qualquer espécie de comparticipação distinta da instigação ou da autoria imediata e mediante a salvaguarda do princípio da proporcionalidade inserido na finalidade da sua atuação.

A priori, podemos considerar a problemática resolvida expressamente por imposição do artigo 6.º, n.º 1 do RJAE, no entanto, tal não pode estar mais longe da verdade, porquanto este normativo produz as mais variadas inquietações, especialmente na interpretação e aplicação dos paradigmas suscitados pela fórmula legislativa, que serão desenvolvidos adiante.

1.1. As categorias da punibilidade, culpa, ilicitude e tipicidade.

Certo é que a norma é identificada, na doutrina maioritária, por traduzir o cumprimento de um dever nos termos gerais do artigo 31.º, n.º 2, alínea c) do CP⁷⁶, e disso não

Investigação Criminal, Dissertação, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – ISCPSI, Lisboa, 2018. Atualmente, cremos que já será possível, com o recurso a inteligência artificial, produzir este tipo de conteúdo, não utilizando menores para tal, utilizando, ao invés e com consentimento, atores maiores de idade e alterando-lhes a expressão com o recurso a essa mesma inteligência.

⁷⁵ No Direito comparado e, especificamente, na Alemanha, o legislador não previu para o agente encoberto, em particular, qualquer causa de isenção da responsabilidade criminal. Contrariamente, tal como em Portugal, os ordenamentos jurídicos espanhol, francês e belga, cuidaram de prever causas de isenção da responsabilidade criminal do agente encoberto. Para mais detalhes, ver *Id.*, *O problema...*, *op. cit.*, p. 891, nota 2993.

⁷⁶ PINTO DE ALBUQUERQUE (2011), *Comentário do Código de Processo...*, *op. cit.*, p. 681 e 682.

discordamos. Mas, em boa verdade, o legislador não foi claro quanto à natureza jurídica desta causa de exclusão da responsabilidade, permanecendo em aberto, afinal, se o seu objetivo é negar a tipicidade, ilicitude, a culpa ou a punibilidade da conduta.

Ocupar-nos-emos, primeiro, de excluir a possibilidade da norma do artigo 6.º, n.º 1 do RJAÉ se tratar de uma causa de exclusão da punibilidade. A aceção deste conceito é defendida, na teoria do crime, na medida em que não basta determinada ação ser considerada como típica, ilícita e culposa para se considerar um crime. É, para tal, importante preencher também o elemento da punibilidade que enverga o paradigma da dignidade penal do facto, intrínseca a um fundamento político-criminal. Por regra, a conduta que é típica, ilícita e culposa é, geralmente, punível⁷⁷. Mas pode a conduta do agente corresponder a um facto típico, ilícito e culposos e, ainda assim, ser indigno de pena no caso concreto, situação que deriva de razões de ordem político-criminais, pela ausência de dano consumado ou insignificante⁷⁸.

Dirimimos o possível contra-argumento que institui que a norma do artigo 6.º, n.º 1 do RJAÉ que, explicitamente, escreve que «Não é punível...» tem de ser, necessariamente, interpretada no sentido de representar uma condição negativa à punibilidade do facto. É que a expressão em si, já inscrita também no texto de várias normas do CP⁷⁹, é ampla e pode querer referir-se, não só à exclusão da punibilidade de um facto ilícito e culposos, como também à exclusão da própria culpa ou da ilicitude⁸⁰. Pelo que consideramos como contradição entender que o mesmo Estado que abre a porta à consumação de ilícitos pelas autoridades, para a prevenção e repressão da criminalidade, vem depois isentar o agente através de uma causa de exclusão da punibilidade por questões de política criminal que são as razões pelas quais concede o cometimento destes comportamentos em primeiro lugar. Em adição, a doutrina que considera que o art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ se trata de uma causa de

⁷⁷ TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, 2022, p. 272.

⁷⁸ MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 50.

⁷⁹ Veja-se, por exemplo o caso dos arts. 154.º, n.º 3, al. b) ou 151.º, n.º 2 do CP, onde a expressão «não punível» se refere à exclusão da ilicitude do facto, ou ainda, o artigo 367.º, n.º 5, al. b), no qual se está perante uma causa de desculpa.

⁸⁰ Neste sentido também TAIPA DE CARVALHO (2022), *op. cit.*, p. 273.

exclusão da punibilidade, aceita que o ato do agente é merecedor de um juízo de reprovação jurídica⁸¹, porquanto o considera culposos, o que, cabalmente, repudiamos por não aceitarmos que o legislador quer apontar o comportamento do agente encoberto como um ato que desobedece à lei⁸².

A tese essencial inerente ao conceito de culpa debruça-se sobre o juízo de censura, este que só existe se for exigível ao agente um comportamento contrário ao adotado, ou seja, pelo facto de, tendo o agente a possibilidade de agir de maneira diversa, não o ter feito. Em boa verdade, o agente atua tipicamente, no entanto, para os fins que ação encoberta visa, o mesmo motiva-se pelo Direito, dado que não estamos perante «circunstâncias normais»⁸³. TAIPA DE CARVALHO caracteriza esta não motivação pelo Direito como uma «*atitude ético-pessoal de oposição, indiferença ou de descuido perante o bem jurídico-penal lesado ou posto em perigo pela sua conduta*»⁸⁴ (itálico no original).

O comportamento do agente face a investigação criminal através da ação encoberta é, precisamente, aceite e pré-determinado pelo Estado, dado o seu cumprimento de deveres de proteção⁸⁵. Ao aceitarmos que o artigo 6.º, n.º 1 se trata de uma causa que exclui a punibilidade, desvirtuamos o propósito deste método de investigação, uma vez que o comportamento adotado ou a adotar pelo agente é, muito provavelmente, e dado o contexto fáctico, o único comportamento capaz de prevenir ou reprimir a criminalidade, não lhe sendo imputável qualquer censurabilidade.

Também carece de sentido afirmar que a norma *in casu* se trata de uma causa de exclusão de culpa, uma vez que o juízo de culpa pressupõe a prática de um ato ilícito (e não de um ato lícito), caindo o Estado na contrariedade de tentar desafiar a criminalidade através de métodos

⁸¹ MARQUES DA SILVA (2015), *Direito...*, *op. cit.*, p. 226.

⁸² «(...) a exigência de necessidade de pena para realização dos fins da prevenção do direito penal não afasta que a culpa seja o fundamento da punição pois que sem inteligência para a compreensão dos valores e capacidade e liberdade de motivação pela norma a pena não tem qualquer efeito de prevenção», MARQUES DA SILVA (2015), *Direito...*, *op. cit.*, p. 230.

⁸³ Importa a definição de culpa de acordo com Ana Prata, *et alii.*, dado que entendem que «a culpa consubstancia um juízo de censura do agente, por, podendo ter atuado de acordo com o Direito, ter optado, em **circunstâncias normais**, por actuar contra ele» (negrito nosso), in *Dicionário Jurídico, Direito Penal e Direito Processual Penal*, 2.ª Ed., Vol. II, 2008.

⁸⁴ TAIPA DE CARVALHO (2022), *op. cit.*, p. 270.

⁸⁵ Também NUNES (2019), *O Problema...*, *op. cit.*, p. 893 e PEREIRA (2005), *O “Agente...”*, *op. cit.*, p. 746.

não lícitos, combatendo o «ilícito com o ilícito»⁸⁶. Tal como acima, com as devidas adaptações, não faz sentido debruçarmo-nos sobre um elemento, ou falta dele, da teoria do crime sem que o anterior esteja preenchido⁸⁷.

Afastamos ainda, e liminarmente, a possibilidade de se tratar de uma causa de exclusão da tipicidade. Para averiguar da tipicidade de uma conduta, há que integrar a conduta no tipo por via da técnica de subsunção, auxiliando-nos nesse processo a passagem constante da letra da norma para o caso concreto e vice-versa. Ora, na prática de delitos por parte do agente encoberto, damos por preenchidos todos os elementos, por estarmos perante o agente que pratica a ação típica sobre o objeto da ação que produz o resultado objetivo visando o bem jurídico, situação essa que é causal em relação à ação perpetrada. Mais assim concluímos pois existe uma perturbação ou lesão dos bens jurídicos que têm de ser consideradas enquanto jurídico-penalmente relevantes. Para se considerar a norma enquanto causa de atipicidade, os riscos de perturbação ou efetiva lesão aos bens jurídicos têm de ser apenas juridicamente relevantes e, de todo o modo, insignificantes, bem como pautar-se de uma tolerância social que comporta o desrespeito aos bens jurídicos tutelados por se entender que está perante um «mínimo desvalor objetivo do facto ou do resultado e também por ser mínimo o desvalor subjetivo da ação»⁸⁸, o que não podemos aqui considerar dada a força interventiva das ações encobertas. Mais não se pode considerar enquanto causa de exclusão da tipicidade, dado que não se equaciona a existência de «uma cláusula que restringe condutas típicas que nem seria cognoscível para os destinatários das normas incriminadoras, dada a natureza “oculta” da atuação do agente infiltrado»⁸⁹. A atuação do agente encoberto, para os efeitos de responsabilidade penal, preenche o tipo legal, portanto, é típica.

Precisamente por se traduzir no cumprimento de um dever como anteriormente mencionado, somos da opinião que o artigo 6.º, n.º 1 do RJAÉ vem servir como causa de exclusão da ilicitude, redefinido o valor da atuação criminal do agente, por se tratar de um facto, inicialmente, desvalioso ao nível da ação e ao nível do resultado, abrindo portas à

⁸⁶ PEREIRA LOUREIRO (2013), *op. cit.*, p. 19.

