

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito | Escola de Lisboa



A FIGURA DO AGENTE ENCOBERTO
NO MUNDO DIGITAL:
DESAFIOS E OBSTÁCULOS À NECESSÁRIA
INVERSÃO DE PARADIGMA

Francisca Maria Sanches de Almeida

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Direito Forense, sob a
orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa, Outubro de 2023

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito | Escola de Lisboa



A FIGURA DO AGENTE ENCOBERTO
NO MUNDO DIGITAL:
DESAFIOS E OBSTÁCULOS À NECESSÁRIA
INVERSÃO DE PARADIGMA

Francisca Maria Sanches de Almeida

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Direito Forense, sob a
orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa, Outubro de 2023

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, pela orientação pautada pela disponibilidade, rigor científico e partilha de conhecimentos.

À Bárbara e à Beatriz, por representarem o verdadeiro significado de amizade.

À minha família, em particular aos meus pais e ao meu irmão, pelo apoio incondicional e pelos valores e ensinamentos transmitidos.

Ao António, pelo companheirismo e por acreditar sempre em mim.

RESUMO

A investigação criminal está em contínua mutação em virtude da evolução tecnológica, envolvendo novos desafios (ao nível da prevenção e investigação criminal) e implicando que o direito atue em conformidade. Atualmente, os métodos de investigação tradicionais afiguram-se incapazes de dar resposta à “nova” criminalidade, que surge cada vez mais especializada, organizada e de especial gravidade, originando a necessidade de recorrer aos métodos ocultos de investigação criminal.

O Regime Jurídico das Ações Encobertas para fins de prevenção e investigação criminal (Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto), objeto de reflexão desta dissertação, surgiu precisamente como um dos mecanismos de resposta por parte do Estado a este novo paradigma mundial, principalmente no que se refere ao combate à criminalidade organizada, violenta, transnacional e internacional.

Não obstante, tem-se assistido paulatinamente a um aumento da complexidade e sofisticação das organizações criminosas que recorrem às novas tecnologias para perpetrar as suas atividades ilícitas. Com a proliferação da *Internet*, o *ciberespaço* apareceu e propiciou, não só o surgimento de novas formas de criminalidade, como o desenvolvimento da criminalidade já existente. O legislador viu-se, pois, impelido a adaptar a legislação existente à legislação sobre a criminalidade informática, tendo, por isso, surgido a Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro), onde se regulam as ações encobertas digitais no seu artigo 19.º.

Neste sentido, procuramos fazer um breve enquadramento das ações encobertas, analisamos cuidadosamente os supra mencionados regimes legais e propomo-nos a responder às seguintes questões: como é que se poderão/deverão articular estes diplomas legais? A aplicação, por analogia, do regime previsto na Lei n.º 101/2001 às lacunas da Lei n.º 109/2009 afigura-se como suficiente para regular o *modus operandi* do agente encoberto digital? Ou, pelo contrário, deverá existir uma regulamentação autónoma das ações encobertas digitais? Qual o futuro das ações encobertas? Em que medida é que a inteligência artificial generativa poderá contribuir para a atuação do agente encoberto?

Ambicionamos assim, com a necessária humildade científica, contribuir para que se impulsionem os necessários ventos de mudança da era digital e que se consiga operacionalizar melhor a aplicação deste método oculto de investigação criminal.

PALAVRAS - CHAVE: regime jurídico das ações encobertas; lei do cibercrime; agente encoberto digital; métodos ocultos de investigação criminal.

ABSTRACT

Criminal investigation is constantly changing due to continuous technological developments, posing new challenges (in terms of crime prevention and investigation) and requiring the law to respond accordingly. Nowadays, traditional investigative methods seem unable to respond to the "new" crime, which is becoming increasingly specialized, organized, and particularly serious, thus giving rise to the need to resort to covert investigative methods.

The Legal Framework for Undercover Actions for the Purposes of Criminal Prevention and Investigation (Law n.º 101/2001, of August 25), which is the subject of this dissertation, emerged precisely as one of the mechanisms for the state to respond to this new global paradigm, especially with regard to combating organized and violent crime.

Nevertheless, there has been a gradual increase in the complexity and sophistication of criminal organizations that use new technologies to carry out their illegal activities. With the spread of the Internet, cyberspace emerged, leading not only to new forms of crime but also to the development of existing crimes. Therefore, the legislature was compelled to adapt the existing legislation to the legislation on cybercrime, which led to the creation of the Cybercrime Law (Law n.º 109/2009, of September 15), which regulates digital covert actions in Article 19.

With this in mind, we have tried to provide a brief framework for covert actions, carefully analyzed the aforementioned legal regimes, and set out to answer the following questions: how can/should these laws be combined? Is the application, by analogy, of the regime laid down in Law n.º 101/2001 to the gaps in Law n.º 109/2009 sufficient to regulate the *modus operandi* of the digital undercover agent? Or, on the contrary, should there be autonomous regulation of digital covert actions? What is the future of covert action? To what extent can generative artificial intelligence contribute to the actions of covert agents?

With all due scientific humility, our aim is to help drive the necessary winds of change in the digital age and to better operationalize the application of this hidden method of criminal investigation.

KEYWORDS: legal regime for undercover actions; cybercrime law; digital undercover agent; hidden methods of criminal investigation

ABREVIATURAS E SIGLAS

AA.VV. – Vários autores

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Art. – Artigo

Cfr. – Conferir

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

Ed. – Edição

GNR – Guarda Nacional Republicana

Ibidem – No mesmo lugar

Idem – Do mesmo

In – Em

N.º/n.ºs – Número/números

P./pp. – Página/páginas

Proc. – Processo

PSP – Polícia de Segurança Pública

RJAE – Regime Jurídico das Ações Encobertas

SEF – Serviços de Estrangeiros e Fronteiras

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRP – Tribunal da Relação do Porto

V.d. – *Vide*

V.g. – Por exemplo

Vol. – Volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO E CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS AÇÕES ENCOBERTAS.....	11
1.1. AÇÕES ENCOBERTAS ENQUANTO MÉTODO OCULTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	11
1.2. AGENTE: ENCOBERTO? INFILTRADO? PROVOCADOR? INFORMADOR? HOMEM DE CONFIANÇA? DENSIFICAÇÃO E DISTINÇÃO DOS AGENTES DE AÇÕES ENCOBERTAS ...	12
CAPÍTULO II – SUPORTE JURÍDICO APLICÁVEL ÀS AÇÕES ENCOBERTAS .	17
2.1. A LEI N.º 101/2001, DE 25 DE AGOSTO.....	18
2.1.1. <i>Competência para realizar ações encobertas</i>	18
2.1.2. <i>Âmbito de aplicação das ações encobertas</i>	21
2.1.3. <i>Os requisitos de aplicabilidade e finalidades das ações encobertas</i>	22
2.1.4. <i>O relato da ação encoberta e o seu valor probatório</i>	26
2.1.5. <i>A atribuição de uma identidade fictícia</i>	31
2.1.6. <i>A isenção de responsabilidade penal do agente encoberto</i>	32
2.2. A LEI N.º 109/2009, DE 15 DE SETEMBRO.....	36
CAPÍTULO III – AÇÃO ENCOBERTA FÍSICA VERSUS AÇÃO ENCOBERTA DIGITAL: SEMELHANÇAS E DISPARIDADES	40
CAPÍTULO IV – O FUTURO DAS AÇÕES ENCOBERTAS DIGITAIS.....	44
4.1. PERSPETIVAS DE SOLUÇÕES NECESSÁRIAS FACE AO ATUAL DESFASAMENTO DA REALIDADE EM RELAÇÃO AO REGIME JURÍDICO VIGENTE	44
4.2. A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL GENERATIVA PARA FINS DE AÇÃO ENCOBERTA	46
CAPÍTULO V – CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52
JURISPRUDÊNCIA.....	56

INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, marcada pela crescente complexidade de ameaças cibernéticas e pela interconexão global das redes de comunicação, a figura do agente encoberto digital surge como um elemento fulcral.

A globalização e o crescimento (qualitativo e quantitativo) da criminalidade potenciou novos desafios e, conseqüentemente, novos problemas. Neste contexto, os métodos de investigação criminal tradicionais mostram-se insuficientes para fazer face à “nova” e especializada criminalidade, obrigando o direito a transformar as soluções anteriormente elaboradas para a criminalidade dita tradicional, adaptando-as à realidade digital.

Surgiram, assim, os métodos ocultos de investigação criminal. Entre eles, o que mereceu a nossa melhor atenção foi o relativo às ações encobertas, que estão consagradas em diversos ordenamentos jurídicos europeus ¹ diferenciando-se em alguns aspetos do regime português. Em Portugal, tal regime encontra-se previsto na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, e, no que diz respeito às ações encobertas digitais, na Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro.

Nos termos do artigo 1.º do Regime Jurídico das Ações Encobertas, esta técnica especial de investigação pode ser desenvolvida por funcionários de investigação criminal ou por terceiros, atuando estes sobre o controlo da Polícia Judiciária. Os agentes que atuam no seio de uma ação encoberta (cuja finalidade é prevenir ou investigar crimes) procuram, através de uma identidade fictícia, recolher informações relevantes à investigação criminal.

Efetivamente, a eficácia que as ações encobertas têm tido para a investigação e prevenção criminais tem sido notória, assumindo-se como um especial contributo na descoberta da verdade material. Aliás, as ações encobertas digitais “têm-se mostrado úteis na resposta ao jogo ilícito, ao tráfico de estupefacientes, à difusão de propaganda extremista e terrorista, à pornografia infantil e à pedofilia online, bem como na infiltração de organizações criminosas” ² – realidades cada vez mais difíceis de combater, principalmente no universo da cibercriminalidade.

Ainda assim, a atuação do agente encoberto não é isenta de dificuldades (referidas pontualmente ao longo da dissertação), consubstanciadas na afetação de direitos,

¹ V.g., Itália, Alemanha, Holanda, Espanha, França.

² NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *Os meios de obtenção de prova na Lei do Cibercrime*, 2.ª ed. Revista e Atualizada, Gestlegal, Coimbra, 2021, p. 433.

liberdades e garantias dos cidadãos visados, ou nas proibições de prova (quando esta não seja obtida de acordo com os requisitos previstos na lei ou em conformidade com os princípios constitucionais).

No entanto, nunca devemos descurar que o agente encoberto deve ser sempre considerado como um método de investigação criminal excecional, que se rege pelo princípio da proporcionalidade *strictu sensu*.

Face ao exposto, no Capítulo I, após breves considerações sobre os métodos ocultos de investigação criminal, debruçar-nos-emos sobre os atores das ações encobertas, destrinchando-os conceptualmente. No Capítulo II, analisaremos, separadamente, os regimes jurídico-legais que suportam as ações encobertas, físicas e digitais, sendo que, no Capítulo III, compararemos as duas realidades. Paralelamente, e não olvidando que a Lei n.º 101/2001 tem mais de vinte anos de existência, faremos no Capítulo IV algumas sugestões e possíveis alterações legislativas. Por fim, abordaremos o caso holandês *Sweetie*, procurando demonstrar o potencial que a inteligência artificial generativa pode ter na atuação do agente encoberto digital.

Em suma, com esta dissertação pretendemos demonstrar a relevância e a eficácia do papel que o agente encoberto pode assumir na abordagem das complexas ameaças impostas pela criminalidade organizada num mundo digital.

CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO E CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS AÇÕES ENCOBERTAS

1.1. Ações encobertas enquanto método oculto de investigação criminal

Vivemos na era informático-digital. A evolução social e tecnológica tem revolucionado e transformado a sociedade hodierna, acarretando mudanças bastante positivas, porém, simultaneamente, negativas.

De facto, a união e a interceção da área da informática com a do direito é cada vez mais visível, apesar de nem sempre existir um acompanhamento ou uma correspondência entre ambas. A verdade é que, perante a conjuntura tecnológica, os meios tradicionais de obtenção de prova tornaram-se desadequados e incapazes de dar resposta à atual “fenomenologia criminal”³, pelo que a investigação criminal se viu compelida a adaptar-se às novas formas de criminalidade que foram sendo criadas, fruto da propagação das novas tecnologias.

Foi precisamente neste contexto que surgiu a necessidade de recorrer a métodos ocultos de investigação criminal (como, por exemplo, as buscas online, escutas telefónicas, video-vigilância ou agentes encobertos, entre outros). Estes métodos ocultos revelam-se paulatinamente mais úteis e eficazes à realização da Justiça (principalmente no que diz respeito à investigação do crime organizado e transnacional⁴), capazes de obter informações probatórias que, de outra forma, não seriam conseguidas (ou seriam de muito mais difícil obtenção, envolvendo um maior gasto de tempo e de recursos).

No entanto, estes métodos “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”⁵. As pessoas afetadas acabam, dessa forma, por “confessar” sem verdadeira consciência livre e esclarecida.

Não podemos, pois, deixar de ter em conta a intromissão que estes métodos implicam em certos direitos fundamentais, como o direito à reserva da vida privada, à não autoincriminação, à autodeterminação informacional, ao sigilo profissional ou ao sigilo das telecomunicações.

³ 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*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 106.

⁴ V.g., tráfico de estupefacientes e de armas, corrupção, branqueamento de capitais, pornografia infantil, entre outros.

⁵ ANDRADE, Manuel Da Costa, “*Bruscamente no Verão Passado*” ..., p. 105.

Ainda assim, a Constituição da República Portuguesa admite, no seu artigo 18.º, n.º 2, a restrição de direitos fundamentais quando for necessário salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Neste âmbito, e nunca descurando os ditames do princípio da proporcionalidade (na vertente da proibição do excesso), poderá justificar-se a limitação do direito à não intromissão na vida privada e à confidencialidade, em prol do direito à segurança e do interesse constitucionalmente protegido referente à administração e realização da justiça penal.

