



CATÓLICA
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | PORTO
— Escola de Direito do Porto

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO CRIMINAL

**A RESPONSABILIDADE PENAL
DO
AGENTE ENCOBERTO**

NUNO MIGUEL BONITA PEREIRA LOUREIRO

MAIO DE 2013

ABREVIATURAS

Ac./Acs.	Acórdão/Acórdãos
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DAR	Diário da Assembleia da República
RJAE	Regime Jurídico das Acções Encobertas para fins de prevenção e investigação criminal (Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto)
RMP	Revista do Ministério Público
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

NOTA

Na falta de menção em contrário:

- os DAR que se refiram foram consultados em <http://debates.parlamento.pt/>;
- os acórdãos do TEDH em <http://hudoc.echr.coe.int/>;
- os acórdãos do TC em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>;
- os acórdãos do STJ e das Relações em <http://www.dgsi.pt/>, ou quando se indique a respectiva CJ em <http://www.colectaneadejurisprudencia.com/>, ou quando se indique o respectivo BMJ em <http://www.gddc.pt/bases-dados/form-pesquisa.html>.

I. INTRODUÇÃO

1. ENQUADRAMENTO GERAL

A sedimentação da figura do agente encoberto (AE) como meio excepcional teleologicamente dirigido à prevenção e repressão criminal ocorre num contexto de modificação do universo criminal, fruto da sociedade globalizada, caracterizado pelo emergir de formas de criminalidade cada vez mais imunes, em grande parte, aos métodos de investigação ditos tradicionais.

É num quadro de dicotomia entre os valores da liberdade e da segurança que as sociedades ocidentais tendem actualmente a tolerar a concessão de um maior espaço de acção ao segundo, com o correspondente sacrifício do primeiro, como que num «outorgar [de] um novo contrato social para reequilibrar a balança»¹: «à *magna charta* do delinvente a sociedade opõe a magna carta do cidadão, o reclamo por um arsenal de meios efectivos de luta contra o crime»².

Daí que a partir dos anos 80 do século passado, e em especial dos anos 90, muitos tenham sido os ordenamentos jurídicos, incluindo o português, a prever expressamente disposições legais sobre o recurso ao AE, inicialmente circunscrito à luta contra o tráfico de estupefacientes e posteriormente alargado, com maiores ou menores restrições, a um âmbito mais amplo de crimes, comprovada a sua eficiência no combate à criminalidade mais grave, violenta, organizada e de difícil ou complexa investigação.

2. A VERTENTE SUBSTANTIVA E A VERTENTE PROCESSUAL

O tema do AE pode ser perspectivada quer sob a vertente penal substantiva, quer sob a vertente processual penal. Quanto à primeira, do que se trata é de indagar sobre a responsabilidade criminal do agente, isto é, saber que actos estará este, no âmbito da sua actuação oculta, autorizado a praticar, e em que termos e condições, de modo a que

¹ COSTA ANDRADE, «Métodos Ocultos de Investigação (*plädoyer* para uma teoria geral)», in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal?* – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português, Coord. Mário Ferreira Monte [et.al.], Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 531.

² ANABELA MIRANDA RODRIGUES, in Prefácio de FERNANDO GONÇALVES/MANUEL ALVES/GUEDES VALENTE, *Lei e Crime - O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os Princípios do Processo Penal*, Almedina, 2001, p. 6.

pelos mesmos não venha a ser punido. Em relação à segunda, o problema é colocado sob o ponto de vista da admissibilidade das provas obtidas através da acção encoberta. Só da vertente substantiva se curará aqui.

Embora a doutrina e a jurisprudência privilegiem o equacionamento do problema dos agentes encobertos (em contraponto com os agentes provocadores) na sua dimensão processual, a verdade é que resulta do RJAÉ a consagração expressa, no seu art. 6.º, n.º1, de uma cláusula de «isenção de responsabilidade» do AE que constitui ao mesmo tempo uma limitação às suas possibilidades de actuação legítima, exigindo, por conseguinte, uma exacta interpretação e determinação do seu alcance, sobretudo tendo em conta que se toda a acção encoberta constitui por si só uma operação melindrosa, ainda mais o será quando ela envolva a prática de ilícitos típicos penais.