⁸⁷ Cf. MARQUES DA SILVA (2015), *Direito...*, *op. cit.*, p. 275.

⁸⁸ Ac. TRE de 22-02-2022.

⁸⁹ NUNES (2019), *Os problemas...*, *op. cit.*, p. 892. Na mesma linha, PEREIRA, *O “Agente...”*, *op. cit.*, p. 244.

permissão da conduta ilícita do agente, estabelecendo uma neutralização da lesão do bem jurídico que se visa proteger, através da prevalência de um outro bem jurídico, situação que, dado o contexto fáctico, impede a proibição de caracterizar uma determinada conduta típica como ilícita. Em concordância, TAIPA DE CARVALHO escreve que um facto que «constitui um tipo de ilícito, pode, em concreto, por força das circunstâncias em que é praticado, transformar-se num facto justificado, aprovado pela ordem jurídica e, portanto, não ilícito»⁹⁰. Assim, o agente atua ao abrigo de um dever, composto por uma ordem legítima das autoridades competentes, no caso, a concreta ordem que permite a infiltração do agente⁹¹.

Em concreto, quando a única «saída» para uma investigação bem-sucedida neste âmbito passa pelo cometimento de delitos pelo agente, dificilmente não se coloca um cenário de conflito eminente entre interesses ou bens jurídicos preponderantes, entre eles, os bens jurídicos ameaçados ou mesmo lesados pelas práticas do agente vs. a persecução de uma justiça penal que compreenda os bens jurídicos tutelados pelos ilícitos visados. Assim se perscruta o caminho da *ratio* da norma justificadora, onde o Estado vem permitir que a investigação penal sacrifique, em específicos contextos, certos bens jurídico-penais.

Esta causa de exclusão deve ser acompanhada das regras gerais que regem a ilicitude na comparticipação, previstas no artigo 28.º do CP, uma vez que a ilicitude e a respetiva isenção estão dependentes das qualidades e relações especiais do agente (encoberto), evitando-se, assim, possíveis consequências não queridas pelo legislador. Precisamente por ser outra a intenção legislativa (artigo 28.º, *in fine*), a norma deve ser interpretada no sentido de não podermos estender essas qualidades aos comparticipantes, que atuam conscientes das suas intenções criminosas. Assim entendemos alcançar o comportamento do agente investigador sem se desvirtuar a intenção do legislador que, de certo, não visou a desresponsabilização dos comparticipantes criminais, mantendo intactos os restantes elementos da teoria do crime

⁹⁰ TAIPA DE CARVALHO (2022), *op.cit.*, p. 267. Acrescenta o autor, que «Tal acontece, sempre que o facto formalmente típico seja praticado numa situação a que uma norma jurídica (penal ou não penal) atribua eficácia justificante.», situação em estrita relação com o que acontece com o mencionado artigo 6.º, n.º 1 do RJAÉ.

⁹¹ No ordenamento jurídico italiano, o legislador remeteu, ao prever causas de isenção de responsabilidade criminal no caso do agente encoberto, para a matéria que menciona o cumprimento de um dever enquanto causa de justificação (art. 9.º, n.º 1, da Lei n.º 146 de 16-03-2006, que remete para o art. 51.º do *Codice Penale*).

para os demais participantes⁹², não permitindo que os criminosos beneficiem da causa de exclusão. Cremos ser amplamente justificada a aplicação desta tese, dado que, configurando a ação encoberta um mecanismo de investigação oculta tão especial, é merecedora da construção de um regime que viabilize da forma mais correta as necessidades investigativas.

1.2. Notas adicionais.

Por fim, e não desconsiderando o exposto supra, entendemos que pode o agente encoberto socorrer-se das causas de exclusão da ilicitude, culpa ou da punibilidade gerais, para dirimir a punição que sobre ele impende^{93/94}, sempre que, do contexto fáctico, se entenda que está em causa a proteção do agente encoberto ou de um terceiro, em face de um perigo eminente ou de uma agressão não lícita⁹⁵.

Deste modo, é provável que, em especial no ambiente físico (não nos passando tal situação semelhante no ambiente digital), a vida e integridade física do agente ou de terceiros sejam colocadas em causa, sendo alvo de lesões ou de perigos iminentes. Aqui é certo que não se pode revogar a consideração dessas causas gerais, porquanto o agente poderá lançar mão da previsão da legítima defesa ou dos estados de necessidade justificantes⁹⁶. Consideramos este ponto indiscutível, aplicando ao agente infiltrado as causas gerais de justificação ou exclusão de ilicitude que se observam igualmente para qualquer tipo de agente de um facto típico, sendo-lhe inexigível que atue de outra forma em sede de ameaça ou lesão aos seus bens jurídicos ou de terceiros.

⁹² Contrariamente, ONETO (2005), *op. cit.*, p. 179 e PINTO DE ALBUQUERQUE (2011), *Comentário do Código de Processo...*, *op. cit.*, p. 686, que sublinha que não devem ser «responsáveis os cúmplices nos atos de execução realizados pelo agente encoberto como autor».

⁹³ Também NUNES (2018), *Os Meios...*, *op. cit.*, p. 220 e NUNES (2019), *O Problema...*, *op. cit.*, p. 893, PEREIRA (2005), *op. cit.*, pp. 33 e ss. e COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, *A categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Volume I, Almedina, 2013, p. 746.

⁹⁴ O que acaba por ser, no fundo, a solução Alemã, que vem admitir a exclusão da ilicitude da ação do agente encoberto com fundamento nas causas de justificação gerais (i.e. legítima defesa ou estado de necessidade nos §§32 e 34 StGB) ou da culpa, com base nos fundamentos de desculpa gerais (estado de necessidade previsto no § 35 StGB) cf. NUNES (2019), *O problema...*, *op. cit.*, p. 892, nota 2993.

⁹⁵ No essencial, também o argumento no Direito Alemão citado por NUNES (2019), *O problema...*, *op. cit.*, p. 893, nota 2999.

⁹⁶ Corretamente, ONETO (2005), *op. cit.*, p. 179.

Também mais que identificada está a possível ameaça, no decorrer da utilização das ações encobertas, a direitos constitucionalmente previstos, entre os quais os previstos nos artigos. 190.º, 192.º, 194.º, 199.º, 378.º e 384.º do CP, que correspondem, grosso modo, à inviolabilidade do domicílio e vida privada, da correspondência e telecomunicações e direito à imagem⁹⁷. Ainda que exista uma forte necessidade de atingir estes direitos, nomeadamente no que toca ao registo de vez e imagem, no âmbito das ações encobertas, essa questão tem de ser autorizada autonomamente, uma vez que depende de pressupostos diversos^{98/99}.

2. Os requisitos objetivos da norma de isenção de responsabilidade penal.

2.1. A admissibilidade e legalidade da ação encoberta.

A atuação do agente deve, antes de tudo, desenvolver-se no âmbito de uma ação encoberta digital, o que pressupõe o cumprimento de certos pressupostos de admissibilidade do foro formal e material para que a conduta seja perpetrada sob a mais estrita legalidade.

Começa o RJAЕ por reservar à Polícia Judiciária (art. 1.º, n.º 2) a prossecução investigativa dos ilícitos de maior criminalidade por recurso às ações encobertas digitais (Lei da Organização da Investigação Criminal, Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto). Ainda que as ações encobertas possam não ser desenvolvidas exclusivamente pela Polícia Judiciária, podem sê-lo por funcionários de investigação criminal ou por terceiro, mas é sempre sobre a primeira que incumbe a responsabilidade de controlo da conduta encoberta dos demais. A questão de recurso a terceiros¹⁰⁰ para prossecução destas condutas encobertas é, em nosso entender, complexa, especialmente no que diz respeito ao grau de comprometimento de um

⁹⁷ Cf. COSTA ANDRADE (2009), *Métodos...*, op. cit., p. 541, e PINTO DE ALBUQUERQUE (2011), *Comentário do Código de Processo...*, op. cit., pp. 683-684.

⁹⁸ Com base na Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002, art. 6.º e nos arts. previstos da matéria no CPP. Situação a título de exemplo, já que, no caso da entrada pelo agente, em domicílio de outrem, visado ou terceiro, carece de outros pressupostos que não nos cumpre aqui desenvolver. Conclusão também por força da eliminação, da Proposta de Lei, do artigo 7.º, o qual admitia, no âmbito das ações encobertas, a produção de peças fotográficas e outras, sem ser necessário o consentimento do visado. Esta eliminação obrigou, então, como já se viu, à aplicação do regime geral.

⁹⁹ Assim também, PINTO DE ALBUQUERQUE (2011), *Comentário do Código de Processo...*, op. cit., p. 684.

¹⁰⁰ Ainda que seja uma possibilidade, aqui não nos debruçaremos relativamente à utilização e admissibilidade de *cybercops* por terceiros, reconduzindo-se à criação de programas informáticos robotizados para atuar na vez do agente.

terceiro para com a sociedade e o Estado¹⁰¹. Pode não ser viável a infiltração de um agente da autoridade no ambiente criminoso, sendo necessário o recurso a um civil terceiro¹⁰²; esse que, por um lado, pode não ter estrutura psico-mental suficiente para prosseguir o interesse jurídico-penal de uma forma digna, sendo mais difícil de controlar e pode permitir corromper-se pelas atividades criminosas que persegue a mando da Polícia Judiciária¹⁰³, podendo passar para o âmbito da provocação e/ou prosseguir interesses pessoais, aproveitando-se da atividade da polícia, que passa a conhecer detalhadamente, para estabilizar e fortalecer a sua atividade criminosa¹⁰⁴.