Atente-se que a natureza intrusiva destes métodos pressupõe que estes só sejam aplicados excecionalmente e subsidiariamente. Isto significa que só se recorrerá a este tipo de métodos quando todos os outros meios de obtenção de prova falharem e /ou não forem capazes de prosseguir com os interesses da investigação, pois, caso contrário, deverá optar-se por um meio menos gravoso e simultaneamente adequado a esses interesses. Complementarmente, estes métodos também se devem revelar proporcionais entre os direitos e bens jurídicos sacrificados e a prova obtida através dos mesmos.

Em suma, cumprido que seja o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade *strictu sensu*, as ações encobertas constituem um método oculto de obtenção de prova legítimo e válido.

1.2. Agente: encoberto? infiltrado? provocador? Informador? Homem de confiança? Densificação e distinção dos agentes de ações encobertas

A análise das ações encobertas requer necessariamente a densificação e desmistificação entre os vários atores que as praticam. Nesse sentido, debruçar-nos-emos sobre as figuras do agente encoberto, agente infiltrado, agente provocador, informador e, ainda, sobre o homem de confiança.

Ora, o aspeto que tem dividido a doutrina é o facto de saber se existe ou não correspondência e sobreposição conceptual entre o agente encoberto e o agente infiltrado.

Efetivamente, há quem considere que existe antinomia entre os dois termos: DAVID SILVA RAMALHO entende que a distinção entre agente encoberto e agente infiltrado aparenta ser inútil e é geradora de confusão⁶; ISABEL ONETO também não concorda

⁶ RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Editora Almedina, Coimbra, 2017, p. 289.

com a distinção, porém, considera que, caso se distinguísse, o agente encoberto seria uma “*sub-espécie*” do agente infiltrado ⁷.

No entanto, há quem defenda o oposto, designadamente MANUEL ALVES MEIREIS ⁸. De acordo com este autor, a diferença entre as duas figuras reside no facto de o agente encoberto ser um espectador que assiste meramente aos acontecimentos, sem interferir no seu rumo ou sem interagir e ganhar a confiança e amizade daqueles com quem dialoga, limitando-se, assim, a recolher informações e a não contribuir para a consumação do crime – ou seja, sem revelar a sua verdadeira identidade, o agente encoberto frequenta os locais mais propícios à ocorrência de crimes, com vista a obter material probatório (pelo que, independentemente de estar ou não presente, a ordem dos acontecimentos manter-se-ia inalterada); por sua vez, o agente infiltrado, ocultando a sua verdadeira identidade, aproxima-se do suspeito para ganhar a sua confiança e para se poder infiltrar no contexto onde são praticadas as atividades ilícitas e, aí, obter provas e indícios condenatórios suficientes – ou seja, o agente infiltrado, embora esteja integrado no meio criminoso, não instiga à prática do crime, mas também não se limita a ser um mero espectador.

Jurisprudencialmente, utilizam-se, indistintamente, as duas figuras ⁹.

Ora, no nosso ponto de vista, e com o devido respeito, a diferença supra indicada pelo autor MANUEL ALVES MEIREIS acaba por não fazer grande sentido. Devemos, assim, encarar as duas expressões como sinónimas, no sentido em que não existem diferenças relevantes que justifiquem a distinção entre os dois vocábulos. Além do mais, e caso se pugnassem pela destrinça conceptual, tal obrigaria à alteração da legislação, na medida em que a Lei n.º 101/2001 utiliza a terminologia de “encoberto” sem fazer referência ao termo “infiltrado”, pelo que, ter-se-iam de substituir as expressões.

Em face do exposto, recorrer-se-á, ao longo da presente dissertação, à equiparação dos conceitos de agente encoberto e de agente infiltrado, aplicando-se a Lei n.º 101/2001 a ambas as situações ¹⁰.

⁷ ONETO, Isabel, *O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 139.

⁸ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 163; 164; 190.

⁹ Tal como podemos observar, a título exemplificativo, no Ac. do STJ, de 17-04-2015, Proc. n.º 1/13.9YGLSB.S1 (Raul Borges); Ac. do TRG, de 09-01-2023, Proc. n.º 134/18.5JAVRL-N.G1 (António Teixeira).

¹⁰ No mesmo sentido, RAMOS, Armando Dias, *O agente encoberto digital: meios especiais e técnicos de investigação criminal*, Editora Almedina, Coimbra, 2022, p. 56; PEREIRA, Sandra, “A recolha da prova

Destarte, a verdadeira distinção deve operar-se ao nível do agente encoberto e do agente provocador e, no fundo, o papel que se assume na ingerência nos ilícitos criminais: ou seja, se assume um papel passivo (limitando-se a assistir aos acontecimentos), ou um papel ativo (provocando a consumação de um crime). Olhando para esse critério, aquilo que está assente na doutrina portuguesa (e não só) ¹¹ é que o agente provocador vai precipitar o crime, ao passo que o agente encoberto tem um papel passivo e pouco ou nada contributivo para que o crime ocorra. Nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, “a provocação não é apenas informativa, mas sobretudo formativa, não releva o crime e o criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso e, por isso, é contrária à própria finalidade da investigação criminal, uma vez que gera o seu próprio objeto” ¹².

A partir do momento em que o agente provoca a prática do crime já entra no domínio da prova, que é nula, absolutamente proibida (nos termos do artigo 126.º, n.º 2, alínea a), do Código Processo Penal), não sendo admissível a sua utilização no nosso regime jurídico, por se tratar de um meio enganoso de obtenção de prova ¹³. Efetivamente, não faz sentido admitir e valorar em tribunal a prova cuja autoria é do agente provocador, que propicia as condições fácticas para que um terceiro possa executar o crime. Já a atuação do agente encoberto (regulada pela Lei n.º 101/2001) é lícita dado que respeita os limites constitucionais e legais nesta matéria.

Por sua vez, a atuação do agente encoberto, ao ser devidamente planeada e monitorizada, distingue-se, no plano teórico, do mero informador. De acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07-07-2016 ¹⁴, “é denunciante ou informador e não agente encoberto a pessoa que tem conhecimento que alguém planeia a prática de um crime e disso informa a polícia. Integra-se nessa categoria o agente que tendo sido contactado pelo arguido para facilitar ou colaborar na prática de um crime

por agente infiltrado”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Ana Rita Fidalgo [et alii] / (coordenação) Teresa Pizarro Beleza, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Editora Almedina, Coimbra, 2010, p. 143.

¹¹ Neste sentido, v.d., Ac. do STJ, de 27-06-2012, Proc. n.º 127/10.0JABRG.G2.S1 (Santos Cabral); Ac. do STJ, de 20-02-2003, Proc. n.º 02P4510 (Simas Santos).

¹² SILVA, Germano Marques Da, “Bufos infiltrados, provocadores e arrependidos. Os princípios democrático e da lealdade em processo penal”, in *Direito e Justiça*, Vol. VIII, Tomo 2, 1994, p. 29.

¹³ Cfr., ANDRADE, Manuel Da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal* (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 231. Já MONTE, Mário Ferreira, “A relevância da atuação dos agentes infiltrados ou provocadores no Processo Penal”, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Universidade do Minho, Tomo XLVI, n.ºs 265/267, 1997, p. 202, refere que “excecionalmente, porém, o agente provocador será de aceitar se respeitadas certos pressupostos, quais sejam, o da sua atuação 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”.

¹⁴ Ac. do TRP, de 07-07-2016, Proc. n.º 2039/14.0JAPRT.P1 (José Carreto).

planeado, o denuncia à autoridade policial, a qual, a partir daí vigia o desenrolar dos acontecimentos com vista à detenção do autor do crime”. Desta forma, enquanto o agente encoberto é um interveniente processual previsto na lei processual penal e a sua atuação constitui um meio de obtenção de prova, o informador não tem qualquer estatuto processual e a informação por si prestada é processualmente irrelevante e desprovida de valor probatório ¹⁵.

Por fim, relativamente ao conceito de homem de confiança, este abrange “todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais de perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da sua confidencialidade da sua identidade e atividade” ¹⁶. Referimo-nos a pessoas que, independentemente de pertencerem ao mundo criminal, colaboram e cooperam com a Polícia Judiciária, sempre com a segurança de que não terão de depor perante o Juiz sobre os factos ocorridos e de que o investigador não irá revelar a fonte de informação. Note-se, contudo, que “a receção deste tipo de incriminação é, consoante a sua fonte, alvo de validação, devendo ser efetuada uma comprovação, através de outros meios e técnicas investigatórias, da informação fornecida por estes homens de confiança” ¹⁷.

Nos últimos tempos, no âmbito da investigação da criminalidade económico-financeira, têm surgido novas formas da figura “homens de confiança”, destacando-se as figuras do *whistleblower* ¹⁸ e do colaborador premiado ¹⁹ que, apesar de diferentes, se aproximam do agente encoberto. Efetivamente, ambas as figuras partilham, não só do carácter oculto, como da intenção em combater o crime através de uma estratégia de denúncia ou delação para a investigação e repressão criminal. Porém, distinguem-se do agente encoberto,

“pela ausência de planeamento da infiltração no meio criminal. Antes o que se estimula é a denúncia dos factos ilícitos por parte de quem já integra o meio criminal. Ou seja, a recolha da prova torna-se mais fácil por se eliminar uma fase prévia: o processo de acesso ao meio criminal, de ganhar a confiança.

¹⁵ SILVA, Sandra Oliveira E, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo. Considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Editora Almedina, Coimbra, 2018, p. 572.

¹⁶ ANDRADE, Manuel Da Costa, *Sobre as Proibições ...*, p. 220.

¹⁷ RAMOS, Armando Dias, *O agente encoberto digital ...*, p. 59.

¹⁸ Trata-se de um denunciante que reporta as suas “suspeitas ou os conhecimentos que tem sobre a prática de condutas danosas” “no âmbito do seu contexto laboral” – cfr. SIMÕES, Patrick de Pitta, GASPARD, Gilberto, “A (Des)ocultação de informações e o whistleblowing” in *O Whistleblowing em Portugal proteção do denunciante nas organizações*, António João Maia e Patrick de Pitta (coordenação), Edições Almedina, S.A., Coimbra, pp. 190-191.

¹⁹ Pode ser arguido no processo, autor ou cúmplice, que espera receber alguma vantagem ou benefício em troca de colaboração relevante na exposição do crime.

Através do *whistleblower* ou do colaborador premiado, as instâncias criminais trazem até si os elementos probatórios sem necessidade de «sujar as próprias mãos»”²⁰.

²⁰ SOUSA, Susana Aires De, “Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade económico-financeira”, in *Revista JULGAR*, N.º 38, 2019, p. 40.

CAPÍTULO II – SUPORTE JURÍDICO APLICÁVEL ÀS AÇÕES ENCOBERTAS

No ordenamento jurídico português, a primeira referência legal às ações encobertas surgiu com o artigo 52.º, do Decreto-Lei n.º 43/83, de 13 de dezembro, no âmbito da prevenção e repressão do consumo e tráfico ilícito de drogas. De acordo com esse artigo, não se considerava punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito preliminar, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitasse diretamente, ou por intermédio de um terceiro, a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, sendo que o relato desses factos deveria ser junto ao processo no prazo máximo de 24 horas.

Passados dez anos, este diploma foi revogado, tendo o conteúdo desta norma transitado, de forma muito similar, para o artigo 59.º, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro.

Com a Lei n.º 45/96, de 3 de setembro, instituiu-se, pela primeira vez em Portugal, um regime legal “minimamente elaborado”²¹ sobre ações encobertas no âmbito da investigação criminal, tendo-se procedido a um alargamento do conteúdo do mencionado artigo 59.º. Em primeiro lugar, para além do funcionário de investigação criminal, passou a permitir-se que um terceiro, sob o controlo da Polícia Judiciária, e desde que previamente autorizado pela autoridade judiciária competente, num prazo máximo de cinco dias, pudesse atuar no âmbito destas ações. Por sua vez, à possibilidade de aceitar estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, adicionou-se a possibilidade de deter, guardar, transportar e entregar esses produtos. No entanto, essa atuação passou a ter de ser previamente autorizada pela autoridade judiciária competente a proferir no prazo máximo de cinco dias e a conceder por período determinado, a não ser nos casos de urgência, em que a intervenção do agente encoberto deveria ser validada no primeiro dia útil posterior. Ademais, alargou-se o prazo de apresentação do relato à autoridade judiciária competente, tendo passado de 24 para 48 horas.

Porém, as leis supramencionadas foram revogadas em 2001 com a entrada em vigor do atual Regime Jurídico das Ações Encobertas, vertido na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto.

²¹ PEREIRA, Rui, “O «Agente Encoberto» na ordem jurídica portuguesa”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2004, p. 24.

Por fim, esta sucinta nota evolutiva não ficaria completa sem se fazer menção à Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro) que, através do seu artigo 19.º, alargou o âmbito de aplicação das ações encobertas, consagrando a possibilidade de realizar ações encobertas com recurso a meios e dispositivos informático-digitais.

2.1.A Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto

2.1.1. Competência para realizar ações encobertas

Em observância do artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001, as ações encobertas são desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiros ²² (desde que atuem sob o controlo da Polícia Judiciária), com identidade e qualidade oculta. Atente-se que, e ainda que não constem na lei os eventuais visados cujos dados poderão ser obtidos por recurso às ações encobertas, podemos entender (por imposição do princípio da proporcionalidade na vertente de proibição do excesso) que são o arguido, o suspeito, o intermediário e a vítima (desde que, tal como se exige no artigo 187.º, n.º 4, alínea c), do Código Processo Penal, exista consentimento efetivo ou presumido) – dado que se nos afigura que a sua utilização dificilmente será útil relativamente a outros alvos que não estes ²³.

De facto, a competência para realizar as ações encobertas tem suscitado algumas interrogações, nomeadamente a questão de saber quem são os funcionários de investigação criminal e terceiros que podem atuar como agentes encobertos, e, ainda, qual o tipo de controlo que será exercido sobre estes terceiros.

Efetivamente, embora a lei não explicita o conceito de funcionário de investigação criminal, presumimos que poderão ser enquadrados os elementos das forças e serviços de segurança competentes para proceder à investigação criminal. Mas será que todos esses elementos podem atuar enquanto agentes encobertos? Vejamos.