II. A FIGURA DO AGENTE ENCOBERTO

A figura do AE recebeu em Portugal consagração legal com o Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro (no seu originário art. 52.º), mas foi em 2001 que o legislador criou um «regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal» – Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto –, que revogou toda a legislação anterior nesta matéria e alargou o âmbito de aplicação das acções encobertas até então circunscrito ao âmbito do combate ao tráfico de droga e das medidas de combate à corrupção e à criminalidade económico-financeira. Este regime foi novamente ampliado pelo art. 19.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, e pelo art. 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007, de 04 de Julho.

1. A ADMISSIBILIDADE DO RECURSO AO AGENTE ENCOBERTO

A questão que antes de mais se deve colocar é a da admissibilidade do recurso à figura do AE no ordenamento jurídico português, isto é, se será legítima a utilização num Estado de Direito deste método oculto de investigação que se serve do engano para finalidades de repressão e prevenção criminal. E a avaliação dessa legitimidade não pode deixar de passar pelo seu confronto com as disposições constitucionais.

É um facto evidente que o uso do AE conflitua com direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, especificamente o direito à integridade moral (art. 25.º da CRP) e à reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º1 da CRP), ambos expressões da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP), representando «uma intromissão nos processos de acção, interacção e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas (...) se apercebam»³. Com efeito, a actuação do AE afecta a integridade moral⁴ e, reflexamente, o direito à não auto-incriminação (princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*) do suspeito, atingindo a sua liberdade de vontade, de decisão e de declaração, na medida em que nele é criada ou aproveitada uma convicção errónea sobre a qualidade ou identidade e as finalidades da pessoa com quem interage (e, ainda, sobre as eventuais relações de confiança, proximidade, amizade

³ COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão Passado*”, *A Reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, 2009, p. 105.

⁴ Fala o Ac. TRL de 22-03-2011 (Proc. 182/09.6JELSB.L1-5) em «direito a que as (...) relações com o Estado ocorram livres de estratagemas enganosos» e com «verticalidade e rectidão da parte deste».

e solidariedade por esta forjadas), de modo que, não tendo conhecimento de que a acção daquele se dirige a obter a sua condenação, pratica o facto ilícito no pressuposto errado de que o seu desígnio criminoso se poderia concretizar sem consequências, ou contribui, inconscientemente, para a produção de prova incriminatória contra si próprio. Donde, no plano processual, se invoque uma proibição de prova absoluta que atingiria o material probatório obtido através do AE por configurar um meio enganoso inadmissível (art. 32.º, n.º 8 da CRP e art. 126.º, n.º 1 e 2, a) do CPP). Ao mesmo tempo, a utilização do AE contende com o direito à reserva da intimidade da vida privada, tutelada no processo criminal mediante proibição de prova relativa (art. 32.º, n.º 8 da CRP e art. 126.º, n.º 3 do CPP), quer no sentido do direito a uma esfera pessoal e de interacção social em que a comunicação e o estabelecimento de relações intersubjectivas são realizados sem a presença (oculta) do Estado, quer como o direito de controlo sobre as informações respeitantes à pessoa, isto é, o direito de decidir livremente se, quando, como e a quem se dispõe dessa informação (direito à autodeterminação informacional). Porém, saliente-se que a afectação destes direitos fundamentais sofrerá, naturalmente, variações de intensidade consoante o tipo de acção encoberta que seja empreendida, nomeadamente conforme nos encontremos perante uma operação encoberta de curta ou longa duração.

No entanto, e por outro lado, se a CRP garante o direito à segurança (art. 27.º, n.º 1 da CRP), traduzido na garantia pública do exercício seguro e tranquilo dos direitos fundamentais e no dever do Estado de protecção desses direitos contra agressões ou ameaças de terceiros, assegurando a sua «efectivação» (art. 2.º da CRP), tal garantia exprime-se, forçosamente e desde logo, na obrigação e necessidade de consagração das medidas de polícia adequadas à defesa da legalidade democrática, da segurança interna e dos direitos dos cidadãos (art. 272.º, n.º 1 e 2), posto que estes últimos «não são apenas um limite da actividade da polícia (...); constituem também um dos próprios fins dessa função»⁵. Nessa medida, fundamental também não poderá deixar de ser o dever de realização efectiva e de administração da justiça penal e, por conseguinte, o interesse por uma justiça penal funcionalmente eficaz, tanto na sua vertente preventiva como repressiva, o qual deve ser erigido a bem ou interesse jurídico-constitucionalmente protegido, porquanto emanado do princípio do Estado de Direito (arts. 2.º e 202.º da

⁵ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 478-479, e Vol. II, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 859.