Entendemos que esta opção pode consistir como uma válvula de escape para as autoridades, concedendo-lhes margem de manobra para colocar a seu controlo um terceiro «civil» que, por um lado, pode estar já integrado no meio criminoso (o que a lei não impede, mas sempre se obriga ao seu recurso em caso de extrema necessidade e na inexistência de outra possibilidade¹⁰⁵) e, em especial no caso das ações digitais, pode ter especiais conhecimentos técnicos, o que permite que as autoridades se infiltrem em espaços, normalmente, inacessíveis aos comuns agentes da polícia¹⁰⁶. Neste aspeto, enquanto «homens de confiança», estes sujeitos podem ser de extrema utilidade, porquanto podem já se encontrar embutidos no *milieu* criminoso e vão, conseqüentemente, levantar menos suspeitas em comparação com um total desconhecido que se tenta infiltrar aleatoriamente, garantindo uma maior probabilidade da ação ser bem-sucedida¹⁰⁷. Tudo isto porque já têm consolidado todo um histórico *online* verdadeiro que confere credibilidade, a chamada «pegada digital», que nenhum agente de autoridade pode ter¹⁰⁸.

Mas nem por isso se condena que, sendo a Polícia Judiciária o órgão de investigação criminal por excelência, opte o legislador por abrir espaço à intervenção de terceiros sem

¹⁰¹ Também assim, MAIA COSTA, Eduardo, *Ações encobertas: alguns problemas, algumas sugestões*, in Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 362.

¹⁰² RAMALHO (2017), *Métodos...*, op. cit., p. 298.

¹⁰³ Vide Ac. do TC 14.10.1998.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ RAMALHO (2017), *Métodos...*, op. cit., p. 299.

¹⁰⁶ *Ibid.*, que evidencia a figura dos *hackers*, figura popularizada nos EUA, contratados pela polícia para aplicação dos seus conhecimentos de forma legítima.

¹⁰⁷ NUNES (2019), *O problema...*, op. cit., p. 846 e 847.

¹⁰⁸ DIAS RAMOS (2022), *O Agente...*, op. cit., p. 227.

legislar adequadamente conceitos, o grau e as formas de recurso a essa opção, não deixando claras quais as razões que, eventualmente, tornam necessário que se opte pela contratação de um terceiro, em detrimento da (implícita) insuficiência de um funcionário de investigação criminal. Se muitas vezes se torna inoportuno, para um agente da autoridade, seguir certos trâmites e comportar-se de acordo, que se diz de um terceiro sem formação adequada ao contexto investigatório criminoso que visa auxiliar.

Mais a mais, apenas está prevista a construção de identidade fictícia para os agentes da polícia criminal (art. 5.º, n.º 1, *ex vi* art. 1.º, n.º 2 do RJA), o que leva a que outros agentes encobertos, que não pertençam à Polícia Judiciária, conduzam a sua atividade encoberta através da sua própria identidade. A «nova identidade» depende de despacho do Ministério da Justiça, que, por sua vez, depende de proposta do diretor nacional da Polícia Judiciária (n.º 2 do art. 5.º do RJA) e é válida por períodos de seis meses prorrogáveis e de igual duração (n.º 3). No ambiente informático-digital, permanecendo o agente atrás de um dispositivo, basta manter o seu anonimato através da criação de uma identidade virtual, porventura criando contas de correio eletrónico para sustentar a sua *persona*, atos que não carecem de despacho do Ministério da Justiça¹⁰⁹. Quanto ao catálogo de crimes, as ações encobertas em ambiente informático-digital apenas podem ser levadas a cabo quanto aos crimes previstos no artigo 19.º, n.º 1 da LCC (os quais encontram lugar, na sua medida, no art. 7.º, n.º 2 e 3 da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto).

Deve ainda a ação encoberta em ambiente informático-digital visar a repressão dos crimes anteriormente designados (artigo 19.º, n.º 1, o que se entende pela expressão «no decurso de inquérito» e artigo 3.º, n.º 1, todos do RJA), sendo a LCC omissa quanto à possibilidade das ações serem utilizadas como forma de prevenção). O recurso às ações encobertas em contexto informático-digital depende de autorização do Ministério Público, no âmbito do inquérito, sujeitando-se a ratificação na forma tácita ou na forma expressa proveniente do Juiz de Instrução Criminal (art. 3.º, n.º 3 e 4 do RJA). A utilização de ações encobertas digitais como método oculto de investigação evoca a necessidade de cumprimento do requisito da proporcionalidade em sentido amplo (art. 3.º, n.º 1 do RJA): esta diligência apenas se pode

¹⁰⁹ Bem assim, *Id.*, *Os Meios...*, *op. cit.*, p. 217 e RAMALHO (2017), *Métodos...*, *op. cit.*, p. 305.

considerar legítima se se concluir indispensável para o fim de repressão criminal e descoberta da verdade ou que a prova seria, de qualquer outro modo, impossível ou complicada de obter¹¹⁰, por se entender que outros meios de obtenção de prova menos lesivos não permitem alcançar o fim visado¹¹¹ (princípio da necessidade) e deve atuar mediante um equilíbrio entre a gravidade da ação e a gravidade do crime que se visa reprimir (princípio da proporcionalidade *strictu sensu*).

Finalmente, o agente encoberto está incumbido do dever de relatar os contornos da sua conduta à Polícia Judiciária, esta que transmite a informação em forma de relatório à autoridade judiciária competente, num período não superior a quarenta e oito horas e que apenas é anexado ao processo penal se se considerar imprescindível em matéria de prova¹¹².

2.2. Os atos preparatórios ou de execução.

O legislador retira, inequivocamente, do escopo de responsabilidade penal do agente encoberto todas as condutas que revelem natureza somente preparatória ou de execução de determinado ilícito. Ora, em primeiro, os atos preparatórios, pela sua própria natureza, são temporalmente anteriores à execução de um crime, antecedendo-o e, portanto, não são puníveis por força do artigo 21.º do CP – somos a concluir, primeiro, pela inutilidade da menção expressa da isenção de responsabilidade penal quando o agente pratique atos preparatórios de um ilícito. Esta questão já não se coloca se, inerente à vontade do legislador penal, estiver patente a vontade de tutelar a prossecução de atos preparatórios para determinados ilícitos, tipificando-os de forma autónoma (enquanto atos preparatórios e não enquanto crimes) e atribuindo-lhes uma punição, tudo indicando que está a assumir o perigo que se encontra presente na prossecução desses atos¹¹³, na medida em que as suas ações vão contra o ordenamento social e que apontem com um elevado grau de probabilidade para a concretização do tipo de ilícito, motivando a intervenção penal¹¹⁴. Assim, confrontando este entendimento com o catálogo de crimes previsto no artigo 19.º, n.º 1 da LCC, podemos

¹¹⁰ NUNES (2018), *Os Meios...*, *op. cit.*, p. 208.

¹¹¹ *Ibidem.*, p. 209.

¹¹² *Ibidem.*, p. 218.

¹¹³ Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022, na anotação ao artigo 21.º do CP, nota 4.

¹¹⁴ FIGUEIREDO DIAS (2019), *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 805.

destacar que os atos preparatórios do crime previsto no artigo 3.º-D, por exemplo, são puníveis em geral.

Noutra esteira, o legislador também decidiu não punir as condutas que consubstanciam atos de execução de uma infração, que são atos dotados de «capacidade potencial para a produção do evento criminoso»¹¹⁵, formalmente integrando a ação típica prevista legalmente¹¹⁶ e aferindo-se segundo um juízo *ex ante*. Tomado o teor da norma, *a priori*, somos de afastar do seu escopo todas as infrações que revistam natureza consumada, dado que os atos de execução são elementos da tentativa (art. 22.º, n.º 2 do CP)^{117/118} nos termos em que o agente pratique «atos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se» (art. 22.º, n.º 1 do CP). Este ponto contraria a previsão do crime de pornografia de menores, em que a mera posse de material dessa natureza constitui a consumação do crime (art. 176.º, n.º 1, alínea d) do CP). É por esta razão que se entende, em primeira instância que o legislador reserva a conduta do agente encoberto apenas a ilícitos típicos tentados, por natureza não lhe dando espaço à consumação dos mesmos¹¹⁹. No entanto, não assumimos que tal seja inteiramente verdade, nem que tenha sido intenção do legislador vedar certas condutas ao agente.

Resumir a conduta do agente à forma tentada de um ilícito seria retirar, em grande parte, a força concedida pelo legislador aquando a criação do RJAE. Talvez apenas com condutas na forma tentada o agente não consiga prosseguir o intuito visado pela investigação e, com base no grau de gravidade subjacente, provavelmente, é necessário invocar atos para lá da mera tentativa. Desta feita, entendemos relevante repensar a letra do artigo 6.º do RJAE, por forma a incluir todo o tipo de atos necessários à prossecução da investigação penal, contando que não se excedem os limites da proporcionalidade e o respeito pelos direitos e bens jurídicos.

¹¹⁵ Ac. do TRE de 13-03-2015.

¹¹⁶ MARQUES DA SILVA (2015), *Direito...*, *op. cit.*, pp. 309.