GUEDES VALENTE entende que o conceito de funcionários da investigação criminal abrange exclusivamente os agentes da Polícia Judiciária, excluindo deste conceito os agentes da Polícia de Segurança Pública e da Guarda Nacional Republicana (admitindo a intervenção destes, apenas como terceiros, e sob o controlo da Polícia

²² Esta possibilidade é permitida, tanto em Portugal, como no Reino Unido, Holanda ou Estados Unidos, ao invés do que acontece em Espanha, Itália ou Alemanha.

²³ Cfr., NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *Os meios de obtenção ...*, pp. 475-476.

Judiciária)²⁴; ao passo que EDUARDO MAIA COSTA considera que “funcionários de investigação criminal não são apenas os funcionários de investigação da Polícia Judiciária, mas também todos aquelas que integram outros corpos policiais e neles estão afetos a funções de investigação criminal (PSP, GNR e SEF, este apenas no domínio dos crimes relacionados com imigração ilegal praticados por associações criminosas)”²⁵.

Não obstante, consideramos que se deverá proceder a uma interpretação um pouco mais alargada deste conceito de funcionários de investigação criminal, não reduzindo apenas à Polícia Judiciária (na esteira do pensamento de GUEDES VALENTE), mas alargando-o igualmente aos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras (tal como defende PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE²⁶), por força do estatuído no artigo 188.º da Lei n.º 23/2007, de 04 de julho (regime jurídico da entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional).

Este entendimento baseia-se no facto de a Polícia Judiciária, órgão de investigação criminal por excelência, ser quem detém a competência exclusiva para a investigação dos crimes elencados no artigo 2.º da Lei n.º 101/2001, como resulta do estatuído nos n.ºs 2 e 3, do artigo 7.º, da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto (Lei de Organização da Investigação Criminal). Para além disso, caso o legislador tivesse querido admitir o alargamento do conceito de funcionário de investigação criminal à Polícia de Segurança Pública e à Guarda Nacional Republicana, “não teria, certa e expressamente, estabelecido no n.º 2 do art. 1.º que o terceiro haveria de atuar apenas sob o controlo da Polícia Judiciária, mas também sob o controlo da PSP ou GNR, consoante os casos”²⁷.

E, ao abrigo do artigo 188.º da Lei n.º 23/2007, de 04 de julho, cremos ser de admitir a realização de ações encobertas pelos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras, mas apenas no que diz respeito aos casos de imigração ilegal em que estejam envolvidas associações criminosas.

Contudo, como sabemos, com a decidida extinção dos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras prevista para este ano, defendemos que a Polícia Judiciária deverá ser a única

²⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, 5.ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2017, pp. 588-589.

²⁵ COSTA, Eduardo Maia, “Ações encobertas (Alguns problemas, algumas soluções)”, in AA.VV, *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Mauricio*, (organização: Maria João Antunes, com a colaboração de Marta Cavaleira), 1.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 362.

²⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, anotação ao Art. 249.º, p. 681.

²⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito ...*, p. 589.

força de segurança a ser enquadrada como funcionário de investigação criminal neste âmbito.

Por sua vez, subscrevemos a supra mencionada opinião de GUEDES VALENTE, segundo a qual a Polícia de Segurança Pública e a Guarda Nacional Republicana poderão atuar no âmbito das ações encobertas, mas apenas enquanto terceiros e desde que sob o controlo da Polícia Judiciária.

Na verdade, nos termos do artigo 8.º da Lei de Organização da Investigação Criminal, a competência para a investigação criminal pode ser deferida a outros órgãos de polícia criminal. Não obstante, no n.º 2 do referido artigo, estão elencadas exceções a este deferimento, nomeadamente quando a investigação se afigure especialmente complexa, diga respeito à criminalidade altamente organizada, transnacional ou internacional, ou requiera elevados conhecimentos técnicos.

Ora, como já foi referido, as ações encobertas destinam-se precisamente a combater a criminalidade altamente organizada, violenta, transnacional e internacional, para além de que é à Polícia Judiciária a quem cabe investigar os crimes catalogados no Regime Jurídico das Ações Encobertas, que, por sua vez, envolvem elevada complexidade e especificidade técnica.

Destarte, e ainda que a Polícia de Segurança Pública e a Guarda Nacional Republicana sejam órgãos de polícia criminal, entendemos que não estão reunidas as condições para que haja deferimento de competências, pelo que, não vemos que seja defensável considerá-los como funcionários de investigação criminal para efeitos da Lei n.º 101/2001.

Existe, ainda, outra vulnerabilidade na letra da lei, apontada por ISABEL ONETO, que consiste no facto de “a lei não defin[ir] quem pode ser terceiro (ou quem não pode ser terceiro) nem dá indicações sobre o tipo de controlo que será efetuado, nomeadamente em termos de espelhar uma diferente supervisão para o terceiro daquela que se supõe também será exercida sobre o agente da polícia judiciária”²⁸.

Ora, de facto, quem é que pode ser terceiro? Como já referimos, a possibilidade de os agentes da Polícia de Segurança Pública e da Guarda Nacional Republicana participarem enquanto terceiros sob o controlo da Polícia Judiciária não está vedada. Mas não só. Os cidadãos particulares também deverão ser enquadrados como terceiros. Tal prerrogativa pode afigurar-se bastante útil pelo facto de estes poderem deter especiais conhecimentos

²⁸ ONETO, Isabel, *O agente infiltrado* ..., p. 198.

do meio onde vão atuar, pese embora também não seja isenta de dificuldades, no sentido em que os terceiros não só estão mais vulneráveis à possível corrupção, como podem não possuir as características físicas e psicológicas ideais para penetrar na estrutura das organizações criminosas ²⁹.

Face ao supra mencionado, podemos concluir que o artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001 não está cabalmente densificado e esclarecedor. Não obstante, estamos perante um instituto absolutamente excecional e de elevada complexidade, pelo que, pode ter sido a intenção do legislador não concretizar o apuramento do processo de “seleção, formação e supervisão” ³⁰ dos potenciais agentes encobertos.

2.1.2. Âmbito de aplicação das ações encobertas

As ações encobertas estão dirigidas à prevenção ou investigação dos crimes elencados no artigo 2.º da Lei n.º 101/2001 ³¹.

Com esta norma verificamos que o legislador teve a intenção de alargar o âmbito de aplicação das ações encobertas, no sentido em que deixaram de estar circunscritas apenas a crimes de tráfico de estupefacientes e crimes económico-financeiros, como resultava dos diplomas legais anteriores, passando a abranger, também, outro tipo de criminalidade: como a criminalidade grave (*vide*, homicídio, tráfico de pessoas, branqueamento de capitais, entre outros), criminalidade organizada e violenta, criminalidade que tutela bens jurídicos sociais e estatais ou criminalidade cuja prova é de difícil obtenção (*v.g.*, crimes sexuais) ³².

Existe, portanto, um catálogo (taxativo) de crimes em relação aos quais é admissível a utilização deste método oculto de investigação criminal.

Não obstante, encontramos uma exceção a esta regra, presente no artigo 19.º da Lei n.º 109/2009 ³³. De acordo com este artigo, as ações encobertas são admissíveis relativamente aos crimes previstos nos artigos 3.º a 8.º (ou os que virem a ser

²⁹ SOUSA, Paulo Pinto De, “Acções encobertas. Meio enganoso de prova? Agente infiltrado e agente provocador. Outras questões”, *Revista do CEJ*, 2.º Semestre, n.º 14, Editora Almedina, 2010, pp. 233-234.

³⁰ ONETO, Isabel, *O agente infiltrado ...*, p. 84.

³¹ Este artigo foi alvo de atualização por parte do legislador: em 2013 (acrescentou o crime de tráfico de pessoas – alínea e)), em 2015 (aditou os crimes de terrorismo internacional e financiamento de terrorismo à alínea f)) e em 2023 (alterou a letra da alínea f) passando a constar o crime de infrações terroristas, infrações relacionadas com um grupo terrorista, infrações relacionadas com atividades terroristas e financiamento do terrorismo).

³² Cfr., PEREIRA, Rui, “O «Agente Encoberto» na ordem ...”, p. 25.

³³ Objeto de estudo no ponto 2.2.

posteriormente consagrados) da Lei do Cibercrime ³⁴ e também aos “crimes cometidos por meio de um sistema informático, quando lhe corresponda, em abstrato, pena de prisão de máximo superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, o abuso de cartão de garantia ou de cartão, dispositivo ou dados de pagamento, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as infrações económico-financeiras, bem como os crimes consagrados no título IV do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos”.

Concomitantemente, a Lei n.º 101/2001 é aplicável em matéria de cooperação judiciária internacional, pois, conforme o artigo 160.º-B da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto (Lei da cooperação judiciária internacional em matéria penal), equiparam-se, em termos de estatuto e prerrogativas, os funcionários de investigação criminal portugueses aos funcionários de investigação criminal de outros Estados que pretendam desenvolver ações encobertas em território nacional. No entanto, o catálogo não se altera por força do princípio da territorialidade, segundo o qual, em solo português, aplica-se a lei nacional.

Por fim, é importante salientar que não basta que estejamos perante um crime elencado no artigo 2.º da Lei n.º 101/2001 para que possamos recorrer à figura do agente encoberto, sendo simultaneamente necessário que se verifique o cumprimento das finalidades das ações encobertas – explanadas no ponto seguinte.

Acaba, pois, por ter de existir uma concomitância e correlação entre as finalidades (de prevenção e investigação criminal) a que as ações encobertas estão adstritas e o seu âmbito de aplicação, nunca descurando o princípio de *ultima ratio* que rege a Lei n.º 101/2001. Aliás, e tal como BENJAMIM SILVA RODRIGUES denota, “o legislador pretendeu evitar o automatismo «crime catálogo = admissibilidade da ação encoberta»”³⁵.

2.1.3. Os requisitos de aplicabilidade e finalidades das ações encobertas

A admissibilidade das ações encobertas está, ainda, dependente do preenchimento de alguns requisitos ínsitos na própria lei (artigo 3.º da Lei n.º 101/2001) – o que denota uma

³⁴ NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *Os meios de obtenção ...*, p. 455.

³⁵ RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal: Novos Métodos “Científicos” de Investigação Criminal nas Fronteiras das Nossas Crenças*, Tomo VI, 1.ª ed., Rei dos Livros, Lisboa, 2011, p. 383.

intenção do legislador em não exceder, de forma abusiva, a utilização deste tipo de ação, definindo, para isso, os limites para a sua aplicação.

GUEDES VALENTE, sintetiza os requisitos das ações encobertas em quatro pontos: (1) têm que se demonstrar adequadas à prevenção e repressão criminal; (2) devem destinar-se à descoberta de material probatório; (3) têm de ser proporcionais quanto aos fins e quanto à gravidade do crime a investigar; (4) carecem de autorização da autoridade judiciária ³⁶.

PAULO PINTO DE SOUSA, aponta como sendo seis os requisitos essenciais à legalidade da ação encoberta: (1) o carácter excecional da medida, somente adotada quando não exista outro meio de investigação do crime em causa menos gravoso para o/s investigado/s; (2) a necessidade de autorização emitida pela autoridade judiciária; (3) o juízo de proporcionalidade; (4) o requisito de especialidade, relacionado com a existência de indícios suficientes para a imputação de um delito determinado; (5) o requisito da motivação, no sentido em que na autorização da ação encoberta devem constar as razões que conduziram a restringir, pelo menos *a priori*, um direito fundamental pertencente ao/s investigado/s; e (6) o controlo a que a medida deve estar sujeita, exercido pelo Ministério Público e pelo Juiz de Instrução Criminal, durante o período da ação encoberta ³⁷.

Na nossa perspetiva, existem cinco requisitos cumulativos que terão de se verificar para que a legalidade da ação encoberta possa ser aferida: adequação, proporcionalidade, voluntariedade, autorização jurisdicional e excecionalidade.

Conforme estatuído no n.º 1, do artigo 3.º, da Lei n.º 101/2001, “as ações encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação”. Daqui resulta que se estabelece princípio da proporcionalidade em sentido amplo ³⁸ (nas suas dimensões de adequação, necessidade e proporcionalidade em *strictu sensu*) ³⁹.

³⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *O agente infiltrado na investigação e prevenção de crimes de corrupção e branqueamento de capitais*, Coleção Aquilafuente, Universidade de Salamanca, 2002, p. 390.

³⁷ SOUSA, Paulo Pinto De, “Ações encobertas ...”, pp. 236-238.

³⁸ Este princípio determina que qualquer medida processual deve ser proporcional à gravidade do crime e à sanção que previsivelmente venha a ser aplicada em razão da prática do(s) crime(s) indiciado(s) no processo – in SILVA, Germano Marques Da, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 5.ª ed., revista e atualizada, Edição Babel, Lisboa, 2011, p. 362.

³⁹ “A adequação do meio é indissociável da sua necessidade, pois que o meio poderá ser adequado, mas desnecessário. Da mesma forma que, ainda que adequado e necessário, o meio escolhido pode manifestar-se desproporcional à gravidade do crime em investigação” – in ONETO, Isabel, *O agente infiltrado ...*, pp. 187-188.

Com efeito, as ações encobertas têm de se revelar adequadas aos fins a que estão adstritas, nomeadamente à prevenção e investigação criminais identificadas em concreto, pelo que, a ação encoberta deve configurar o meio mais adequado a atingir o fim.

No que à proporcionalidade diz respeito, as ações encobertas devem ser proporcionais em relação às finalidades a que se propõem e à gravidade do crime em investigação. Impõe-se ponderar se a descoberta da verdade material justifica a intromissão nos direitos, liberdades e garantias da pessoa objeto de investigação.

Além do mais, é importante que estes requisitos se conjuguem ainda com o carácter da necessidade, na medida em que as ações encobertas têm de se mostrar, igualmente, necessárias e indispensáveis para efeitos de aquisição de prova e da descoberta da verdade material.