CRP), capaz de ser levado à ponderação em matéria de restrição de direitos fundamentais⁶. É que «o Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis, dali decorrentes, à prossecução do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos. Ele exige também a protecção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal, já que pretende ir ao encontro da verdade material»⁷.

Eis que tudo estará afinal, como em tantas outras ocasiões, em atingir um ponto de equilíbrio entre os interesses conflitantes, através da compatibilização entre dever de administração da justiça penal, que só será realmente atingido quando prevenidos os crimes e justamente condenados os criminosos, e os direitos fundamentais basilares de um Estado de Direito.

Com efeito, para a prevenção e repressão da criminalidade é possível adoptarem-se medidas que restrinjam direitos fundamentais, pois que estes, ao não existirem isolados na ordem constitucional, têm de ser compreendidos em face de outros interesses e valores também eles constitucionalmente protegidos. Ponto é que elas se subordinem ao respectivo regime constitucional das leis restritivas de tais direitos (art. 18.º, n.º 2 e 3 da CRP). Ora, bem vistas as coisas, o RJAÉ constitui precisamente uma lei restritiva de direitos fundamentais e como tal deve subordinar-se ao referido regime constitucional⁸. Dessa feita, a figura do AE encontrará legitimação na ordem jurídica portuguesa sempre que acauteladas certas garantias – exactamente as decorrentes das restrições às leis restritivas de direitos e vertidas no RJAÉ –, pois não constituindo a eficácia da administração da justiça um valor cego, «a utilização de métodos encobertos de

⁶ Assim, ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado - Contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 170-171 e 175. Cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 28 e ss.; ALVES MEIREIS, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 166-169 e 185; GERMANO MARQUES DA SILVA, in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 362; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *El Policía Infiltrado - Los Presupuestos Jurídicos en el Proceso Penal Español*, Tirant lo Blanch, Valência, 2010, pp. 376-378.

⁷ Ac. TRC de 26-10-2011, Proc. 23/09.4GBNLS.C1.

⁸ Neste sentido, Ac. TRL de 22-03-2011 (Proc. 182/09.6JELSB.L1-5).

investigação (...) há-de fazer-se sempre sem ultrapassar os limites do consentido pela ideia de Estado de Direito»⁹.

Assim, identificam-se duas restrições operadas pelo RJAe. A primeira é uma restrição implícita ou não expressamente autorizada pela CRP relativamente ao direito à integridade moral (art. 25.º da CRP) dos visados por uma acção encoberta. Isto porque, muito embora a Constituição não restrinja directamente aquele direito fundamental, nem admita expressamente a sua limitação por lei, não se pode afirmar que se trata de um direito irresistível, justificando-se que numa ponderação com o interesse constitucional da administração (eficaz) da justiça penal, como *supra* o compreendemos, e no que respeita a determinado tipo de criminalidade, se opere alguma redução do seu âmbito de protecção. Em consequência, o problema do AE como método de obtenção de prova que se coloca sob o prisma da proibição de prova absoluta do art. 32.º, n.º 8 da CRP e art. 126.º, n.º 1 e 2, a) do CPP, enquanto meio enganoso ofensivo da integridade moral, deve ser equacionado tendo em conta uma interpretação restritiva destes preceitos que distinga entre o engano proibido e aquele que ainda é permitido, pois que «não há-de ser a utilização de um qualquer engano que deve induzir uma proibição de prova: há uma dose de engano na indagação criminal, que é tolerável»¹⁰. Donde decorre que apenas deverão ter-se como proibidos os meios enganosos «que representem grave limitação da liberdade de formação e manifestação de vontade do arguido, transformando este em meio de prova contra si próprio»¹¹ ou que signifiquem uma «compressão da liberdade tão drástica e intolerável como a resultante dos maus tratos e demais formas de coacção»¹², o que se não pode entender verificado no caso da utilização do AE contanto que asseguradas as garantias sobreditas¹³ (mas já sim no caso do agente provocador).

⁹ Ac. TC n.º 578/98, e semelhantemente, Ac. STJ de 13-12-2000 (*in* CJ, 2000, III). Também o TEDH: «A intervenção de agentes infiltrados deve ser circunscrita e rodeada de garantias (...). [N]uma sociedade democrática o direito a uma boa administração da justiça ocupa um lugar tão eminente (...) que não pode ser sacrificado a razões de oportunidade» (Ac. do Caso Teixeira Castro c. Portugal, de 09-06-98; cf. ainda Acs. do Casos Ramanauskas c. Lituânia, de 05-02-2008, e Miliniene c. Lituânia, de 24-06-2008).