¹¹⁷ ONETO (2005), *op. cit.*, p. 153.

¹¹⁸ FIGUEIREDO DIAS (2019), *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 815.

¹¹⁹ ONETO (2005), *op. cit.*, p. 153.

2.3. A autoria e a comparticipação.

Outro requisito objetivo que se instala neste âmbito é o de que o agente encoberto pode praticar atos preparatórios ou de execução numa qualquer forma de comparticipação que não inclua a instigação ou a autoria mediata. Desta forma, fica claro que não pode o agente determinar outrem à prática de um ato ilícito nem atuar por intermédio de outrem (art. 26.º do CP). No escopo da lei, o legislador incluiu a prática dos atos referidos apenas no âmbito da pluralidade de agentes (os comparticipantes), o que nos remete para a admissibilidade da atuação do agente na forma de coautoria e de cumplicidade (art. 27.º do CP), que, de resto, devem respeito ao princípio de adequação¹²⁰.

Ainda que tal ponto esteja assente e a sua compreensão seja unânime, dificilmente se entende se a intenção legislativa foi a de excluir os atos praticados em autoria singular material, de onde se desencadeia a situação de o agente encoberto consistir no único agente da infração¹²¹, hipótese que o legislador não dirime, de forma alguma, na letra do artigo 6.º do RJAE. Questiona-se da admissibilidade da conduta do agente que, no contexto da sua admissão pelos membros de uma rede *online* privada e circunscrita, é ordenado a enviar elementos que contenham material de pornografia infantil (caindo no escopo do art. 176, n.º 1, alínea c)); ou a praticar o crime de acesso ilegítimo (art. 6.º da LCC), para assim também poder integrar a rede ou, ainda, visando garantir a confiança e ganhar proximidade de algum traficante, comprar droga para alegado consumo (art. n.º 1 da Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro)¹²².

Ora, sendo o agente encoberto motivado a prestar a sua fidelidade e confiança, para com a hierarquia crimínosa que visa integrar, por meio da prática de um tipo de ilícito na forma de autoria material singular¹²³, questionamo-nos se pode o agente ser considerado isento de responsabilidade criminal, tal qual nos casos de coautoria admitidos pelo RJAE.

¹²⁰ Concedendo hipóteses de crimes cometidos na forma de coautoria, para além da cumplicidade, NUNES (2018), *Os meios...*, *op. cit.*, p. 221 e PEREIRA (2005), *op. cit.*, p. 246.

¹²¹ Com este entendimento, entre outros, PEREIRA (2005), *op. cit.*, p. 246.

¹²² Exemplos expostos por RAMALHO (2017), *Métodos...*, *op. cit.*, pp. 306 e 307.

¹²³ É o exemplo da Operação *Firewall* (2004), conduzida pelos Serviços Secretos dos Estados Unidos, onde um agente encoberto conhecido como «*Master Splynter*» se fez passar por um criminoso e se dedicou à compra e venda de dados de cartões de crédito roubados, o que lhe permitiu não só manter a sua credibilidade dentro da

A este respeito surgem linhas de pensamento distintas na doutrina, porquanto RUI PEREIRA¹²⁴ entende, em jeito de salvaguarda, que os crimes autónomos cometidos pelo agente encoberto apenas têm cabimento na letra da lei se inseridos «numa lógica de “comparticipação”» num outro ilícito previsto autonomamente, dando o repetido exemplo da compra de droga para o alegado consumo, que se insere, enquanto forma de participação, no crime de tráfico de estupefacientes.

Inversamente, entende EDUARDO MAIA COSTA¹²⁵ que, sempre que o envolvimento do agente encoberto determine ou, pelo menos, motive o sucesso da investigação, é de admitir a prática de ilícitos na forma de autoria material, contando que se garanta que não se excede, irremediavelmente, o grau necessário de ofensa aos bens jurídicos em causa e se quede vinculado ao princípio da necessidade, não se chegando ao ponto de praticar ofensas pessoais, fora os casos em que seja justificado o recurso à legítima defesa ou estado de necessidade.

Diante das hipóteses, somos a admitir que ambas são justificadas e encontram lugar de forma cumulável, porquanto deve proceder-se e analisar-se de forma casuística e adaptar o procedimento de acordo com os bens jurídicos em causa e as finalidades da investigação. Entendemos que, só cumulando a prática de crimes numa lógica de participação e a prática de crimes na forma de autoria material singular, mediante o preenchimento dos requisitos identificados, se permite o amplo uso das ações encobertas em geral e só assim se faz face à criminalidade grave envolvida¹²⁶, pelo que diferentes graus de perigosidade ou de lesão aos bens jurídicos a proteger devem compreender as adequadas estratégias investigativas, ainda que isso vise admitir um vasto leque de condutas nas formas de autoria material singular e de participação.

Perguntamo-nos o que pode suceder se o grupo privado digital solicitar que o agente encoberto troque com a rede um conjunto de ficheiros com conteúdo de pornografia

rede, como dismantelar a organização «*Shadow Crew*», responsável por roubos de identidade e fraudes de cartões de crédito (disponível em <https://www.secretservice.gov/operationfirewall>).

¹²⁴ PEREIRA (2005), *op. cit.*, p. 246. Também com o mesmo entendimento, ONETO (2005), *op. cit.*, p. 153.

¹²⁵ MAIA COSTA (2014), *op. cit.*, p. 365.

¹²⁶ Também RAMALHO (2017), *Métodos...*, *op. cit.*, p. 307.

infantil¹²⁷. É para nós inquestionável defender sempre condutas que não impliquem o envolvimento de menores (e os bens jurídicos por eles tutelados) durante este processo investigativo oculto, em proteção do direito à infância (art. 69.º da CRP), o que envolve o comprometimento absoluto do Estado na proteção das crianças. Para esta situação hipotética, como bem defende alguma doutrina, a qual aplaudimos, «é pouco relevante que o crime se encontre numa lógica de comparticipação ou que seja condição necessária da infiltração»¹²⁸. Encontrar soluções para estes casos parece-nos um árduo trabalho. Não obstante, repudiamos totalmente a utilização da figura de menores para estes fins, ainda que a título de consentimento dos representantes legais¹²⁹ - casos não faltam em que a disposição arbitrária do controlo, pelos representantes legais, dos bens e direitos dos menores, podem ser lesivos ao seu desenvolvimento. Posto isto, entendemos ser mais viável, nos casos extremamente necessários, a utilização de técnicas de inteligência artificial¹³⁰. Em qualquer caso, consideramos ser necessária a correspondente autorização judicial.

Ainda que concluamos que esta opção é a mais favorável, salvo melhor entendimento, é natural levantarmos questões no âmbito ético e moral¹³¹, porquanto poderemos estar a perpetuar a lesão do que, justamente, queremos proteger¹³² e a permitir a redistribuição de conteúdo que, afinal, espelha a violação dos direitos dos menores. Enfim, concedemos utilizar esta técnica em casos-limite, garantindo que o conteúdo gerado é específico para o fim visado pela investigação, utilizando técnicas informáticas que, por exemplo, possam

¹²⁷ Questão evocada e analisada também por BUENO DE MATA, Federico, *El Agente Encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia, Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal*, A Coruña: Universidade 2012, p. 303, 2012, RAMALHO (2017), *Métodos ocultos*, *ob. cit.*, pp. 307 e 308 e em tudo, MARCELO, Temperini e MACEDO, Maximiliano, *Nuevas herramientas de investigación penal: el agente encubierto digital*, in *Ciberdelitos: aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet*, Editorial B de F, Coord. Mariana Kiefer *et alii*, Montevideo: Editorial B de F, 2016, p. 505.

¹²⁸ RAMALHO (2017), *Métodos...*, *op. cit.*, p. 308.

¹²⁹ Contra RAMALHO (2017), *Métodos...*, *ob. cit.*, p. 308.

¹³⁰ Com os recursos de inteligência artificial ao nosso dispor hoje em dia, existem as ferramentas necessárias para gerar uma imagem ou vídeo a partir do formato de texto (*text to image* ou *text to video*), contando que é um tipo de inteligência artificial que permite a criação de imagens e vídeos para além dos limites ético-legais. Se tais meios são utilizados para geração e criação de conteúdo de nudez falso, ou seja, utilizados para o mal, também o poderão ser para o bem.

¹³¹ V. Anexo I.

¹³² BUENO DE MATA, (2012), *op. cit.*, p. 304.

impedir a partilha infinita dos ficheiros. A reutilização de materiais já difundidos, no âmbito de anteriores intervenções, também pode consistir numa medida¹³³.

Por fim, já não cai no âmbito da isenção de responsabilidade, prevista no artigo 6.º, n.º 1 do RJAÉ, a conduta do agente que pratique ilícitos, em autoria material singular, que não vise os fins da investigação e que seja levada a cabo por motivos pessoais alheios ao processo, seguindo, nesse caso, os trâmites de responsabilidade criminal previstos no CP.