Por outro lado, de acordo com o artigo 3.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001, ninguém pode ser impelido a desenvolver uma ação encoberta. De facto, a voluntariedade assume uma grande importância enquanto requisito, não só pelos riscos e perigos a que o agente encoberto (e respetivos familiares) está sujeito, como pela necessidade de possuir um certo nível de capacitação que assegure o êxito da ação encoberta.

Como quarto requisito, e conforme o disposto no artigo 3.º, n.º 3, da Lei n.º 101/2001, é necessário que as ações encobertas sejam alvo de autorização por parte da autoridade judiciária ⁴⁰. Tal autorização assume uma grande importância nesta matéria, dado que a mesma configura o documento que legaliza a atuação do agente encoberto.

Para além disto, as ações encobertas apresentam carácter excecional, o que significa que só se deverá recorrer à figura do agente encoberto em *ultima ratio*. Note-se, contudo, que quando aludimos ao carácter de *ultima ratio*, referimo-nos em termos lógicos e não em termos cronológicos: a saber, as ações encobertas não estão dependentes do prévio esgotamento de outros meios de obtenção de prova menos lesivos, sendo suficiente que se demonstre a impossibilidade de se obter a prova pretendida com recurso a outros meios de prova ⁴¹. Por outras palavras, a autoridade judiciária competente só deverá emitir a autorização da ação encoberta se não existir outra técnica de investigação criminal adequada e suficiente para reunir o material probatório desejado e não tão lesiva para a esfera jurídica dos investigados.

⁴⁰ De acordo com a art. 1.º, al. b) do CPP, a autoridade judiciária engloba o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público.

⁴¹ NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *Os meios de obtenção ...*, pp. 459-460.

ISABEL ONETO, acrescenta que, para além dos requisitos intrínsecos à própria operação, o recurso à ação encoberta exige a verificação de dois pressupostos: “em primeiro lugar, a existência de *sérios indícios* de que um dos crimes do catálogo foi cometido ou está em vias de ser consumado; em segundo lugar, quando os indícios revelarem igualmente que a sua comissão se enquadra no âmbito de *terrorismo ou criminalidade grave ou altamente violenta*, de acordo com o fundamento teleológico do seu regime jurídico” ⁴².

Aqui chegados, debruçemo-nos agora sobre as finalidades das ações encobertas. Estas visam prosseguir fins de prevenção ⁴³ e de investigação criminal ⁴⁴, sendo que, o legislador, no artigo 3.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 101/2001, estabeleceu diferenças na competência para a iniciativa e decisão de desencadeamento das ações encobertas, conforme as finalidades em causa.

Se a finalidade pretendida for a de investigação criminal (conforme o n.º 3, do artigo 3.º, da Lei n.º 101/2001), então, a realização de uma ação encoberta, na fase de inquérito, depende de prévia autorização do magistrado do Ministério Público, embora seja, obrigatoriamente, comunicada e validada *a posteriori* pelo Juiz de Instrução Criminal. Com efeito, em primeiro lugar o Ministério Público autoriza o desenvolvimento da ação encoberta, para que, posteriormente, tal seja comunicado ao Juiz de Instrução Criminal, o qual tem o prazo de setenta e duas horas para se opor ou para validar (expressa ou tacitamente ⁴⁵) a atuação do agente encoberto.

Por outro lado, caso a ação encoberta se destine à prevenção criminal (conforme os n.ºs 4 e 5, do artigo 3.º, da Lei n.º 101/2001), a iniciativa para a propor (que deverá ocorrer antes da fase de inquérito) já cabe ao Ministério Público, competindo ao Juiz de Instrução Criminal autorizar.

Neste âmbito, questionamos se não deveria constar na lei a obrigatoriedade de o despacho de autorização conter um limite temporal da duração da ação encoberta, dado que, atualmente, a lei é omissa nesse aspeto. A nosso ver, isso seria importante para que

⁴² ONETO, Isabel, *O agente infiltrado* ..., p. 187.

⁴³ A prevenção criminal assenta numa tripla funcionalidade: “função de vigilância, função de prevenção criminal *stricto sensu* e função de restabelecimento da paz jurídica e social” – in VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do Ministério Público e da Polícia: prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humano*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, p. 307.

⁴⁴ Nos termos do artigo 1.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto, a investigação criminal define-se como sendo a atividade que “compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher provas, no âmbito do processo”.

⁴⁵ Se não for proferido despacho de recusa no prazo de setenta e duas horas, a ação encoberta considera-se tacitamente validada.

não existissem arbitrariedades, sendo certo que tal limite poderia ser prorrogável, desde que devidamente fundamentado.

Em suma, as ações encobertas só podem ser desencadeadas quando esteja em causa a prevenção ou investigação de um dos crimes previstos em catálogo e desde que cumpram os requisitos supra identificados e que respeitem princípios, como os da adequação, necessidade e proporcionalidade em *strictu sensu*.

2.1.4. O relato da ação encoberta e o seu valor probatório

Dispõe o artigo 3.º, n.º 6, da Lei n.º 101/2001 que a Polícia Judiciária fará o relato da intervenção do agente encoberto à autoridade judiciária competente, no prazo máximo de quarenta e oito horas após o seu termo.

Ora, por relato, entenda-se o documento que a Polícia Judiciária entrega à autoridade judiciária competente, onde consta toda a atividade investigatória do agente encoberto. No fundo, o relato basear-se-á nas informações que o agente encoberto foi transmitindo, sendo que este agente poderá confirmar o relato e, em caso de alguma questão não ter ficado tão esclarecida, poderá retificá-lo ⁴⁶.

Porém, qual é a entidade judiciária competente para avaliar o relato? Como já referimos, existem diferenças de competência para autorizar as ações encobertas para fins de prevenção ou de investigação criminal. O mesmo sucede na avaliação do relato. Vejamos.

Se estivermos perante uma ação encoberta que seja levada a cabo para fins de prevenção criminal, o relato deverá ser entregue ao Juiz de Instrução Criminal, a quem compete avaliá-lo. Caso estejamos perante uma ação encoberta para fins de investigação criminal, o relato deverá ser, primeiramente, analisado pelo magistrado do Ministério Público e, depois, pelo Juiz de Instrução Criminal. Aliás, e partilhando do entendimento de ISABEL ONETO ⁴⁷ e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE ⁴⁸, mesmo em caso de deferimento tácito, o relato do agente encoberto deverá ser presente ao Juiz de Instrução Criminal.

⁴⁶ ONETO, Isabel, *O agente infiltrado...*, p. 194.

⁴⁷ *Idem*, *Ibidem*, p. 193.

⁴⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De, *Comentário do Código de Processo Penal ...*, anotação ao Art. 249.º, p. 684.

Aqui chegados, debruçemo-nos sobre o conteúdo do artigo 4.º da Lei n.º 101/2001, abrindo a discussão para aferir, em primeiro lugar, quando é que o relato pode ser junto ao processo e, em segundo lugar, se o relato tem ou não valor probatório autónomo.

Ora, no n.º 1, do artigo 4.º, da Lei n.º 101/2001 está plasmado o “princípio da indispensabilidade probatória”⁴⁹, o que significa que a prova recolhida pelo agente encoberto só deverá ser valorada e utilizada para fundar a decisão judicial se se evidenciar absolutamente indispensável à boa decisão da causa, sendo que, nos termos do n.º 2, do artigo 4.º, da Lei n.º 101/2001, a autoridade judiciária pode tomar essa decisão até ao termo da fase de inquérito ou, eventualmente, da fase de instrução.

Neste sentido, parece que a regra é a de não junção ao processo do relato (a não ser nos casos em que este se revele completamente essencial em termos probatórios), justificada pelos elevados riscos que a anexação aos autos poderá acarretar para a segurança do agente encoberto.

Contudo, DAVID SILVA RAMALHO entende que esta opção legislativa é materialmente inconstitucional por violar o artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa⁵⁰. Defende, por isso, que a regra deve ser a da junção do relato ao processo, regra essa que apenas poderá ser postergada no caso de, após uma análise em concreto do caso, existir um sério risco para a segurança do agente. Ou seja, só em casos excecionais é que o relato não deverá ser junto aos autos, garantindo-se o cumprimento do princípio da igualdade de armas⁵¹, enquanto corolário de um processo leal e equitativo.

Não obstante, nós discordamos deste entendimento, não só porque a letra da lei é inequívoca quando refere que o relato só pode ser junto quando se “reputar absolutamente indispensável em termos probatórios”, mas também porque, deste modo, não vemos que possa estar em causa a violação do disposto no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, uma vez que, não sendo junto ao processo, não pode ser apreciado e valorado como meio de prova – ou seja, não sendo anexado ao processo não se colocam em causa os direitos de defesa do arguido investigado.

⁴⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito ...*, p. 599.

⁵⁰ RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos ...*, p. 308.

⁵¹ Consagrado no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, este princípio traduz-se na exigência de existir, tanto para a acusação, com para a defesa, igualdade de oportunidade e de participação constitutiva no processo.

Posto isto, existindo anexação do relato ao processo, qual o seu valor probatório? Tal questão tem suscitado sérias controvérsias doutrinárias, sendo, por isso, oportuno referir a opinião de alguns autores.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE considera que o relato não tem qualquer valor probatório na audiência de julgamento, pois, caso contrário, estar-se-ia a infringir o princípio da imediação, plasmado no artigo 355.º, n.º 1, do Código de Processo Penal. Na opinião deste autor, só o depoimento do agente encoberto pode valer como meio de prova do que ele fez, viu e ouviu, defendendo que o relato não tem, por si só, valor autónomo. Contudo, refere que “as fotos ou outros registos de imagem que possam ter sido juntas ao relato são documentos que podem ser, se colhidos legalmente, valorados na audiência de julgamento” ⁵².

SANDRA OLIVEIRA E SILVA segue a mesma linha de pensamento, defendendo que só a audição do agente encoberto em sede de julgamento valerá como meio de prova, rejeitando a valoração probatória autónoma do relato ⁵³.

Assumindo uma posição contrária, destacamos NIVALDO FILHO, de acordo com o qual a prova resultante da atividade do agente encoberto ínsita no relato assume um valor probatório autónomo, isto é, mesmo que desacompanhado do depoimento do agente, deverá continuar a atribuir-se ao relato qualidade probatória. Não obstante, e embora entenda que o relato vale por si mesmo, não deixa de enfatizar que o depoimento do agente em audiência irá, não só contribuir para o “descobrimento da verdade dos factos sob julgamento”, como também para “robustecer o conteúdo daquele documento”, sem que isso implique a anulação do seu valor probatório ⁵⁴.

Na esteira de ISABEL ONETO, o relato não pode ser visto como a “observação de uma mera formalidade, mas uma peça processual crucial” ⁵⁵.

Ora, o nosso ponto de vista assemelha-se mais ao pensamento de NIVALDO FILHO e ISABEL ONETO. É verdade que, para além de ser um meio de prova autónomo, a atuação do agente encoberto configura também um meio de obtenção de prova. Neste contexto, retirar, em absoluto, o valor probatório do relato desacompanhado do

⁵² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De, *Comentário do Código de Processo Penal ...*, anotação ao Art. 249.º, p. 685.

⁵³ SILVA, Sandra Oliveira E, *Proteção de testemunhas em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 151.

⁵⁴ FILHO, Nivaldo Machado, “O Agente Infiltrado em duelo com o contraditório: aspetos críticos de seu relatório e depoimento”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VIII, N.º 31, julho/setembro, 2017, pp. 113-114.

⁵⁵ ONETO, Isabel, *O agente infiltrado...*, p. 188.

depoimento, argumentando que tal não salvaguarda o princípio da imediação, não se nos afigura suficiente, na medida em que o agente pode sempre vir a ser chamado a depor (nos termos do n.º 3 e 4, do artigo 4.º, do Regime Jurídico das Ações Encobertas).

De facto, os princípios da imediação e do contraditório estão no cerne de algumas posições doutrinárias contestantes do valor probatório autónomo do relato. De acordo com o princípio da imediação, “toda a prova tem de se produzida ou examinada oralmente na audiência e nela discutida também oralmente perante e com a intervenção do tribunal”⁵⁶. Relativamente ao princípio do contraditório, plasmado no artigo 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa, assegura, tanto à acusação, como à defesa, a possibilidade de “a) Conhecer as opiniões, argumentos, e conclusões da outra “parte” e manifestar as suas próprias; b) Indicar os elementos de facto e de direito que fundamentam as suas conclusões e produzir as provas que atestam; c) Participar ativamente na produção e discussão da prova em audiência; d) Exercer uma atividade propulsiva do processo”⁵⁷.

Nesta senda, embora não desconsideremos estes princípios, entendemos que estão assegurados por outra via. No fundo, e principalmente tendo em conta que o relato só pode ser anexado ao processo se for indispensável em termos probatórios, somos defensores de que o relato tem valor probatório autónomo e, em caso de incongruências ou de dúvidas sobre os factos ocorridos ou sobre os factos constantes do relato, a autoridade judiciária competente poderá autorizar o depoimento do agente encoberto⁵⁸ por forma a prestar esclarecimentos e/ou informações adicionais, e, ainda, a permitir que o relato possa ser corroborado, em audiência de julgamento, por outros meios de prova. Com este procedimento, consideramos que os princípios da imediação e do contraditório ficarão devidamente salvaguardados.

Por conseguinte, divergimos daqueles para os quais o relato apenas terá valor probatório em conjugação com o depoimento do agente encoberto, valendo por si mesmo e constituindo um contributo probatório de relevo. Deste modo, para além de ser o documento onde estão registadas e descritas, de forma pormenorizada, todas as informações atinentes à ação encoberta, defendemos que o relato serve de corroboração

⁵⁶ SILVA, Germano Marques Da, *Direito Processual Português, Do Procedimento (Marcha do Processo)*, Vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 212.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 210.

⁵⁸ Note-se, contudo, que deve ser assegurada ao agente encoberto a prerrogativa de se “recusar a comparecer em audiência de julgamento, caso o Estado a que serviu não lhe proporcione os meios e mecanismos de segurança a si e a seus familiares, de modo a assegurar a fiabilidade e a fidedignidade do seu depoimento” – in FILHO, Nivaldo Machado, “O Agente Infiltrado em duelo ...”, p. 114.

ao depoimento do agente, de auxílio na decisão do Juiz (seja ela absolutória ou condenatória), de prova (quer da acusação quer da defesa) e, ainda, de controlo judicial da legalidade da ação encoberta.