¹⁰ Ac. TC n.º 578/98. Cf. COSTA ANDRADE, *Sobre...*, cit., pp. 210-211 e 231-237.

¹¹ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, Vol. I, p. 524.

¹² COSTA ANDRADE, *Sobre...*, cit., pp. 234 e 236.

¹³ No sentido de o AE não constituir meio enganoso proibido de prova, a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores: entre outros, Acs. TC n.º 578/98 e n.º 76/2001; Acs. STJ de 06-07-95 (*in* CJ, 1995, II), 21-03-96 (*in* CJ, 1996, I), 13-12-2000 (*in* CJ, 2000, III), 20-02-2003 (*in* CJ, 2003, I), 30-10-2003

A segunda restrição constitui uma restrição explícita ou expressamente prevista pela CRP do direito de reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º1 da CRP) dos suspeitos, resultante do art. 32.º, n.º 8 da CRP (e corroborado pelo art. 126.º, n.º 3 do CPP) que, *a contrario sensu*, admite a obtenção de prova mediante não «abusiva intromissão na vida privada»¹⁴.

Ambas as restrições devem subordinar-se às referidas exigências das leis restritivas de direitos fundamentais, nomeadamente ao princípio da proporcionalidade, as quais, por consequência, terão de ser observadas pelo RJAE. Desta forma e cumprida desde logo a reserva de lei, ao possibilitar o recurso ao AE, o RJAE visa salvaguardar um interesse constitucionalmente protegido, a saber, a administração e realização da justiça penal e, portanto, a sua eficácia e eficiência funcional, tanto preventiva como repressiva, no que concerne à criminalidade grave, organizada e complexa ou de difícil investigação¹⁵, contra a qual «a exigência de protecção (...) da segurança do Estado, logo das pessoas (...) e do bem-estar destas (...) [vai] impondo o uso de meios de investigação cada vez mais invasivos dos direitos fundamentais»¹⁶. Interesse este cuja relevância não pode ser desvalorizada quando é sabido que mais do que a severidade da medida das penas, é a probabilidade de verificação da punição dos infractores, ou seja, a eficácia das instâncias formais de controlo, a produzir o efeito preventivo da criminalidade.

Depois, o AE mostra-se, de princípio e em termos gerais, meio adequado e necessário à prossecução daquele fim, porquanto apropriado e indispensável face às exigências sociais de combate àquele tipo de criminalidade, de maior grau de danosidade social e de ameaça aos interesses tutelados pelo Estado ou de muito difícil detecção e repressão, e dada a sua eficácia e os resultados positivos que obtém em comparação com outros métodos. Efectivamente, «não obstante os perigos que comporta a utilização de agentes infiltrados, e a dose de deslealdade que nela vai implicada, considera-se hoje que, estando em causa certo tipo de criminalidade grave

(Proc. 03P2032), 06-05-2004 (*in* CJ, 2004, II) e 30-11-2005 (Proc. 05P3349); e Ac. TRL 25-05-2010 (Proc. 281/08.1JELSB.L1-5).

¹⁴ Já assim, ALVES MEIREIS, *O Regime...*, cit., pp. 175-176.

¹⁵ Expressamente, o Ministro da Justiça ANTÓNIO COSTA na discussão na generalidade da Proposta de Lei N.º 79/VIII, *in* DAR I Série, N.º 99/VIII/2, 2001.06.22, pp. 3860 e 3865.

¹⁶ Ac. TRL de 22-03-2011 (Proc. 182/09.6JELSB.L1-5). Cf., também, Ac. STJ de 20-02-2003 (*in* CJ, 2003, I), e ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *ob. cit.*, pp. 376-378.