2.3.1. A distinção do conceito de agente provocador.

A análise do regime da responsabilidade penal do agente infiltrado implica um «separar de águas» quanto à admissibilidade dos tipos de agente, recorrentemente debatida e fonte de controvérsia entre autores¹³⁴ e jurisprudencialmente¹³⁵, o que nos remete para a polémica tentativa de distinguir os conceitos de agente encoberto e de agente provocador, este último que totalmente assemelhamos ao conceito de instigador expressamente excluído do âmbito do RJAÉ. A este respeito, bem abordou o TEDH, no caso Teixeira de Castro v. Portugal¹³⁶, contrariamente à jurisprudência dominante do STJ (Ac. de 05-05-1994 que deu lugar a este recurso) os parâmetros que distinguem uma ação encoberta que visa a *infiltração* e uma ação encoberta que visa a *provocação*. Nesse caso, o Tribunal considerou ter existido uma violação da CEDH, particularmente do seu artigo 6.º §1 (direito a um processo equitativo), concluindo que o crime cometido pelo aí arguido, no âmbito do tráfico de estupefacientes, foi gerado de uma consequência direta da atuação dos agentes encobertos, considerados como instigadores em relação a um ilícito que, dificilmente, se materializaria de outra forma¹³⁷ (note-se que, até à data do sucedido, não se encontrava ainda em vigor a lei das ações

¹³³ Em tudo, TEMPERINO, Marcelo e MACEDO, Maximiliano (2016), *op. cit.*, p. 508.

¹³⁴ MARQUES DA SILVA (1994), «Bufos...», *op. cit.*, pp. 27-34.

¹³⁵ É o caso da perplexidade causada na comunidade pelas decisões opostas do STJ, nos seus Acs. de 05-05-94 e de 13-05-1993, onde, para circunstâncias semelhantes, no âmbito do tráfico de droga, indicou, para o primeiro, que a atuação do agente era legítima e, para o segundo, entendeu que a mesma atuação consubstanciou provocação.

¹³⁶ Ac. do TEDH Teixeira de Castro v. Portugal. Também Ac. TRL de 29-11-2006, quanto à distinção dos conceitos. Mais recentemente, na mesma orientação e também relativamente ao tráfico de droga, onde os condenados foram instigados pela conduta dos agentes, distinguindo-se as figuras: o Ac. do TEDH Vanyan v. Rússia, Khudobin v. Rússia e, mais recentemente, Yakhymovych v. Ukraine.

¹³⁷ Cf. §39 do Ac.: «*The necessary inference from these circumstances is that the two police officers did not confine themselves to investigating Mr. Teixeira de Castro's criminal activity in an essentially passive manner, but exercised an influence such as to incite the commission of the offence*».

encobertas como hoje a conhecemos, estando este tipo de ações apenas previsto no art. 52.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de dezembro).

É nestas linhas que se começa a traçar a verdadeira fronteira entre as figuras de agente encoberto e de agente provocador¹³⁸, que se distinguem pelo *modo* de obtenção da prova¹³⁹, de modo que, na ação do agente provocador identificamos, indubitavelmente, a criação, no visado, de uma «intenção criminosa até então inexistente»¹⁴⁰, que incita à consumação do delito por alguém (aqui, agente provocador enquanto instigador, art. 26.º do CP, *in fine*). Quanto à hipótese de agente provocador, MARQUES DA SILVA é claro: apenas numa «concepção aristocrática da sociedade pode considerar-se a provocação ao crime como método legítimo para combate da criminalidade, ao aceitar-se que há pessoas que por natureza são inaptas para o bem e para o respeito da lei e, por isso, que a provocação actua como uma espécie de laboratório para as descobrir»¹⁴¹ (itálico no original).

Fora das hipóteses práticas que se constituem como ações instigadoras, está o caso da simples proposta da prática de um ilícito criminoso¹⁴², porquanto o ato de instigação pressupõe a motivação *decisiva* na sua comissão, por parte do homem de trás, de outrem (o homem da frente) à prática de um crime, da criação na outra pessoa de uma decisão direta à prática de uma infração. É por estes motivos que tem de existir um nexo de causalidade entre a conduta do agente provocador e o facto praticado pelo provocado¹⁴³.

Dado este contexto jurisprudencial, prévio à redação da lei das ações encobertas, é de concluir que o RJAÉ não foi inovador quando, na sua norma substantiva (art. 6.º, n.º 1), deixou clara a necessidade de distinção do conceito de instigação, no âmbito da

¹³⁸ Para desenvolvimentos sobre a história da figura do agente provocador, ONETO (2005), *op. cit.*, pp. 20-26.

¹³⁹ ONETO (2005), *op. cit.*, p. 20.

¹⁴⁰ MAIA COSTA (2014), *op. cit.*, p. 364. No mesmo sentido, COSTA ANDRADE (2009), *Métodos...*, *op. cit.*, p. 537, NUNES (2019), *O problema...*, *op. cit.*, p. 833, FIGUEIREDO DIAS (2019), *Direito Penal*, *op. cit.*, p. 812, HENRIQUES GASPAR (2004), *op. cit.*, p. 46, ONETO (2005), *op. cit.*, p. 145-146, LOUREIRO (2008), *op. cit.*, p. 187. Também os Acs. Teixeira de Castro v. Portugal, Eurofinacom v. França, Furcht v. Alemanha e, mais recentemente, Zinin v. Rússia, todos do TEDH. Ainda o Ac. do STJ de 30-11-2005 e Ac. do TRL de 22-03-2011.

¹⁴¹ MARQUES DA SILVA (1994), «Bufos...», *op. cit.*, p. 62.

¹⁴² Na mesma linha, ONETO (2005), *op. cit.*, p. 149.

¹⁴³ ONETO (2005), *op. cit.*, p. 149 e Acs. Teixeira de Castro v. Portugal, Modesto Sequeira v. Portugal e Eurofinacom v. França, todos do TEDH. Também, Acs. do TC, n.º 76/2001, do STJ de 15-04-2010 e TRP de 07-05-2014.

responsabilidade penal do agente infiltrado, por forma a distanciar, perentoriamente, a utilização da figura do agente provocador no âmbito destas ações, por violação clara dos valores do Estado de Direito¹⁴⁴, neles se inserindo os princípios democrático e da lealdade (arts. 1.º, 2.º e 9.º, al. b) da CRP) e o direito a um processo justo e equitativo¹⁴⁵. Por consequência, toda a prova deste modo obtida é considerada nula, por violação do artigo 126.º, n.º 1 e n.º 2, alínea a) do CPP¹⁴⁶.

Desta feita, é natural concluir que, de cada vez que o sujeito provocado atua sem liberdade nem espontaneidade, passando a incorporar a ofensa criminal derivada de conduta de instigação do agente, estamos a colocar em causa direitos e garantias constitucionalmente protegidos e a subverter a finalidade visada pelo processo penal, que, neste caso, cria o seu próprio objeto¹⁴⁷. Assim, e para os devidos efeitos, o agente encoberto que atua como instigador é considerado como agente provocador e não é permitida a sua utilização no nosso ordenamento jurídico¹⁴⁸. O agente que atue como provocador está, portanto, sujeito às regras gerais de responsabilidade penal, com eventual exclusão de responsabilidade no caso de ausência de duplo dolo no âmbito da tentativa impossível perpetrada pelo provocado¹⁴⁹.

É-nos útil retomar o exemplo dado no ponto anterior. É que se poderá ser considerada como uma «saída» o facto de o agente gerar uma imagem de conteúdo pedopornográfico falsa, pode discutir-se se, afinal, se o agente não está a induzir os visados pela investigação à prática de um ilícito. Cremos que não é o caso, uma vez que o agente não está a motivar outrem à prática do ilícito, mas está ele próprio motivado, para lá do direito penal, a infiltrar-

¹⁴⁴ Recorde-se o Ac. TC n.º 578/98, de 14-11-1998: «é inquestionável a inadmissibilidade da prova obtida por *agente provocador*, pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir. Uma tal desonestidade seria de todo incompatível com o que, num Estado de Direito, se espera que seja o comportamento das autoridades e agentes da justiça penal, que deve pautar-se pelas regras gerais da ética».

¹⁴⁵ Também defendido no caso Teixeira de Castro v. Portugal.

¹⁴⁶ Sentença Tribunal Judicial de Oeiras, de 05-03-1993.

¹⁴⁷ Como expressivamente demarca MARQUES DA SILVA (1994), «Bufos...», *op. cit.*, p. 64.

¹⁴⁸ Assim, não seguimos o entendimento de MONTE, Mário Ferreira, «A Relevância da Actuação dos Agentes Infiltrados ou Provocadores no Processo Penal», in *Scientia Iuridica*, Tomo XLVI, n.º 265/267, Universidade do Minho, 1997, p. 202, que considera que será de aceitar a figura do agente provocador, a regime excecional, mediante o respeito de certos requisitos «quais sejam o da sua actuação ser necessária em concreto, justificada por razões de política criminal e teleologicamente fundada na prevenção, desde que inviolável o princípio da dignidade da pessoa humana».

¹⁴⁹ ONETO (2005), *op. cit.*, p. 138.

se numa rede já estabelecida e predisposta a difundir e a criar conteúdos de pornografia infantil, razão pela qual essa mesma rede provoca o agente a difundir também ficheiros do tipo.