No que ao depoimento diz respeito, cabe ainda referir que, ao abrigo do n.º 3, do artigo 4.º, da Lei n.º 101/2001, o agente encoberto pode depor sob a identidade em que atuou sobre os factos objeto da sua atuação. Tal como está preceituado no artigo 4.º, n.º 4, da Lei n.º 101/2001, na eventualidade de o Tribunal determinar, por indispensabilidade de prova, a comparência em audiência de julgamento do agente encoberto, observar-se-á o disposto na segunda parte do n.º 1, do artigo 87.º, do Código de Processo Penal, bem como o disposto na Lei n.º 93/99, de 14 de Julho (Lei de Proteção de Testemunhas) ⁵⁹. Neste sentido, e como refere o Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães, de 09-01-2023 ⁶⁰ :

“Nessas circunstâncias, ao determinar que os agentes encobertos deponham presencialmente na audiência de discussão e julgamento, mesmo com exclusão da publicidade, nos termos do disposto no Artº 87º, nº 1, 2ª parte, do C.P.Penal, o tribunal deve ponderar devidamente o elevado risco de exposição e de retaliação a que os mesmos ficarão sujeitos, nomeadamente por banda dos próprios arguidos e de terceiros, pelo que, nesse enquadramento, deverão depor com recurso à videoconferência, com distorção de voz e imagem, nos termos do disposto nos Artºs. 4º e 5º, da Lei nº 93/99, de 14 de Julho, e com estrita observância do que a propósito se prescreve nos Artºs. 7º e sgts. do mesmo diploma legal.”

Por fim, também tem sido levantada a questão de saber qual a consequência jurídica para a eventualidade de a Polícia Judiciária não entregar o relato pois, de facto, a Lei n.º 101/2001 é omissa quanto a este aspeto.

ISABEL ONETO refere que a inexistência física leva à inexistência jurídica “em obediência ao princípio *quod nullum est nullum producit efectum* (...) pelo que fica afastada a possibilidade de, por essa via, trazer ao processo um meio de prova obtido no decurso dessa ação encoberta”. Na nossa ótica não existe outro caminho que não este, advogando que uma possível solução para que isto não acontecesse seria alargar o prazo estipulado, principalmente tendo em conta a complexidade destas matérias.

⁵⁹ *Maxime*, no artigo 19.º.

⁶⁰ Ac. do TRG, de 09-01-2023, Proc. n.º 134/18.5JAVRL-N.G1 (António Teixeira).

No entanto, consideramos que a consequência já não pode ser esta no caso de a Polícia Judiciária entregar o relato depois de ultrapassado o prazo máximo de quarenta e oito horas. Nesta situação, e recorrendo novamente às palavras de ISABEL ONETO, este incumprimento originará uma irregularidade, embora sanável aquando da validade por parte da autoridade judiciária competente ⁶¹.

2.1.5. A atribuição de uma identidade fictícia

O artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001 indica-nos que os agentes da polícia criminal podem atuar sob identidade fictícia no âmbito de uma ação encoberta. Depreendemos, assim, que esta possibilidade está vedada aos terceiros que atuem sob o controlo da Polícia Judiciária, pelo que, na nossa ótica, apenas os funcionários da investigação criminal estão habilitados a atuar sob identidade fictícia.

Ainda que a lei não indique o significado da identidade fictícia, esta “não se limita ao mero uso de um nome falso, incluindo a emissão, posse e utilização de documentos falsos, celebração de negócios jurídicos (...), contas bancárias, criação de uma nova família e círculo de amigos, criação de sítios e páginas na internet, etc., para criar uma aparência criminosa ao agente infiltrado” ⁶². Com efeito, o verdadeiro propósito da atribuição da identidade fictícia é, para além da óbvia proteção do agente encoberto, permitir que este atue permanentemente sob outra identidade oficial, criando, nos outros, a aparência de genuinidade nos vários aspetos da vida ⁶³.

Por conseguinte, entendemos que esta identidade fictícia pode ser utilizada quer no exercício da concreta investigação, quer genericamente em todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social, sendo válida por um período de seis meses prorrogáveis por períodos de igual duração, nos termos do disposto no n.º 3, do artigo 5.º, da Lei n.º 101/2001.

Por sua vez, esta prerrogativa é atribuída, nos termos do n.º 2, do artigo 5.º, da Lei n.º 101/2001, por despacho do Ministro da Justiça, mediante proposta do Diretor Nacional da Polícia Judiciária. Note-se que, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE critica a intervenção do Ministro da Justiça, pois, no seu entender, isto viola algumas disposições constitucionais, nomeadamente os artigos 203.º, 205.º, n.º 2 e, ainda, 219.º, n.º 1 e 2,

⁶¹ ONETO, Isabel, *O agente infiltrado* ..., p. 198.

⁶² NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *Os meios de obtenção...*, p. 467.

⁶³ RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos* ..., p. 304.

considerando, por isso, que a decisão de autorização deveria competir ao Juiz de Instrução Criminal ⁶⁴.

Cumpre ainda mencionar que, com base no artigo 5.º, n.º 4, da Lei n.º 101/2001, o despacho de atribuição da identidade fictícia é classificado de secreto e deverá incluir a referência à verdadeira identidade do agente encoberto.

2.1.6. A isenção de responsabilidade penal do agente encoberto

O legislador, consciente que a atuação do agente encoberto no contexto de atividade criminosa implica necessariamente a prática de certos atos ⁶⁵ passíveis de responsabilização jurídico-penal, consagrou no artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001, um regime de isenção de responsabilidade penal.

Relativamente à natureza da referida isenção, a maioria da doutrina ⁶⁶ considera que se trata de uma causa de justificação ou de exclusão da ilicitude que se traduz no cumprimento de um dever (Art. 31.º, n.º 2, al. c), do CP). No fundo, e pressupondo que os atos praticados pelo agente encoberto decorrem do cumprimento de um dever *ex officio*, por princípio não haverá lugar à sua responsabilidade jurídico-penal (tudo isto numa lógica de “ponderação de interesses, valores ou bens jurídicos conflitantes” ⁶⁷). Neste sentido, a permissão para que o agente encoberto possa praticar, no seio de uma ação encoberta, factos típicos, decorre de uma “ponderação de valores em conflitos”, sendo que essa conduta “é positivamente valorada pela ordem jurídica e, assim, justificada atendendo às finalidades da ação” ⁶⁸.

Note-se que há quem considere ⁶⁹ que, embora o agente encoberto atue ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude (conforme o artigo 31.º, n.º 2, alínea c), do Código Penal, concretizada no artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001), o Estado poderá vir a ser

⁶⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De, *Comentário do Código de Processo Penal* ..., anotação ao Art. 249.º, p. 683.

⁶⁵ Atos esses que evitam a quebra de confiança por parte do líder da atividade criminosa, criando nestes a convicção de que o agente é “um deles”.

⁶⁶ *V.d.*, entre outros, MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas* ..., p. 164; PEREIRA, Rui, “O «Agente Encoberto» na ordem ...”, p. 30; GONÇAVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador – os Princípios do Processo Penal*, Editora Almedina, Coimbra, 2001, pp. 267-268.

⁶⁷ PEREIRA, Rui, “O «Agente Encoberto» na ordem ...”, p. 30.

⁶⁸ ONETO, Isabel, *O agente infiltrado*..., p. 179.

⁶⁹ *Idem*, *Ibidem*, p. 186; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De, *Comentário do Código de Processo Penal* ..., anotação ao Art. 249.º, p. 686.

responsabilizado civilmente pelos danos (patrimoniais e não patrimoniais) porventura advenientes da atuação do agente encoberto no decorrer da ação encoberta.

Posto isto, chegou o momento de aferir em que termos é que a atuação do agente encoberto, no seio de uma ação encoberta, goza da isenção de responsabilidade jurídico-penal, dado que “haverá que distinguir entre as atuações que, apesar de penalmente relevantes, se constituirão legítimas em face dos objetivos prosseguidos pelas operações encobertas, e aquelas outras que escapam a essa legitimidade e que, por isso, devem ser criminalmente sancionadas” ⁷⁰.

Ora, tal depende da verificação de certos pressupostos consagrados no artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001: a legalidade da ação encoberta, a prática de atos preparatórios ou de execução de um crime sob a forma de comparticipação, e a proporcionalidade entre a conduta do agente encoberto e a finalidade da mesma.

A legalidade da ação encoberta surge como pressuposto da causa de justificação do n.º 1, do artigo 6.º, da Lei n.º 101/2001, dada a menção expressa na letra da lei de que não é punível a conduta do agente encoberto no “âmbito de uma ação encoberta”. Tal traduz a necessidade de a atuação do agente cumprir os requisitos (formais e materiais) prescritos no Regime Jurídico das Ações Encobertas, já previamente analisados.

Por sua vez, o pressuposto de que a conduta do agente deve “consubstanciar a prática de atos preparatórios ou de execução de uma infração” sob a forma de comparticipação, tem suscitado algumas dúvidas.

Antes de mais, atos preparatórios são atos que precedem a execução do crime, com o “fim de facilitar ou preparar a participação do crime a que se dirige a intenção” ⁷¹, e, em princípio, não serão puníveis ao abrigo do artigo 21.º do Código Penal. Logo, se por princípio estes atos não são puníveis, “a exclusão da sua punibilidade só poderá ser entendida com referência aos atos preparatórios que o legislador tipificou autonomamente, havendo, neste caso, que proceder ao confronto com o catálogo de crimes previstos no artigo 2.º do Regime Jurídico das Ações Encobertas, com vista a aferir os casos concretos de não punibilidade do agente” ⁷². Contudo, nos casos em que o agente

⁷⁰ LOUREIRO, Nuno Miguel, “A Responsabilidade penal do agente encoberto”, in *Revista do Ministério Público*, N.º 142, abril-Junho, 2015, p. 91.

⁷¹ SILVA, Germano Marques Da, *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, 2.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 307.

⁷² ONETO, Isabel, *O agente infiltrado...*, p. 152. É o caso dos “art. 271.º do CP relativamente aos crimes previstos no art. 2.º, r) do RJA, os do art. 275.º CP em relação aos crimes do art. 2.º, h) do RJA, e os do art. 2.º, n.º 4 da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, em relação aos crimes do art. 2.º, f) do RJA” – in LOUREIRO, Nuno Miguel, “A Responsabilidade penal...”, pp. 99-100.

encoberto praticar atos preparatórios legalmente puníveis, ainda assim gozará de isenção de responsabilidade por recurso à aplicação da causa de justificação (prevista no artigo 6.º, n.º 1, do Regime Jurídico das Ações Encobertas), estando sempre sujeita à ponderação dos interesses em conflito.

Já os atos de execução são aqueles previstos no artigo 22.º, n.º 2, do Código Penal e, nos termos do n.º 1 do mesmo artigo, são um dos elementos da tentativa acrescidos da decisão de cometer o crime, mas sem o consumir.

Daí que tenha surgido a questão controversa de saber se o legislador pretendeu restringir a atuação do agente encoberto apenas a atos de execução sob a forma tentada. ISABEL ONETO considera que sim, embora critique esta opção legislativa, pois, desse modo, será difícil que o agente encoberto obtenha a confiança dos indivíduos do grupo criminoso ⁷³. Por outro lado, NUNO LOUREIRO entende que não, referindo que, “enquanto atos da realização típica, os atos de execução são atos-meios para a realização do crime (consumado) e, por isso, não são atos exclusivos dos factos tentados, já que também nos consumados o agente pratica atos de execução” ⁷⁴. Para além disso, ainda menciona que, caso fosse permitida apenas a prática de atos de execução sob a forma tentada, “estar-se-ia a excluir a ilicitude dos atos de execução sob a forma de cumplicidade praticados pelo agente encoberto” ⁷⁵, afirmando, ainda, que, se assim fosse, isso resultaria numa “maior restrição à atuação permitida ao agente encoberto no âmbito do RJAÉ do que em relação ao regime anterior (...) que não impunha tal restrição” ⁷⁶.

Ora, nós sufragamos o entendimento de NUNO LOUREIRO pois, para além dos argumentos indicados, caso a opção legislativa se tivesse limitado a factos tentados, isso poderia limitar e comprometer o sucesso da atuação do agente e, desse modo, frustrar as finalidades da ação encoberta.

No que diz respeito à comparticipação, que consiste na realização de um facto ilícito típico em colaboração ou com a participação de diversos agentes, importa destrinçar as suas modalidades: autoria (material e moral) e cumplicidade (material e moral).

Recorrendo às palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, os “autores materiais são os que executam, realizam, *no todo ou em parte*, o facto típico. Se o facto é realizado por mais de uma pessoa, a cada um dos executantes chama-se co-autor

⁷³ ONETO, Isabel, *O agente infiltrado...*, p. 153.

⁷⁴ LOUREIRO, Nuno Miguel, “A Responsabilidade penal...”, p. 100.

⁷⁵ *Idem, Ibidem*, p. 100.

⁷⁶ *Idem, Ibidem*, p. 101.

material”⁷⁷, ao passo que os autores morais causam “*a realização de um crime, utilizando ou fazendo atuar outrem por si* e distinguem-se em *instigadores e autores mediatos*”⁷⁸; já a cumplicidade material “consiste no *auxílio material* prestado por qualquer forma à prática por outrem de um facto doloso”⁷⁹, enquanto a cumplicidade moral é “equivalente ao conselho ou instigação de outrem que não constitua autoria moral, isto é, que não determine outrem à pratica do facto”⁸⁰.

Desta forma, consideramos que ao agente encoberto apenas está vedado atuar enquanto autor moral: não só porque tal resulta expressamente da letra da lei (a conduta do agente encoberto pode consubstanciar a prática de atos preparatórios ou de execução de uma infração sob a forma de comparticipação desde que “diversa da instigação e da autoria mediata”) e, em segundo lugar, porque, se assim não fosse, estar-se-ia a admitir a figura do agente provocador que, como já foi referido, não é permitida no ordenamento jurídico português (sendo até punível), por ser inadmissível à luz dos princípios constitucionais e processuais penais.