(...) é impossível renunciar ao serviço do *undercover agent*», pelo que «aceita-se aqui alguma excepcionalidade no modo de obter as provas»¹⁷. Por outra parte, também as restrições derivadas da acção encoberta se apresentam como proporcionais em relação ao fins preventivo e repressivo, uma vez que com elas não é afectada de forma intolerável a liberdade de vontade ou de decisão da pessoa, pois expressamente vedada a actuação do AE como agente provocador (art. 6.º, n.º1 do RJAЕ)¹⁸, nem de forma excessiva a intimidade da vida privada¹⁹, ao mesmo tempo que a sua utilização é limitada a um catálogo fechado de delitos, sujeita à observância em concreto do próprio princípio da proporcionalidade em sentido amplo (arts. 3.º, n.º 1 e 6.º, n.º1 do RJAЕ), a autorização judiciária e a controlo judicial (art. 3.º, n.º 3 e 4 do RJAЕ)²⁰, e a dever de relato (art. 3.º, n.º 6 do RJAЕ), impedindo-se desta forma a sua banalização relativamente a qualquer crime e em quaisquer circunstâncias, bem como a violação do núcleo essencial e intangível dos direitos restringidos.

Em conclusão, o recurso ao AE consiste numa técnica extraordinária de prevenção e repressão criminal que, mau grado a restrição de direitos fundamentais e, bem assim, o engano e o «sacrifício de alguma pureza da actuação dos órgãos de investigação criminal»²¹ que comporta, será admissível e legítima desde que realizada nos rigorosos

¹⁷ Ac. TC n.º 578/98. Na mesma linha, Acs. STJ de 15-01-97 (*in CJ*, 1997, I) e de 20-02-2003 (*in CJ*, 2003, I), e Acs. do TEDH, Caso Khudobin c. Rússia, de 26-10-2006, e Caso Ramanauskas c. Lituânia, de 05-02-2008.

¹⁸ «Do ponto de vista da legitimidade constitucional da intervenção do agente infiltrado (...) o que verdadeiramente importa (...) é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar» (Ac. TC n.º 578/98). No mesmo sentido, Acs. STJ de 06-07-95 (*in CJ*, 1995, II) e 13-12-2000 (*in CJ*, 2000, III). E ainda o TEDH: «O interesse público não poderá justificar a utilização de elementos recolhidos na sequência de uma provocação policial» (Ac. do Caso Teixeira Castro c. Portugal, de 09-06-98); «a utilização de agentes infiltrados deve ser restrita; a polícia pode actuar encobertamente, mas não pode provocar» (Ac. do Caso Khudobin c. Rússia, de 26-10-2006).

¹⁹ O TEDH considerou, no Ac. do Caso Lüdi c. Suíça, de 15-06-92, que «o uso de um agente infiltrado não (...) afectou a vida privada no sentido do artigo 8.º [da CEDH]».

²⁰ Já o Ac. TC n.º 578/98 salientava esta exigência. Da mesma forma, o Ac. TEDH, Caso Khudobin c. Rússia, de 26-10-2006.

²¹ Ac. STJ de 15-01-97 (*in CJ*, 1997, I).

termos legalmente previstos²², por referência e respeito ao regime constitucional restritivo de direitos, liberdades e garantias.

2. A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE AGENTE ENCOBERTO EM FACE DO ÂMBITO DE REGULAMENTAÇÃO DO RJAE

Para efeito de aplicação do RJAE, essencial é determinar em concreto o que constitua um AE para, conseqüentemente, submetê-lo ao cumprimento desse regime.

No seu art. 1º, n.º 2, o RJAE define o objecto da sua regulamentação: as acções encobertas (as acções realizadas por agentes encobertos). Desta definição legal²³, e da própria essência daquelas acções, resulta que seja a «ocultação da qualidade e identidade» dos agentes que as desenvolvem para fins de «prevenção ou repressão» da criminalidade, a característica delimitadora que as faz imperativamente cair no âmbito de regulamentação do RJAE.

Daí partindo, podem distinguir-se dois tipos de operações encobertas tendo em conta a duração e a espécie da actividade do AE: as de curta duração ou *light cover* e as de longa duração ou *deep cover*²⁴. As primeiras, mais frequentes, são aquelas em que o AE oculta a sua qualidade e, normalmente, a sua verdadeira identidade (embora no caso de um particular, este possa utilizar a sua real identidade), mas sem recorrer a uma identidade fictícia outorgada pelo Estado, pois a sua actividade decorre num curto período de tempo e traduz-se em contactos isolados com os suspeitos criminosos, nomeadamente, concretas transacções ou encontros para recolha de informações sobre crimes. Já nas segundas o AE, sendo polícia, para além de ocultar a sua qualidade e identidade, adopta uma identidade fictícia, e, sendo particular, oculta a sua qualidade mas normalmente conserva e prevalece-se da sua verdadeira identidade, o que lhe permite introduzir-se e manter-se, por um período de tempo prolongado, no meio criminoso (designadamente numa organização criminosa), de forma a estabelecer as relações pertinentes com os sujeitos criminosos que lhe permitam conseguir informações sobre as suas actividades que de outra maneira não teria acesso. Além

²² Na conclusão, Ac. STJ de 27-06-2012 (Proc. 127/10.0JABRG.G2.S1), e Ac. TRL de 22-03-2011 (Proc. 182/09.6JELSB.L1-5).