Equacionamos, também no contexto das operações criminais na *Dark Web*, a criação de um fórum ou *site*, por parte das autoridades, que visa o aliciamento de agressores sexuais de menores, atraindo-os para a disseminação e consumo de conteúdo relativo a pornografia infantil. Nesta situação, autores americanos entendem ser útil a distinção entre o ato de *criação* e o ato de *manutenção* de um fórum que visa a proliferação de tal conteúdo¹⁵⁰ – na primeira situação entendem estar perante um agente provocador, pois que o *site* só passa a existir no momento em que o agente o criou; na segunda entendem estar perante a figura de agente encoberto, derivado de se ter infiltrado num *site* pré-existente, no qual já existem ficheiros em circulação e os ilícitos consumados. Não obstante, não entendemos que o direito penal português seguisse o mesmo raciocínio. Cremos que, tanto a criação de um fórum para troca de ficheiros de conteúdo ilícito, como a própria manutenção do *site*, após o ganho de controlo do servidor por parte das autoridades, não constitui provocação por nenhuma via, porquanto o ato de instigar/provocar pressupõe que o agente se dedique, paralelamente, a aliciar novos membros a participar com conteúdo e ficheiros da mesma natureza. Por isto, mantendo-se a estratégia do agente apenas no controlo de um sítio eletrónico, seja pela sua criação e manutenção, seja apenas pela manutenção de um espaço pré-existente, não extravasando a sua atuação para um momento em que passe já a motivar outros a contribuir, não nos permite considerar que tais atos se conformem enquanto provocação. Ainda que permita a perpetuação da violação de direitos de menores, fá-lo com o objetivo concreto de identificar os utilizadores que lá entram e que permanecem, dando a indicação clara da sua predisposição para a partilha e consumo de conteúdos do tipo.

2.4. A proporcionalidade.

Chegados ao último pressuposto que caracteriza a isenção da responsabilidade penal do agente encoberto, é certo que a carência do estrito cumprimento do mesmo vai inviabilizar

¹⁵⁰ Cf. *Policing the Dark Web* (2019), *op. cit.*, p. 13.

toda a investigação levada a cabo. Tal como todas as medidas que se pautam pela restrição de direitos fundamentais, a atividade do agente encoberto deve sujeitar-se ao princípio da proporcionalidade¹⁵¹.

Consagrando o artigo 6.º, n.º 1 uma cláusula geral de proporcionalidade, coloca nas mãos do agente e das autoridades infiltradas o peso da ponderação entre as técnicas investigativas e os direitos e bens jurídicos colocados em causa. Bem andou o legislador quando não optou pela criação de uma lista taxativa de atos admitidos às autoridades infiltradas, fruto do exponencial alargamento de crimes que podem ser investigados a partir deste método. Como tudo tem o reverso da medalha, a verdade é que esta realidade pode criar no agente uma propensão de condutas em grau excessivo, bem como a produção de insegurança e ainda mais volatilidade na sua ação – porém, é de louvar que pode viabilizar uma maior eficácia na investigação¹⁵². Note-se, no entanto, que todo o agente que aja, em proveito próprio, relativamente à investigação, coloca em causa o cumprimento deste requisito, uma vez que atinge direitos e bens jurídicos em prol de uma satisfação pessoal que não é, nem pode ser, objeto visado pela investigação criminal.

A teoria geral do princípio da proporcionalidade *lato sensu* encontra-se intimamente conectada com a utilização deste método de investigação oculta, em especial por força dos princípios que lhes estão inerentes: o princípio da conformidade ou adequação de meios, o princípio da necessidade/exigibilidade e o princípio da justa medida ou proporcionalidade *stricto sensu*.

Deve a ação encoberta ser idónea, e os seus meios aptos, a atingir os objetivos legítimos a que se propõe, considerando a natureza e o grau de gravidade do crime em causa. Na conduta do agente, as estratégias utilizadas têm de ser relevantes para o contexto específico da operação em curso e, mais do que isso, devem basear-se em fundamentos sólidos que justifiquem a exigibilidade ético-social¹⁵³ de «ser razoável impor ao lesado o sacrifício do

¹⁵¹ Sobre a proporcionalidade em Direito Penal, Ac. STJ de 31-03-2011.

¹⁵² Cf. PEREIRA LOUREIRO (2013), *op. cit.*, p. 37.

¹⁵³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilícitude e a Culpa, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, in Jornadas de Direito Criminal, I, Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 62.

seu interesse face à natureza ou ao valor do interesse ameaçado e o interesse a salvaguardar deverá ser superior ao interesse sacrificado»¹⁵⁴, em reminiscência do princípio do interesse preponderante.

Identificamos, no essencial, os requisitos previstos para o recurso ao direito de necessidade (art. 34.º do CP), na medida em que se requer num juízo *ex post* quanto ao meio visado para dirimir o perigo imposto aos bens e interesses em causa, ainda que concedamos a existência de sérias dificuldades de uma avaliação concreta da hierarquia de interesses conflitantes. A perspectiva de prognose póstuma, neste contexto, reflete-se na escolha do agente que optar pela comissão de um ato típico menos oneroso e que permita, da forma mais eficaz e direta, a recolha de prova. Caso se depare com um leque atos típicos e todos igualmente idóneos à prossecução do fim visado pela ação, deve optar o agente por aquele ato típico menos gravoso, com base, não só, na natureza do bem jurídico ameaçado, como na intensidade da lesão do bem jurídico, a exigibilidade temporal, o nível de ameaça e a exigibilidade pessoal do sacrificado¹⁵⁵.

Na prática, sendo suficiente a prática de um ato na forma tentada, apenas fica justificado o ato que dessa forma for praticado; entre os atos de execução, devem optar-se pelos atos da alínea c), em detrimento dos da alínea b), e os desta alínea em detrimento dos da alínea a) do artigo 22.º, n.º 2 do CP¹⁵⁶; por fim, deve, para os termos da proporcionalidade, preferir-se um ato sob a forma de cumplicidade, em comparação com a coautoria, ou um ato que promova apenas um perigo em abstrato para o bem jurídico e não uma lesão concreta¹⁵⁷. Todas estas particularidades permitem, desde que apoiem a eficácia da ação encoberta, cumprir escrupulosamente o princípio da necessidade, em prol da proporcionalidade em sentido amplo.

Chegando-se à conclusão que a medida interventiva é adequada e necessária para alcançar determinado fim, deve-se ainda questionar se daí resulta uma consequência proporcional à

¹⁵⁴ NUNES (2018), *Os Meios...*, *op. cit.*, pp. 220 e 221.

¹⁵⁵ PINTO DE ALBUQUERQUE (2022), *Comentário do Código Penal...*, *op. cit.*, p. 283 e PEREIRA LOUREIRO (2013), *op. cit.*, p. 38.

¹⁵⁶ PINTO DE ALBUQUERQUE (2011), *Comentário do Código de Processo...*, p. 682.

¹⁵⁷ PEREIRA LOUREIRO (2013), *op. cit.*, p. 37.

carga preventiva ou repressiva da investigação – a ideia de «justa medida» ou proporcionalidade em sentido estrito. Quer isto dizer que, nas mãos da justiça penal, representada pelas autoridades e pelo agente encoberto, está o dever – por um lado – de ponderar os interesses ameaçados pelos atos da investigação e os bens jurídico-penais que são colocados em causa, seja pelo nível de perigo ou lesão a que ficam sujeitos e – por outro lado – a salvaguarda da justiça penal¹⁵⁸, diretamente visada pelo Estado. Reitera-se que aqui a justiça penal tem de se submeter a um juízo de ponderação, avaliando se o meio recorrido é desproporcional face ao fim, mediante a ponderação do valor dos interesses em conflito, salvaguardando interesses sensível ou claramente de maior importância, em concreto os bens jurídicos em direto confronto e o nível de perigo que os ameaça (no sentido dado pelo artigo 34.º, al. b) do CP onde a lei vem exigir a aplicação do princípio do interesse preponderante)¹⁵⁹. Dado o contexto da ação encoberta, é decisivo para a causa a análise do interesse na administração eficiente da justiça penal, o peso das finalidades da ação, a gravidade dos ilícitos em causa e a possibilidade da sua perpetuação¹⁶⁰.

Esta causa de exclusão de ilicitude patente no artigo 34.º do CP, tem por fundamento «a maximização da proteção dos bens jurídicos mais importantes por meio de um sacrifício imposto com base na solidariedade entre os membros da comunidade»¹⁶¹, neles se inserindo «quaisquer bens jurídicos, penais ou não penais, individuais ou comunitários, em face do carácter irrestrito da previsão legal»¹⁶².

Por fim, será sempre de rejeitar uma violação do cerne da dignidade humana, que compreende, no seu expoente, os bens jurídicos vida ou integridade física. Noutra esteira, todos os bens que, em termos do grau de dignidade, não se assemelham aos anteriormente mencionados, podem, casuisticamente, ser ameaçados ou lesados, desde que ponderados no contexto em concreto, sendo o caso, por exemplo, dos bens jurídicos patrimoniais¹⁶³. De qualquer forma, o Estado deve ser responsabilizado nos termos civis dos danos causados pela

¹⁵⁸ *Ibidem.*, p. 39.

¹⁵⁹ Ac. TRL de 21-04-2021. Na mesma esteira, FIGUEIREDO DIAS (2019), *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 445.

¹⁶⁰ PEREIRA LOUREIRO (2013), *op. cit.*, p. 39.

¹⁶¹ PINTO DE ALBUQUERQUE (2011), *Comentário do Código Penal...*, p. 158.

¹⁶² PINTO DE ALBUQUERQUE (2022), *Comentário do Código Penal...*, *op. cit.*, p. 280.

¹⁶³ Bem assim, ONETO (2005), *op. cit.*, p. 181.

atividade encoberta, «nos termos gerais de responsabilidade por atos da função jurisdicional»¹⁶⁴.

¹⁶⁴ PINTO DE ALBUQUERQUE (2011), *Comentário do Código de Processo ...*, *op. cit.*, p. 682 e ONETO (2005), *op. cit.*, p. 186.