Por conseguinte, o agente encoberto pode atuar sob a forma de comparticipação, como autor material, co-autor material, cúmplice moral e material no âmbito de uma ação encoberta, sendo possível praticar atos preparatórios e/ou de execução.

Por fim, como último pressuposto, é preciso que exista proporcionalidade entre a conduta do agente encoberto e a correspondente finalidade. De facto, o legislador volta a reforçar a importância do princípio da proporcionalidade nesta matéria, sujeitando, mais uma vez, a conduta do agente encoberto ao juízo de proporcionalidade, no sentido de entender se a atuação do agente em situações que lesaram ou colocaram em perigo certos bens jurídico-penais foi proporcional ou não – isto porque, caso não tenha sido, obviamente que não beneficiará deste regime de isenção de responsabilidade e, nesse caso, o processo prosseguirá de acordo com o que consta no n.º 2, do artigo 6.º, da Lei n.º 101/2001.

⁷⁷ SILVA, Germano Marques Da, *Direito Penal Português...*, p. 361.

⁷⁸ *Idem, Ibidem*, p. 363.

⁷⁹ *Idem, Ibidem*, p. 373.

⁸⁰ *Idem, Ibidem*, pp. 373-374.

2.2.A Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro

A Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro) transpõe 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 o Cibercrime do Conselho da Europa (adotada em Budapeste em 23 de novembro de 2001).

Antes de mais, cabe referir que a Lei do Cibercrime introduziu uma originalidade legislativa face aos diplomas referidos, dado que incluiu uma norma relativa às ações encobertas (artigo 19.º), formalizando, assim, a par da ação encoberta tradicional (à luz daquilo que existe na Lei n.º 101/2001), uma ação encoberta em ambiente informático-digital.

Note-se, contudo, que esta norma se limita a fazer uma remissão para a Lei n.º 101/2001, não tendo efetuado uma regulamentação adequada da modalidade de ação encoberta digital.

Acresce que nos apercebemos que o catálogo de crimes admissíveis para a aplicação das ações encobertas, em relação ao consagrado na Lei n.º 101/2001, sofreu um alargamento na Lei n.º 109/2009, passando a não estar circunscrito apenas à criminalidade grave. Ora, temos dificuldade em compreender esta relativa “trivialização” das ações encobertas, principalmente pelo facto da intromissão que tais ações implicam na esfera jurídica dos visados, não se justificando o excessivo alargamento das situações passíveis de aplicar este método.

Vejamos.

Conforme o n.º 1, do artigo 19.º, da Lei do Cibercrime, poder-se-á lançar mão das ações encobertas digitais quando, nos termos da alínea a) do mencionado artigo, o objeto de investigação disser respeito aos crimes previstos nos artigos 3.º a 8.º (ou os que virem a ser posteriormente consagrados) da Lei n.º 109/2009 ⁸¹; ou, quando, nos termos da alínea b) do referido artigo, estiverem em causa crimes puníveis com uma pena de prisão de máximo superior a 5 anos, cometidos por meio de um sistema informático ⁸², ou, ainda, aos crimes que, não estando sujeitos a este limite de moldura, sejam dolosos,

⁸¹ NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *Os meios de obtenção ...*, p. 455.

⁸² Note-se que aqui “o cometimento do crime por meio de um sistema informático deverá ser entendido numa aceção ampla, que inclua, *ad latus* da execução do crime, a preparação e o apagamento dos vestígios do crime com utilização de sistemas informáticos” – conforme NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *Os meios de obtenção ...*, p. 457.

nomeadamente os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, crimes como a burla qualificada, burla informática e nas comunicações, o abuso de cartão de garantia ou de cartão, dispositivo ou dados de pagamento, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as infrações económico-financeiras, bem como os crimes consagrados no título IV do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

Por conseguinte, no que se refere à alínea a), do n.º 1, do artigo 19.º, da Lei n.º 109/2009, existe efetivamente um alargamento das ações encobertas a todos os crimes que estejam previstos na presente lei, por forma a incluir aquilo a que chamamos de criminalidade em sentido estrito. Embora percebamos a lógica da sua inclusão, parece-nos que assenta numa ideia de que o cibercrime em sentido estrito apenas está presente na Lei n.º 109/2009 – o que não é verdade, dado que também está presente dentro e fora do Código Penal. Note-se, contudo, que os cibercrimes em sentido estrito previstos fora da Lei n.º 109/2009 também poderão ser objeto de ações encobertas ao abrigo do artigo 19.º, caso preencham os requisitos da alínea b), do n.º 1, do referido artigo.

Já quanto à alínea b), do n.º 1, do artigo 19.º, da Lei n.º 109/2009, o legislador pretendeu alargar a utilização das ações encobertas a crimes de menor gravidade (não só ao nível dos crimes de natureza negligente, como também dos crimes cuja moldura abstrata seja inferior a 5 anos). Com efeito, questionamos se fará sentido estender a aplicação das ações encobertas à criminalidade negligente (ainda que de pena de máximo superior a 5 anos) ou à criminalidade dolosa de pena de prisão inferior a 5 anos, elencada no artigo.

De facto, ao referir que este catálogo de crimes abrange os crimes cometidos por meio de sistemas informáticos puníveis com uma “pena de prisão de máximo superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, (...)”, parece que o legislador quis dizer que os crimes puníveis com pena de prisão de máximo superior a 5 anos podem ser cometidos por negligência. Ou seja, os crimes de pena superior a 5 anos podem ser cometidos dolosamente ou por negligência, ao passo que os aí elencados e puníveis com pena inferior a 5 anos apenas serão abrangidos se cometidos por dolo.

Ora, no nosso ponto de vista, não se justifica que os crimes de tipo ou de natureza negligente sejam alvo de ações encobertas, pois, e ainda que somente sejam aqueles sujeitos ao limite máximo de pena de prisão superior a 5 anos, sabemos que, de acordo com a dogmática jurídico-penal, a natureza subjetiva negligente é tratada de uma forma menos punitiva ou de menor importância relativamente à criminalidade do tipo dolosa.

Por sua vez, será que todos os crimes de pena inferior a 5 anos elencados na alínea b) e cometidos por meio de sistema informático podem/devem ser objeto de ações encobertas digitais? Ou seja, sendo de menor gravidade, justifica-se que este tipo de crimes esteja abrangido na Lei n.º 109/2009? Na nossa perspetiva sim. Apesar do elevado grau de ingerência que este tipo de ações implica na esfera pessoal do visado, parece fazer sentido abranger este tipo de criminalidade, sobretudo a burla qualificada, informática e nas comunicações, pois é principalmente neste campo que as ações encobertas digitais se poderão revelar a peça essencial do desfecho do processo.

Cabe, ainda, proceder à análise do n.º 2, do artigo 19.º, da Lei n.º 109/2009, de acordo com o qual, caso seja necessário o recurso a meios e dispositivos informáticos recorrer-se-á, naquilo que for aplicável, às regras previstas para a interceção de comunicações.

Em primeiro lugar, a lei nada diz sobre quais os meios e dispositivos informáticos admissíveis de utilizar no âmbito das ações encobertas – algo que deveria ser esclarecido pelo legislador. De todo o modo, presumimos que se incluam na norma tanto os meios digitais síncronos (*v.d.*, email, fóruns de discussão – tanto na *surface web* como na *deep web*, mas mais especificamente na *dark web* – ou os mercados online de compra e venda de armas, pornografia infantil, cartões de crédito, entre outros), como os assíncronos (*v.d.*, Whatsapp, Facebook Messenger, Gmail Chat, entre outros).

A título de curiosidade, importa referir que a *surface web* se distingue da *invisible web*.

“A imagem iconográfica para a distinção destas duas realidades é a de um iceberg.

Acima da linha de água, onde a maioria dos utilizadores navega, encontra-se a *surface web*, pesquisável através de motores de busca, tais como o *Google*, *Yahoo*, *Bing*, ou *Sapo*.

Abaixo da linha de água, na *invisible web*, há que distinguir duas zonas: imediatamente abaixo a *Deep Web* (...) e nas profundezas a *Darkweb*. (...)

Na *Deep web* encontramos diversos recursos que utilizamos diariamente como páginas encriptadas de acessos a sistemas bancários, serviços de *webmail* (Gmail, Outlook da Microsoft, Yahoo Mail, entre outros), (...), etc.

Já a *Darkweb*, (...), contém material intencionalmente oculto e é inacessível através de navegadores Web Padrão. Na *Darkweb*, face ao facto de os conteúdos não estarem indexados, é necessário recorrer a software específico. Entre eles figuram o *Freenet* (rede anónima de computadores

que funcionam com armazenamento compartilhado e distribuído), o *I2P* (rede anónima, com uma única camada de rede, na qual os aplicativos de computadores, entre eles, podem usar comunicações criptografadas de ponta-a-ponta), GUNet (aplicação para partilha de ficheiro *peer-to-peer* [P2P] de forma descentralizada e anónima”⁸³.

Feito estes parênteses, em segundo lugar, a regulação por remissão ao regime da interceção de comunicações (regulada no Art. 18.º da Lei n.º 109/2009) tem sido alvo de críticas.

Como ARMANDO DIAS RAMOS evidencia, esta situação “resultou inequivocamente uma confusão de conceitos diferentes numa só situação”, considerando que são “duas realidades distintas e que são incompatíveis quer do ponto de vista dos métodos de obtenção de prova, quer dos distintos regimes processuais em vigor”⁸⁴.

Em suma, e ainda que a Lei n.º 109/2009 tenha iniciado o caminho da necessária mudança, entendemos que a matéria em análise merece um tratamento mais adequado e aprofundado.

⁸³ RAMOS, Armando Dias, *O agente encoberto digital...*, pp. 146-148.

⁸⁴ *Idem, Ibidem*, p. 18.

CAPÍTULO III – AÇÃO ENCOBERTA FÍSICA VERSUS AÇÃO ENCOBERTA DIGITAL: SEMELHANÇAS E DISPARIDADES

Como já foi mencionado, o legislador procedeu à aplicação *mutatis mutandis* ⁸⁵ da Lei n.º 101/2001 ao artigo 19.º da Lei n.º 109/2009.

Será esse raciocínio analógico suficiente para regulamentar as ações encobertas informático-digitais? Vejamos.

Efetivamente, como elementos comuns de ambas as modalidades, cabe referir a “ocultação ativa ou passiva da verdadeira identidade do agente, acompanhada da interação com terceiros através de uma identidade fictícia, tendencialmente destinada a conquistar a sua confiança para mais facilmente recolher a prova” ⁸⁶.

Porém, a identidade fictícia afigura-se, desde logo, como um dos elementos que distingue as duas realidades: na ação encoberta física, o agente encoberto apenas poderá atuar sob uma só identidade fictícia, e nos mesmos termos em que foi autorizada; ao passo que na ação encoberta digital, o agente encoberto pode atuar na mesma ação com várias identidades fictícias ou até pode acontecer que a mesma pessoa fictícia possa ser corporizada por diversos agentes ⁸⁷. Tal sucederá, por exemplo, quando o agente encoberto em ambiente digital,

“(i) participa em várias salas de chat ao mesmo tempo ostentando identidades diferentes na mesma sala ou em salas distintas (numa pode ser o pedófilo e na outra um menor de idade, noutra pode ser o traficante e noutra ainda o comprador de droga), (ii) quando abandona as salas de chat e, num espaço de segundos, retorna com uma ou mais identidades distintas, (iii) ou quando adota a identidade de outra pessoa próxima do visado, apropriando-se da sua conta de utilizador” ⁸⁸.

Por sua vez, a ação encoberta física ocorre num espaço físico propriamente dito (como um café, discoteca, etc), onde o agente encoberto poderá interagir com os criminosos investigados ou poderá limitar-se a estar no mesmo espaço que aqueles outros. Por seu turno, a ação encoberta digital decorre, de acordo com DAVID SILVA

⁸⁵ RAMOS, Armando Dias, *O agente encoberto digital*, p. 18; RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos...*, p. 283.

⁸⁶ *Idem, Ibidem*, p. 284.

⁸⁷ *Idem, Ibidem*, p. 284; No mesmo sentido, NUNES, DUARTE ALBERTO RODRIGUES, *Os meios de obtenção ...*, p. 434.

⁸⁸ RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos ...*, p. 285.

RAMALHO ⁸⁹, em websites (privados ou públicos – onde a interação se dá através dos comentários em fotografias), no âmbito das redes sociais (onde a interação ocorre através da integração de grupos ou de pedidos de amizade aos suspeitos – ou seja, ainda que exista uma maior interação nada se compara com aquela que se exige na ação encoberta física), ou ainda em mercados online (onde a interação entre compradores e vendedores de produtos ilícitos é mínima e tendencialmente não implica qualquer comunicação – tal como aconteceu no caso *Silk Road*. Este caso remonta a 2011 quando *Ross Ulbricht* criou um mercado online na *Darkweb* [denominado *The Silk Road*] para a venda de produtos ilícitos, com a contrapartida de não existir controlo estatal. Este mercado foi ganhando cada vez mais utilizadores devido ao fácil acesso a drogas, ao facto de estar localizado na *Darkweb*, ter o conteúdo encriptado, ao anonimato das transações [dado que os utilizadores recorriam a redes Tor], para além do pagamento dos produtos ser feito através de criptomoedas [bitcoin]. Estas características dificultaram os trabalhos dos investigadores que só conseguiram desmantelar o mercado em 2013, tendo para tal contribuído diversos meios de obtenção de prova, entre os quais as ações encobertas).