CONCLUSÃO

Aqui chegados, concedemos a importância das ações encobertas e não descuramos o trabalho empreendido pelo legislador na construção do regime geral. Em contrapartida, reiteramos a nossa perspectiva de completo desleixo, também do legislador, na simples remissão do artigo 19.º da LCC para o RJAÉ, a qual deixa muito (bastante!) a desejar, porquanto deixa totalmente nas mãos do aplicador uma série de questões complexas e polémicas, que não se resolvem com a subsunção do regime das ações encobertas digitais ao regime geral.

Aplicando-se, em tudo o que é aplicável, o regime geral, o mesmo se infere quanto à cláusula de isenção de responsabilidade penal prevista no artigo 6.º, n.º 1 do RJAÉ, na medida em que traduz o cumprimento de um dever imposto pelo Estado e em concordância com o interesse na proteção e salvaguarda da comunidade. Em todas as divergências constantes do contexto digital, propusemo-nos a avaliar a responsabilidade penal que decorre das ações encobertas em ambiente informático-digital, contando com as suas particularidades que trazem questões um tanto ou quanto diversas daquelas que sobressaem no âmbito tradicional.

Entendemos que a redação escolhida para o artigo 6.º, n.º 1 do RJAÉ, apesar de ter visado um maior detalhe na previsão das permissões da conduta ilícita do agente no âmbito da investigação oculta, pecou em demasia quando fez crer que, para o sucesso investigatório das ações encobertas, basta o recurso a infrações penais apenas forma tentada e sob comparticipação. Ora, ainda que tal se possa refletir num custo menos oneroso para os sacrificados visados na investigação, não se demonstra suficiente para prosseguir e atingir, com êxito, os fins próprios das ações encobertas, na medida em que o agente encoberto precisa sempre de construir de forma sólida e credível a sua confiança para com a rede criminosa que visa infiltrar, tanto mais que, no âmbito digital, e estando a infiltração dependente de acessos privados e fortemente restritos, ou sucede ou não tem hipóteses de frequentar a rede.

É a partir destes elementos que consideramos que se deve analisar cada situação de forma casuística e não colocar um parâmetro estanque que, se por um lado não permite o desenrolar de excessos nas ações enveredadas pelos agentes encobertos, por outro, não abre espaço a que este método de investigação oculta seja realmente eficaz e útil. Posto isto, determinadas situações carecem de uma intervenção na forma de autoria material singular, por parte do agente que consuma um determinado ilícito, contando que essa é a única forma de infiltração numa rede criminosa extremamente organizada. Por outro lado, pode o fim visado pela ação bastar-se com um ato na forma tentada e sob comparticipação, o que mantém a eficácia da investigação.

Esta ideia não é senão uma revelação do princípio da proporcionalidade, considerado por nós como o requisito objetivo mais importante no seio da isenção estabelecida pelo RJAÉ e que entendemos ser preponderante na perfilhação da conduta do agente. Desta feita, cumprindo escrupulosamente o âmbito da admissibilidade das ações encobertas, os requisitos de autorização, de organização da investigação e os demais pressupostos jurídico-constitucionais e jurídico-penais, entendemos ser de maior eficácia, em comparação com a atual redação do artigo 6.º, n.º 1 do RJAÉ, o peso constituído pelo princípio da proporcionalidade, também nas suas vertentes de adequação e necessidade, revelado nas considerações *ex ante* à prossecução da ação, na medida em que incumbe às autoridades uma exigência escrupulosa face aos interesses e direitos em jogo, evitando excessos e permitindo aos agentes que atuem na medida estrita do perigo ou da lesão efetiva dos bens jurídicos, sob a permanente égide da segurança comunitária.

Na inexistência de normas específicas para o âmbito das ações encobertas digitais, apenas nos resta propor uma redação para o artigo 6.º do RJAÉ, que, para lá de ser alterado na medida das justificações dadas acima, carece de simplificação para uma melhor compreensão. Assim sendo, deve prever-se que «1. Não é ilícita a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma ação encoberta, pratique atos de uma infração, sempre que esses atos se revelem adequados, necessários e proporcionais às finalidades visadas pela investigação. 2. Fica excluída da isenção do número anterior a prática de atos na forma de instigação e de autoria mediata».

ANEXO I

– Entrevista realizada a autoridades da Polícia Judiciária

1. Nota prévia

No âmbito da presente dissertação, tive o privilégio de dialogar, debater e questionar dois agentes da Polícia Judiciária, com um propósito muito simples: compreender a realidade empírica inerente às ações encobertas, em especial no contexto digital e ainda dissecar o real papel das autoridades, e do próprio agente, no âmbito destas investigações, concretamente no que toca à previsão de isenção de responsabilidade prevista no artigo 6.º, n.º 1 do RJAE.

O principal intuito visado por esta entrevista foi o de enriquecer e expandir a minha pesquisa, tentando transcender a esfera teórica e indagando a minha compreensão relativamente a aspetos empíricos envolvidos neste tipo de investigação.

Durante este processo, os agentes forneceram *insights* valiosos acerca das práticas, desafios e resultados das operações encobertas, guiando-me para uma melhor compreensão das nuances envolvidas através da partilha de experiências em concreto, ilustrando estratégias empregadas, tecnologias em causa e protocolos de conduta e segurança adotados. Além disso, expuseram, da sua perspetiva, implicações do foro ético e legal com as quais se debruçam na sua atividade.

Note-se, que todas as linhas de pensamento e conclusões aqui versadas pertencem **somente** aos agentes entrevistados e em nada alteram o conteúdo da dissertação, nem a nossa opinião, se divergente, não vinculado, de qualquer outra forma, a matéria desenvolvida no âmbito desta tese, muito menos quanto aos aspetos jurídico-penais desconstruídos e traçados acima. Ainda que todos os intervenientes fossem formados em Direito, apesar de tal não constituir um requisito para a formação enquanto agente da Polícia Judiciária, este anexo funcionará apenas como um complemento à nossa pesquisa, porquanto fornece elementos atualizados e detalhados, no âmbito técnico-operacional dos agentes da Polícia Judiciária no contexto das investigações encobertas.

As respostas serão partilhadas através de questões-chave, às quais tive a oportunidade de obter resposta por parte dos agentes envolvidos. Na sua maioria, as respostas foram coincidentes, ou, pelo menos, levantaram as mesmas problemáticas e raciocínio, pelo que não propomos a distinção entre agentes, explanando o entendimento perfilhado por ambos.

2. Pontos principais a retirar da entrevista aos agentes da Polícia Judiciária – Questões-chave

a) Qual o modo de atuação das autoridades no âmbito das ações encobertas e como se processa na prática?

- O agente sempre se move e age rodeado de uma ampla rede, composta por um largo número de membros da Polícia Judiciária, esta que é composta como a «força de resgate em situações limite». Por sua vez, o agente munido da «história de cobertura», desempenha, naturalmente, o papel central na investigação encoberta, idealmente não atuando sozinho nem tomando decisões isoladas e funcionará como o «ponta de lança» de toda a operação. No momento em que é necessária a aplicação das ações encobertas e, aquando a construção da identidade fictícia do agente encoberto, apenas esta identidade é entregue ao Juiz de Instrução Criminal, permanecendo a identidade real do agente oculta para todos e quaisquer efeitos de segurança.

b) Como entende as construções doutrinárias encetadas pelos autores quanto a esta temática?

- Ainda que legítimas em contexto teórico, algumas questões suscitadas pela doutrina não têm por base o contexto empírico, tornando complexas algumas situações que, na prática, são bastante mais simples, pelo menos dentro da realidade do nosso ordenamento jurídico.

Neste contexto, afirmam os agentes, em relação ao RJAE, bem como à previsão constante do artigo 19.º da LCC, que, embora os regimes sejam considerados reduzidos no que toca ao seu conteúdo e que, em primeira instância, pareçam insuficientes para as realidades

complexas que tentam abarcar, a verdade é que, na prática, as estruturas nas quais estão construídas estas ações, bem como as balizas que, por outro lado, as limitam, estão bem definidas. Exemplos destas fronteiras bem delimitadas são, naturalmente, o estrito cumprimento da lei e da autorização que comporta os trâmites da tática encoberta, bem como da salvaguarda imperativa de bens jurídicos, recorrentemente em conflito. Desta feita, sempre que se perspetiva um cenário de ilegalidade, os agentes «saem de cena», pois que para as autoridades, e para o desenrolar das operações, estão bem claros os limites ético-legais.

c) Existem agentes especializados para atuar no foro digital das ações encobertas?

- No âmbito da Polícia Judiciária, existe uma unidade com competência reservada, denominada por UNC3-T, encarregue, entre outras coisas, das investigações cibercriminosas e permanentemente em formação, porquanto há a necessidade de o próprio agente estar preparado para dominar o ciberespaço na sua multiplicidade.

d) Qual o seu entendimento sobre o agente que, de modo a infiltrar-se no milieu criminoso, produz conteúdo pedopornográfico com recurso à inteligência artificial?