Diretamente relacionado com esta diferença, naturalmente que o agente encoberto digital está exposto a menores riscos do que o agente encoberto que atua no ambiente físico. Efetivamente, o agente encoberto digital não expõe a sua própria imagem, atuando “protegido” por um aparelho informático no “conforto” do seu espaço. Ora, tal acarreta, obviamente, uma diminuição de riscos para a sua segurança, pois, de facto, este pode proceder à sua investigação sem que isso implique a sua deslocalização física ao local de investigação. Isto já não acontece com o agente encoberto físico, dado que, para recolher e produzir prova tem de se deslocar a locais, frequentemente, distantes e perigosos, sabendo que uma qualquer falha poderá, não só obstaculizar a ação encoberta, como comprometer seriamente a sua segurança, ou, até, a sua vida e dos seus familiares.

Por fim, outra característica diferenciadora diz respeito à recolha de prova. De facto, as ações encobertas físicas estão dependentes da “percepção sensorial” ⁹⁰ do agente (isto porque, por princípio, a prova recolhida resulta do que viu ou ouviu). Imaginemos, por exemplo, que a ação encoberta decorre num espaço muito movimentado e barulhento. Tal pressupõe que o agente terá dificuldades em obter prova, porque “apenas ouve num raio limitado” ou “não pode olhar fixamente para aqueles de quem suspeita” ⁹¹. Relativamente

⁸⁹ RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos* ..., p. 285.

⁹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 295.

⁹¹ *Idem, Ibidem*, p. 295.

às ações encobertas digitais, estas não estão limitadas por obstáculos físicos que dificultam o acesso à prova. Aliás, o agente até poderá “nem sequer estar à frente do computador durante esta atividade, limitando-se a gravar tudo o que é dito num chat ou o que ocorre num website”⁹².

Não obstante, a recolha da prova digital também não está isenta de dificuldades, principalmente pelas características que assume.

A prova digital afigura-se como frágil, especialmente dispersa, volátil e facilmente manipulável em segundos ⁹³, sendo que a cibercriminalidade hodierna enfrenta hoje desafios como a encriptação de dados e a anonimização dos autores – o que, naturalmente, dificulta a investigação criminal.

Ainda assim, acreditamos que a formação dos agentes da investigação aliada à cooperação de um conjunto de técnicos especializados nestas matérias de Ciência Forense Digital poderá ajudar a tentar superar/contornar tais obstáculos. É neste âmbito que as ações encobertas poderão ser imprescindíveis e,

“no que tange a investigações na *Dark Web*, a sua utilização permite ultrapassar os obstáculos à descoberta da identidade e da localização dos autores dos crimes e das vítimas (...), através da persuasão dos próprios suspeitos a cederem elementos que permitam a sua identificação e provas dos crimes sob investigação, por via da integração do agente infiltrado numa comunidade online e da sua interação com criminosos pertencentes a essa comunidade” ⁹⁴.

Note-se que, com esta exposição, não pretendemos referir que as ações encobertas digitais podem ser mais eficazes que as ações encobertas físicas, mas apenas realçar que existem diversos elementos diferenciadores entre as ações encobertas físicas e as digitais, que evidenciam a necessidade de existir uma regulamentação adequada e própria às duas realidades, tendo em conta as especificidades de cada uma. Por outras palavras, “a redução de uma realidade complexa a um núcleo simples, vago e abstrato, com o objetivo de nele *encaixar* uma realidade semelhante mas com diferenças relevantes, é suscetível

⁹² *Idem, Ibidem*, pp. 295-296.

⁹³ V.d., RAMOS, Armando Dias, *O agente encoberto digital ...*, p. 119; RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos ...*, p. 106; MILITÃO, Renato Lopes, “A propósito da prova digital no processo penal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 72, Vol. 1, Janeiro-Março 2012, p. 261.

⁹⁴ NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *Os meios de obtenção ...*, p. 433.

de revelar insuficiências ao nível da densificação, do detalhe e da regulamentação específica de aspetos diferentes decorrentes da natureza de contextos respetivos”⁹⁵.

Consequentemente, embora a citada Lei n.º 109/2009 tenha inovado ao iniciar o caminho para o suprimento de uma lacuna cada vez mais premente, esta regulação das ações encobertas informático-digitais, por remissão para a Lei n.º 101/2001, não é suficiente. Discordamos, pois, dessa analogia, tendo em conta a necessidade de regulação específica e densificada das ações encobertas digitais face às suas divergências perante a realidade física, nomeadamente ao nível da identidade fictícia, *modus operandi*, riscos envolvidos, ou recolha da prova.

⁹⁵ RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos* ..., p. 284.

CAPÍTULO IV – O FUTURO DAS AÇÕES ENCOBERTAS DIGITAIS

4.1. Perspetivas de soluções necessárias face ao atual desfasamento da realidade em relação ao regime jurídico vigente

Face às suprarreferidas diferenças entre o mundo físico e o mundo digital, apercebemo-nos que as ações encobertas digitais deviam ser enquadradas juridicamente de forma distinta das ações encobertas físicas. Somos, por isso, apologistas de um espaço de regulamentação adequado às especificidades das ações encobertas digitais.

Deste modo, a primeira sugestão seria a de prever na própria Lei n.º 101/2001 as ações encobertas que recorrem à tecnologia informático-digital, ou seja, uniformizar todo o regime num só diploma.

Aliás, o Regime Jurídico das Ações Encobertas até deveria estar inserido no Código Processo Penal ⁹⁶, na parte constante da recolha de prova – à semelhança do Código Processual Penal Alemão que contempla o regime do agente encoberto (*verdeckter Ermittler*) nos artigos §110a a §110e do SpTO ⁹⁷. Torna-se difícil compreender como é que, nos dias de hoje, continuamos a ter referências ao telegrama, telex e telecópia no nosso Código de Processo Penal, ao passo que, em leis extravagantes, se encontram previstas ações encobertas digitais.

Feitas estas considerações, e numa tentativa de contribuir para uma melhor operacionalização das ações encobertas, propomos, modestamente, algumas alterações ao atual regime.

Em primeiro lugar, deveria estar previsto na lei que o espaço de atuação da ação encoberta também pode ser digital, integrando uma noção de ação encoberta digital.

Em segundo lugar, deveria compatibilizar-se o artigo 2.º da Lei n.º 101/2001 com o artigo 19.º da Lei n.º 109/2009, no que diz respeito: a) ao catálogo de crimes admitidos, (dado que o artigo 19.º da Lei n.º 19/2009 é bastante mais amplo do que o artigo 2.º da Lei n.º 101/2001), devendo este cingir-se a crimes de natureza mais gravosa, em conformidade com o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*; b) à consagração da possibilidade de as ações encobertas digitais poderem ser utilizadas para prosseguir fins de prevenção criminal, desde que em casos complexos de investigação e devidamente

⁹⁶ RAMOS, Armando Dias, *O agente encoberto digital...*, p. 254.

⁹⁷ *Idem*, *Ibidem*, p. 194.

justificados⁹⁸; c) à concretização dos “meios e dispositivos informáticos” admissíveis no âmbito das ações encobertas digitais.

Em terceiro lugar, na nossa ótica, o despacho de autorização da ação encoberta (descrito nos n.ºs 3 e 4, do artigo 3.º, da Lei n.º 101/2001) deveria conter um limite temporal (prorrogável) de atuação do agente encoberto, à semelhança do que acontece com a concessão da identidade fictícia.

Em quarto lugar, no que ao relato diz respeito, entendemos que o prazo de entrega do relato deveria ser alargado (caso a complexidade da ação encoberta assim o justifique) e que deveria constar na lei a consequência do incumprimento da entrega do mesmo.

Em quinto lugar, poderia também ser acrescentado um normativo referente aos requisitos de admissibilidade das ações encobertas digitais, no sentido de estas serem: a) adequadas a viabilizar a obtenção de dados informáticos que tenham relevância probatória no processo; b) necessárias à descoberta da verdade material, mas, ao mesmo tempo, serem o meio de obtenção de prova menos invasivo possível (ou seja, existência de nexo de necessidade entre o recurso à ação encoberta digital e o desiderato que esta visa atingir); c) proporcionais entre os interesses conflitantes (nomeadamente a ingerência nos direitos, liberdades e garantias do visado *versus* a gravidade intrínseca do crime em causa e a relevância probatória dos dados informático-digitais). Para além disso, e sem prejuízo de existirem outros requisitos a serem cumpridos, entendemos ser necessário que as ações encobertas digitais estejam sujeitas a um controlo exercido pelo Ministério Público e pelo Juiz de Instrução Criminal, pois, à semelhança do que acontece nas ações encobertas físicas, este controlo poderá evitar eventuais discricionariedades.

Por último, consideramos que o conceito de “identidade fictícia”, no âmbito online, também deveria ser corporizado na lei, fazendo referência à possibilidade de, em ambiente informático-digital, o agente encoberto poder assumir múltiplos *usernames/nicknames* fictícios para interagir com terceiros que se identifiquem do mesmo modo⁹⁹.

Em suma, cientes de que a tarefa de legislar não é simples, requerendo labor científico, elencámos algumas possíveis soluções que, do nosso ponto de vista, se traduziriam num

⁹⁸ O artigo 19.º da Lei n.º 109/2009 apenas prevê a admissibilidade das ações encobertas durante a fase de inquérito, o que significa que as ações encobertas digitais não serão admissíveis no âmbito da prevenção criminal. Ora, tal causa-nos estranheza, visto que, ao abrigo do artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001, as ações encobertas poderão ser utilizadas para fins de prevenção e investigação criminal.

⁹⁹ No mesmo sentido, NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *Os meios de obtenção ...*, p. 467; RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos ...*, p. 305.

melhor aproveitamento deste método, com o desiderato de realçar que cada vez é mais premente que os meios de investigação (tanto os já legalmente previstos como os criados *a posteriori*) acompanhem a evolução da tecnologia e da sociedade em geral.

4.2. A inteligência artificial generativa para fins de ação encoberta

A inteligência artificial influencia e continuará, gradualmente, a influenciar a atualidade nas próximas décadas.

Pese embora não exista uma noção específica de inteligência artificial, JOHN MCCARTHY desenvolveu este termo em 1956, considerando que é a “ciência e engenharia de fazer máquinas inteligentes”¹⁰⁰. A inteligência artificial pretende, pois, simular a inteligência humana em sistemas de computador, isto é, sistemas que, através da conjugação de diversos algoritmos, dados e capacidade computacional, são criados para realizar tarefas que, normalmente, exigiriam capacidades cognitivas humanas.

Ora, a inteligência artificial distingue-se da inteligência artificial generativa na medida em que esta se refere “a uma categoria de algoritmos de inteligência artificial (IA) que geram novas saídas com base nos dados em que foram treinados. Ao contrário dos sistemas tradicionais de IA que são projetados para reconhecer padrões e fazer previsões, a IA generativa cria novos conteúdos na forma de imagens, texto, áudio e muito mais”¹⁰¹.

Neste contexto, pareceu-nos oportuno e relevante debruçarmo-nos, ainda que perfunctoriamente, sobre este tópico, refletindo sobre o modo como a inteligência artificial generativa poderá impactar a atividade do agente encoberto digital.

Atualmente, já é possível tirar partido de “programas informáticos que simulam pessoas reais sem que quem esteja a interagir com estas pessoas virtuais se aperceba de que não se trata de uma pessoa verdadeira”¹⁰². De facto, têm surgido cada vez mais ferramentas que permitem criar conteúdo multimédia, imagem, vídeos e áudio¹⁰³.

¹⁰⁰ MCCARTHY, John, *What is Artificial Intelligence?*, Stanford University, Computer Science Department, 2007, [consultado a 28-09-2023].

¹⁰¹ ROUTLEY, Nick, “What is generative AI? Na AI explains”, in *World Economic Forum*, 2023, [consultado a 28-09-2023].

¹⁰² NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *Os meios de obtenção ...*, p. 430.

¹⁰³ V.g. a Microsoft anunciou, no início deste ano, uma ferramenta (*Vall-E*) que permite clonar a voz de uma pessoa em apenas três segundos de áudio gravado dessa mesma pessoa. As potencialidades criminosas desta tecnologia são, pois, imensas. Já existem situações em que empresas foram alvo de ataques por parte de delinquentes que clonaram a voz do diretor da empresa e ludibriaram o departamento financeiro da empresa a fazer uma transferência bancária na ordem dos 200 ou 300 mil dólares, por exemplo. Com esta nota pretendemos apenas alertar para as tecnologias disponíveis (a que os criminosos podem aceder) e as

Veja-se, a título de exemplo, o caso *Sweetie*. Neste caso, a Organização Não Governamental *Terre des Hommes* criou uma imagem virtual de uma criança filipina¹⁰⁴, de 11 anos, que visava atrair e identificar diversos predadores sexuais, tendo em conta que, em 2013, essa Organização tinha detetado que existia na internet o “*child sex tourism*” (uma forma de prostituição que consiste em incentivar crianças, de escassos recursos económicos, a despir-se perante *webcam*’s a troco de quantias monetárias irrisórias e, *a posteriori*, a realizar encontros pessoais que findam com abusos sexuais)¹⁰⁵.

Resumidamente, através desta criança virtual, a *Terre des Hommes* conseguiu recolher dados de adultos que entraram em contacto com a *Sweetie* através de uma sala de *chat*, sendo que, em dez semanas, os contactos estabelecidos chegaram a ser na ordem dos milhares, tendo sido possível “identificar mais de 1.000 adultos, de 71 países, dispostos a pagar para visualizar atos sexuais da referida “menor”, através da *webcam*. Após a obtenção da identificação dos IPs dos abusadores, a *Terre des Hommes* entregou essas informações à Interpol para que procedesse a uma investigação criminal”¹⁰⁶.

Portugal entrou na lista desses setenta e um países, tendo sido possível identificar três portugueses. No entanto, segundo o Departamento Central de Investigação e Ação Penal, não chegou nenhuma denúncia formal ao Ministério Público relacionada com este caso¹⁰⁷, pelo que estes cidadãos saíram impunes.

Tal poderá dever-se ao facto de o meio de obtenção destes elementos probatórios poder ser considerado contrário ao nosso sistema jurídico. Desde logo porque poderá ser enquadrado como uma forma de provocação, ou seja, poderá considerar-se que a boneca virtual não tinha atuado no âmbito da figura do agente encoberto, mas sim, como agente provocador, dado que a *Sweetie* foi colocada online propositadamente nas salas de chat para recolher dados. Ademais, também se pode argumentar que a *Sweetie* não era uma verdadeira criança vítima de grooming, mas sim uma criança virtual, e, portanto, como não estamos perante um crime, torna-se impossível a aplicação de uma sanção penal¹⁰⁸.

Efetivamente, conseguimos entender os argumentos que podem fundamentar a impunidade dos cidadãos portugueses, tendo em conta o papel ativo que a *Sweetie*

quais devem merecer a atenção do agente encoberto digital por forma a poder prevenir e acautelar futuras situações deste género.

¹⁰⁴ Dado ser esse o país mais atingido.

¹⁰⁵ RAMOS, Armando Dias, *O agente encoberto digital* ..., pp. 234-235; NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *Os meios de obtenção* ..., pp. 430-431.

¹⁰⁶ NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *Os meios de obtenção* ..., p. 431.

¹⁰⁷ Dados retirados do Jornal *Público*, “Primeira condenação no caso Sweetie, a criança virtual abordada por predadores sexuais”, 2014, [consultado a 30-09-2023].

¹⁰⁸ RAMOS, Armando Dias, *O agente encoberto digital* ..., p. 236.

assumiu por ter encetado conversas com os utilizadores, preenchendo, assim, a conduta do agente provocador (que não é permitida à luz do nosso sistema jurídico).

No entanto, a situação seria diferente se tivesse sido criada exclusivamente com o intuito de se introduzir, por exemplo, num fórum pré-existente (onde esse tipo de material pedopornográfico é distribuído), e ser “manobra em salas de conversação com um papel passivo” ¹⁰⁹. No fundo, não atuava com a pretensão de suscitar a infração, mas sim com o desiderato de obter informações respeitantes às atividades criminosas das quais se suspeita, limitando-se, para isso, a introduzir-se na sala de *chat*. Portanto, se existisse alguma tentativa de contacto, seria da iniciativa dos predadores sexuais, e não da *Sweetie*. Nesse caso, entendemos que “a prova obtida é válida e consequentemente os predadores sexuais identificados deveriam ser punidos a título de tentativa” ¹¹⁰, pois, mesmo desconhecendo de que se tratava de uma pessoa virtual, os utilizadores iniciaram as conversações para satisfazer os seus ímpetos sexuais.

Feitas estas considerações, realmente este tipo de tecnologias tem relevância para o tema em análise, na medida em que, se os agentes encobertos digitais conseguirem tirar partido destas tecnologias, a ação encoberta poderá ser mais eficaz, permitindo contornar os obstáculos que cada vez mais surgem no meio tecnológico.

Neste contexto, os meios de investigação deverão “não só acompanhar a evolução tecnológica como o desenvolvimento da sociedade em que está inserida (...). Se hoje poderá não fazer sentido colocar um robô como agente encoberto digital, num futuro próximo esse será o caminho que as autoridades policiais terão que calcorrear para conseguirem investigar certos e determinados crimes” ¹¹¹. É verdade que, à luz da atual legislação, apenas os seres humanos têm legitimidade para atuar como agentes encobertos. Porém, será que não se justificará o recurso a agentes encobertos virtuais, gerados pelas tecnologias de inteligência artificial? Cremos que essa possibilidade poderá vir a ser prevista, mas apenas em determinadas circunstâncias ¹¹².

Não obstante, ainda existe um longo caminho a percorrer para que isto possa ter aplicabilidade no nosso ordenamento jurídico.

¹⁰⁹ *Idem, Ibidem*, p. 236.

¹¹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 237.

¹¹¹ *Idem, Ibidem*, p. 252.

¹¹² Circunstâncias essas como, por exemplo, só se poder recorrer a este modo de investigação virtual em regime subsidiário (isto é, se for o único meio possível para descobrir a verdade material, tendo de se revelar absolutamente indispensável para tal), ou só em casos de criminalidade grave (como crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, crimes cometidos por associações criminosas ou crimes de terrorismo, entre outros), estando sempre sujeito a prévia autorização judicial.

Assistimos, pois, a tempos profícuos da aplicação da inteligência artificial à investigação criminal. O trajeto a ser realizado pela inteligência artificial é, sem dúvida, desafiador, exigindo um equilíbrio contínuo entre a ética e responsabilidade e a maximização das oportunidades que esta tecnologia oferece. Porém, o potencial que estas ferramentas concebidas pela inteligência artificial podem implicar na investigação criminal é notório e, se forem aplicadas adequadamente, poderão abrir caminho para solucionar realidades cada vez mais prementes e revolucionar a atuação dos agentes encobertos.

CAPÍTULO V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminalidade hodierna é paulatinamente mais moderna, técnica, especializada, organizada, transfronteiriça e deslocalizada, assistindo-se a um progressivo aumento das formas de anonimização dos delinquentes.

Esta atual conjuntura criminal deve-se, em grande parte, à evolução tecnológica, sendo, por isso, necessárias ferramentas de investigação criminal que combatam estas “novas” formas de criminalidade.

É neste contexto que as ações encobertas se poderão revelar um mecanismo eficaz de resposta à criminalidade contemporânea (principalmente a organizada, de especial gravidade, transnacional e internacional), podendo afirmar que, provavelmente, “não há outro meio (legal) de se colherem informações a respeito da estrutura fechada e sigilosa das organizações criminosas, a não ser com a infiltração de agentes no ambiente criminoso”¹¹³.

Não obstante, não podemos descurar a ingerência que as ações encobertas implicam nos direitos, liberdades e garantias dos investigados. Um dos desafios da elaboração desta dissertação foi precisamente o de tentar encontrar um equilíbrio entre a eficácia da ação penal e a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Pese embora as ações encobertas conflituem com direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, não podemos esquecer que a Constituição da República Portuguesa também consagra, no artigo 27.º, n.º 1, o direito à segurança. Tal direito traduz-se no dever de o Estado assegurar o “exercício seguro tranquilo dos direitos fundamentais” (artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa) e proteger esses direitos “contra agressões ou ameaças”, manifestando-se “na obrigação e necessidade de consagração de medidas de polícia adequadas à defesa da legalidade democrática, da segurança interna e dos direitos dos cidadãos (artigo 272.º, n.º 1 e 2)”¹¹⁴.

Ademais, e como fomos referindo ao longo desta dissertação, estamos perante um método de investigação absolutamente excecional que apela, para a sua legitimação e justificação, a uma ponderação dos direitos fundamentais relevantes (conforme o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), havendo, pois, de se situar sempre dentro dos limites permitidos num Estado de Direito democrático.

¹¹³ SOUSA, Paulo Pinto De, “Ações encobertas ...”, p. 239.

¹¹⁴ LOUREIRO, Nuno Miguel, “A Responsabilidade penal...”, p. 87.

A utilização do agente encoberto deverá, pois, ser o último reduto da investigação criminal, no sentido em que apenas será utilizado na estrita medida do necessário, obedecendo sempre ao princípio da proporcionalidade e da subsidiariedade.

Destarte, defendemos a utilização do agente encoberto (quer físico, quer digital), numa lógica de consonância com a Constituição da República Portuguesa e de fundamento na legalidade democrática.

Por sua vez, não olvidemos que a Lei n.º 101/2001 surgiu em 2001, numa altura em que não havia tanto desenvolvimento tecnológico como existe atualmente, tendo, pois, sido idealizada para regular uma realidade predominantemente física. Ora, decorridos estes vinte e dois anos de existência, urge uma nova legislação que faça face às inovações tecnológicas e que diferencie a realidade física da realidade digital, pois, como constatámos no capítulo III desta dissertação, existem divergências evidentes entre as duas realidades. Deste modo, não se afigura suficiente a mera remissão na Lei do Cibercrime (desenvolvido no ponto 2.2.) para o Regime Jurídico das Ações Encobertas (explanado no ponto 2.1.).

Por essa razão, propusemos, no ponto 4.1., algumas alterações legislativas ao atual Regime Jurídico das Ações Encobertas, procurando conciliar, da melhor maneira possível, as duas realidades, acreditando que, com essas alterações, poderão ser criadas as condições para ocorrer a necessária inversão do paradigma.

Para além disso, no ponto 4.2., procurámos demonstrar em que medida é que as ferramentas concebidas pela inteligência artificial poderão contribuir para que o direito acompanhe o desenvolvimento tecnológico, isto porque, através dessas ferramentas, poderão surgir novas formas de investigação, capazes de potencializar a atuação do agente encoberto.

Face a tudo o que foi exposto, só nos resta concluir que o Direito tem de intervir, regulando a era digital, para que, progressivamente, se tornem realidades paralelas. A complexidade da criminalidade aumenta de dia para dia, existindo cada vez mais pessoas especializadas no recurso a tantos e a tão sofisticados meios para cometer atos ilícitos. Com efeito, o agente encoberto será uma valência fulcral para que as autoridades judiciais obtenham elementos de prova no mundo físico e digital, constituindo uma mais-valia imprescindível, quer na prevenção da prática de atos ilícitos, quer na descoberta da verdade material e, conseqüente, imputação objetiva dos factos aos delinquentes – particularmente no que diz respeito ao combate ao crime altamente organizado, complexo, transnacional, internacional e violento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011

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*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

– *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal* (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2013

COSTA, Eduardo Maia, “Ações encobertas (Alguns problemas, algumas soluções)”, in AA.VV, *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, (organização: Maria João Antunes, com a colaboração de Marta Cavaleira), 1.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 357-370

FILHO, Nivaldo Machado, “O Agente Infiltrado em duelo com o contraditório: aspetos críticos de seu relatório e depoimento”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VIII, N.º 31, julho/setembro, 2017, pp. 93-146

GONÇAVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador – os Princípios do Processo Penal*, Editora Almedina, Coimbra, 2001

LOUREIRO, Nuno Miguel, “A Responsabilidade penal do agente encoberto”, in *Revista do Ministério Público*, N.º 142, abril-Junho, 2015, pp. 79-120

MCCARTHY, John, *What is Artificial Intelligence?*, Stanford University, Computer Science Department, 2007, disponível em <http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>

MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1999

MILITÃO, Renato Lopes, “A propósito da prova digital no processo penal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 72, Vol. 1, Janeiro-Março 2012, pp. 247-285

MONTE, Mário Ferreira, “A relevância da atuação dos agentes infiltrados ou provocadores no Processo Penal”, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Universidade do Minho, Tomo XLVI, n.ºs 265/267, 1997, pp. 183-202

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues, *Os meios de obtenção de prova na Lei do Cibercrime*, 2.ª ed. Revista e Atualizada, Gestlegal, Coimbra, 2021

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

PEREIRA, Rui, “O «Agente Encoberto» na ordem jurídica portuguesa”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2004, pp. 11-41

PEREIRA, Sandra, “A recolha da prova por agente infiltrado”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre Teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Ana Rita Fidalgo [et alii] / (coordenação) Teresa Pizarro Beleza, Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Editora Almedina, Coimbra, 2010, pp. 137-159

RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Editora Almedina, Coimbra, 2017

RAMOS, Armando Dias, *O agente encoberto digital: meios especiais e técnicos de investigação criminal*, Editora Almedina, Coimbra, 2022

RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal: Novos Métodos “Científicos” de Investigação Criminal nas Fronteiras das Nossas Crenças*, Tomo VI, 1.^a ed., Rei dos Livros, Lisboa, 2011

ROUTLEY, Nick, “What is generative AI? An AI explains”, in *World Economic Forum*, 2023, disponível em <https://www.weforum.org/agenda/2023/02/generative-ai-explain-algorithms-work/>

SILVA, Germano Marques Da, “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

– *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 5.^a ed., revista e atualizada, Edição Babel, Lisboa, 2011

– *Direito Processual Português, Do Procedimento (Marcha do Processo)*, Vol. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015

– *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, 2.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018

SILVA, Sandra Oliveira E, *Proteção de testemunhas em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

– *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo. Considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Editora Almedina, Coimbra, 2018

SIMÕES, Patrick de Pitta, GASPAR, Gilberto, “A (Des)ocultação de informações e o whistleblowing” in *O Whistleblowing em Portugal proteção do denunciante nas organizações*, António João Maia e Patrick de Pitta (coordenação), Edições Almedina, S.A., Coimbra, 2022, pp. 185-216

SOUSA, Paulo Pinto De, “Acções encobertas. Meio enganoso de prova? Agente infiltrado e agente provocador. Outras questões”, *Revista do CEJ*, 2.º Semestre, n.º 14, Editora Almedina, 2010, pp. 231-247

SOUSA, Susana Aires De, “Ações encobertas (e outras figuras próximas) na investigação da criminalidade económico-financeira”, in *Revista JULGAR*, N.º 38, 2019, pp. 31-44

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *O agente infiltrado na investigação e prevenção de crimes de corrupção e branqueamento de capitais*, Coleção Aquilafuente, Universidade de Salamanca, 2002

– *Do Ministério Público e da Polícia: prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humano*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013

– *Teoria Geral do Direito Policial*, 5.ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2017

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20-02-2003, Proc. n.º 02P4510 (Simas Santos), disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e4c9177530b2c36380256d08004e5d11?OpenDocument&Highlight=0,02P4510%20>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27-06-2012, Proc. n.º 127/10.0JABRG.G2.S1 (Santos Cabral), disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/318098074779316080257aa100366960?OpenDocument>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17-04-2015, Proc. n.º 1/13.9YGLSB.S1 (Raul Borges), disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5f9ba41ca452c41680257e310032b411?OpenDocument&Highlight=0,1%2F13.9YGLSB.S1%20>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07-07-2016, Proc. n.º 2039/14.0JAPRT.P1 (José Carreto), disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/cffe710b2cb8d91e8025800500475ea9?OpenDocument&Highlight=0,2039%2F14.0JAPRT.P1%20>

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 09-01-2023, Proc. n.º 134/18.5JAVRL-N.G1 (António Teixeira), disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/e5f8871ebcf2d34f8025893d003a3209?OpenDocument&Highlight=0,134%2F18.5JAVRL-N.G1%20>