- Ainda que possa ser admitido no contexto legal e mediante o preenchimento de requisitos, enquanto agentes e enquanto seres humanos, é censurável o agente que, para se imiscuir na rede digital, cria imagens com recurso a inteligência artificial com vista a dar a ilusão que se trata de conteúdo pedopornográfico. Defendem levantar-se, no mínimo questões morais e éticas, porquanto entendem ser um artifício que, para lá de fraudulento, permitirá a perpetuação de violação de valores.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (disponíveis em <https://www.echr.coe.int/>)

- Ac. do TEDH de 9-06-2021, Zinin v. Russia (n.º 54339/09).
- Ac. do TEDH de 16-12-2021, Yakhymovych v. Ukraine (n.º 23476/15).
- Ac. do TEDH de 23-01-2015, Furcht v. Alemanha (n.º 54648/09).
- Ac. do TEDH de 26-10-2006, Khudobin v. Rússia (n.º 59696/00).
- Ac. do TEDH de 15-12-2005, Vanyan v. Rússia (n.º 53203/99).
- Ac. do TEDH de 7-09-2004, e Eurofinacom v. França (n.º 58753/00).
- Ac. do TEDH de 6-05-2003, Modesto Sequeira v. Portugal (n.º 68445/10).
- Ac. do TEDH de 09-06-1998, Teixeira de Castro v. Portugal (n.º 44/1997/828/1034).

Tribunal Constitucional (disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt)

- Ac. do TC, n.º 76/2001, 14-02-2001 (Guilherme da Fonseca).
- Ac. do TC n.º 578/98, 14-10-1998 (Messias Bento).

Supremo Tribunal de Justiça (disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>)

- Ac. do STJ, de 23-11-2016, Processo n.º 2039/14.0JAPRT.P1S1 (Pires da Graça).
- Ac. do STJ de 15-04-2010, Processo n.º 154/01.9JACBR.C1.S1 (Rodrigues da Costa).
- Ac. do STJ de 30-11-2005, Processo n.º 05P3349 (Sousa Fonte).
- Ac. do STJ de 31-03-2011, Processo n.º 257/10.9YRCBR.S1 (Santos Cabral).
- Ac. do STJ de 05-05-94, Processo n.º 46.385.
- Ac. do STJ de 13-05-1993.

Tribunal da Relação de Lisboa (disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>)

- Ac. do TRL de 21-04-2021, Processo n.º 2129/13.6TAVIS.C1 (Elisa Sales).
- Ac. do TRL de 22-03-2011, Processo n.º 182/09.6JELSB.L1-5 (Nuno Gomes da Silva).
- Ac. do TRL de 29-11-2006, Processo n.º 9060/2006-3 (Carlos Sousa).

Tribunal da Relação do Porto (disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>)

- Ac. do TRP de 7-05-2014, Processo n.º 8292/12.6TDPRT.P1 (Lígia Figueiredo).

Tribunal da Relação de Évora (disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>)

- Ac. do TRE, de 17-03-2015, Processo n.º 144/08.0JAFAR.E1 (Martinho Cardoso).

- Ac. TRE, de 22-02-2022, Processo. n.º 2201/19.9GBABF.E1 (Laura Maurício).

Tribunais Judiciais

- Sentença do Tribunal Judicial de Oeiras, de 05-03-1993, Processo n.º 777/91.

Outras decisões

R. v. Duarte, 1990 CanLII 150 (SCC), (1990) 1 SCR 30, disponível em <https://canlii.ca/t/1fszz>.

BIBLIOGRAFIA

AIRES DE SOUSA, Susana, «Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade económico-financeira», V Jornadas Açorianas de Direito, Revista Julgar n.º 38, 2018.

ALVES MEIRELES, Manuel Augusto, *O Regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Almedina, 2010.

BUENO DE MATA, Federico, *El Agente Encubierto en Internet: mentiras virtuales para alcanzar la justicia, Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal*, A Coruña: Universidade 2012, pp. 295-306.

COSTA ANDRADE, Manuel da,

– *Métodos Ocultos de Investigação (plädoyer para uma teoria geral)*, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?* – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português, Coord. Mário

Ferreira Monte [et.al.], Escola de Direito da Universidade do Minho, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 525-551.

– “*Bruscamente no Verão Passado*”, *A Reforma do Código de Processo Penal, Observações críticas como uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, 137.º ano, n.º 3948, 2007-2008, p. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 134-355.

– *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, *A categoria da punibilidade na Teoria do Crime*, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013.

DÁ MESQUITA, Paulo, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra Editora, 2010.

DIAS RAMOS, Armando,

- *O agente encoberto digital, Meios Especiais e Técnicos de Investigação Criminal*, Almedina, 2022.

- *A Prova Digital em Processo Penal: O Correio Eletrónico*, Chiado Books, 2014.

FERREIRA MONTE, Mário, “A Relevância da Actuação dos Agentes Infiltrados ou Provocadores no Processo Penal”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLVI, n.º 265/267, Universidade do Minho, 1997, pp. 183-202.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

– *et alii, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais – A doutrina geral do crime*, Tomo I, 3.ª Ed., Gestlegal, Coimbra, 2019.

– DIAS, Jorge de Figueiredo, *Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Illicitude e a Culpa, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, in *Jornadas de Direito Criminal*, I, Centro de Estudos Judiciários, 1983, pp. 41-83.

– “Para Uma Reforma Global do Processo Penal Português. Da Sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais”, in *et alii, Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, Almedina, 1983.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim Gomes e **VITAL MOREIRA**, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007.

GONÇALVES, Fernando *et alii*, *O Agente Infiltrado versus o Agente Provocador – Os Princípios do Processo Penal*, Lei e Crime, Coimbra: Almedina, 2001.

HENRIQUES GASPAR, António Henriques *et alii*, *As ações encobertas e o Processo Penal – Questões sobre a prova e o processo equitativo, Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2004, p. 43-53.

LOUREIRO, Joaquim, *Agente infiltrado? Agente provocador!: reflexões sobre o 1.º acórdão do T.E.D. Homem – 9 junho 1998: condenação do estado português*, Almedina, Coimbra, 2007.

MAIA COSTA, Eduardo, *Ações encobertas: alguns problemas, algumas sugestões*, in Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, pp. 357-369.

MARCELO, Temperini e **MACEDO**, Maximiliano, *Nuevas herramientas de investigación penal: el agente encubierto digital*, in *Cibercrimen: aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet*, Coord. Mariana Kiefer *et alii*, Montevideo: Editorial B de F, 2016, pp. 481-514.

MARQUES DA SILVA, Germano

– *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.

– «Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos – Os princípios democrático e da lealdade em processo penal», in *Direito e Justiça*, Vol. VIII, Tomo 2, 1994, pp. 27-34.

NEVES, Rita Castanheira, *As ingerências nas comunicações eletrónicas em processo penal: Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova*, Coimbra Editora, 2011.

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues

– *O problema da admissibilidade dos métodos “ocultos” de investigação criminal como instrumento de resposta à criminalidade organizada*, Gestlegal, Coimbra, 2019.

– *Os meios de obtenção de prova previstos na lei do cibercrime*, Gestlegal, Coimbra, 2018.

ONETO, Isabel, *O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PEREIRA, Rui, *O “Agente Encoberto” na ordem jurídica portuguesa*, I Congresso de Processo Penal, Coord. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente *et alii*, Almedina, 2005, pp. 225-256.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo

– *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022.

– *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, 4.^a Edição atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.

– *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a edição atualizada, Universidade Católica Portuguesa Editora, maio de 2011.

PRATA, Ana *et alii*, *Dicionário Jurídico, Direito Penal e Direito Processual Penal*, 2.^a Ed., Vol. II, 2008.

SALLIS, Ezequiel, *Desafios de la Investigación de los delitos informáticos en la deep & dark web, Cibercrimen*, coord. Mariana Kiefer, Montevideo: Editorial B de F, 1.ª Ed., 2016.

TAIPA DE CARVALHO, Américo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, setembro 2022.

ARTIGOS

- «Policing the Dark Web: Ethical and Legal Issues», *University of Warwick and TNO, MEDI@4SEC*, Ref. Ares (2019)1666154, 2019 (disponível em <https://ec.europa.eu/research/participants/documents/downloadPublic?documentIds=080166e5c2573eef&appId=PPGMS>).

- Department of Justice, *Online Investigative Principles for Federal Law Enforcement Agents*, 1999 (disponível em <https://info.publicintelligence.net/DoJ-OnlineInvestigations.pdf>).

- DASHORA, Kamini, “Cyber Crime in the Society: Problems and Preventions”, *Journal of Alternative Perspectives in the Social Sciences*, Vol, 3, N.º 1, 2011, p. 242 e 243.

DISSERTAÇÕES

PEREIRA LOUREIRO, Nuno Miguel Bonita, *A responsabilidade penal do agente encoberto*, Mestrado em Direito Criminal, Dissertação, Universidade Católica Portuguesa, maio de 2013.

MANN, Diana Calazans, *Infiltração digital: a validade como meio de prova e os limites éticos do Estado-investigador*, Mestrado Não Integrado em Ciências Policiais, Especialização em Criminologia e Investigação Criminal, Dissertação, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna – ISCPSP, Lisboa, 2018.

RAMALHO, David Silva, *A investigação criminal na Dark Web*, Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Relatório, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011/2012.

OUTRAS REFERÊNCIAS

Proposta de Lei n.º 79/VIII, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=18560>.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, 19 de fevereiro de 2020, Bruxelas
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0066&from=EN>

Relatório Ética & Direito – Problemas Ético-Morais, Centro Nacional de Cibersegurança PORTUGAL
<https://www.cncs.gov.pt/pt/problemas-etico-morais/>

O que é um endereço IP?
<https://www.avast.com/pt-br/c-what-is-an-ip-address>

Operation Firewall
<https://www.secretservice.gov/operationfirewall>