²³ Corroborada pela noção avançada pelo Ministro da Justiça ANTÓNIO COSTA na discussão na generalidade da Proposta de Lei N.º 79/VIII, cit. nota 15, p. 3860.

²⁴ Cf. ISABEL ONETO, *ob. cit.*, pp. 81-84; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *ob. cit.*, pp. 65, 69, 73, 112-137.

disso, entre umas e outras existe uma diferença no *quantum* de interferência e restrição dos direitos fundamentais da pessoa investigada (menor nas primeiras, maior nas segundas) que, sem embargo, sempre vai implicada na actuação do AE.

E é precisamente esta realidade que decerto esteve na mente no legislador quando definiu as acções encobertas através da ocultação da qualidade e identidade dos seus agentes, ao mesmo tempo que possibilitou, mas não impôs, que os agentes da polícia criminal actuassem sob identidade fictícia (art. 5.º, n.º1 do RJAE). Tal como também não limitou o recurso ao AE a crimes praticados de forma organizada ou por organizações criminosas. O que só pode querer dizer que ambos os tipos de acções encobertas estão abrangidos pelo RJAE²⁵. Daí que possivelmente também não tenha sido alheia a sua opção pela designação de «acção encoberta» e «agente encoberto» em detrimento de «acção infiltrada» e «agente infiltrado», já que enquanto estas últimas apontariam mais para uma acção de inserção duradoura no *milieu* criminal, as primeiras colocam a tónica exactamente no encobrimento ou ocultação da qualidade agente, parecendo, por isso mesmo, constituir conceitos mais amplos.

E bem andou o legislador neste aspecto. De facto, o elemento comum a qualquer acção encoberta é a ocultação da qualidade (de polícia encoberto ou de particular encoberto actuando sob a direcção daquela) do agente no contacto que estabelece com os sujeitos criminosos com propósitos, também eles ocultos, de prevenção e repressão criminal, através da assunção de um papel fictício. Dito de outra forma, é o recurso ao engano que está associado à actuação disfarçada do AE na sua interacção com os suspeitos, fazendo-se passar por aquilo que não é, aquilo que constitui a sua nota definidora e distintiva. Engano ou erro esse, enquanto falsa representação da realidade pelo suspeito, referido, necessariamente, quer à qualidade ou condição do AE, quer às reais intenções e fins da sua actividade, e, eventualmente, referido ainda à sua verdadeira identidade, à identidade fictícia devidamente materializada que utilize e às relações de confiança, amizade, proximidade ou solidariedade que estabeleça com os suspeitos criminosos.

²⁵ Neste sentido, HENRIQUES GASPAR, «Anotação à Decisão de 9 de Junho de 1998 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro c. Portugal)», in *RPCC*, Ano 10, Fasc. 1, Janeiro-Março 2000, pp. 44-45.

O que significa que nos parece redutor definir o que seja o AE em função de, a ocultar, «ganhar a confiança» dos suspeitos²⁶, a não ser que se entenda que tal ganho de confiança corresponde justamente ao resultado imediato da actuação enganosa do agente sob ocultação da sua qualidade no contacto ou interacção com os suspeitos, ou seja, a captação astuciosa por este da convicção ou da segurança daqueles na sua (simulada) pessoa, conseguindo-lhes fazer crer que é quem diz ou aparenta ser, e pretende o que diz ou aparenta querer, confiança ou crença essa que depois é traiçoada aquando da sua revelação. Porque se se compreender o ganho de confiança como a conquista de uma certa relação de proximidade, cumplicidade, familiaridade, ou à vontade com outra pessoa (algo no mínimo difícil de aferir), não é esse, ou não é somente esse, o verdadeiro traço próprio e específico da actuação do AE, nem o engano que esta envolve existe apenas, como se viu, quando se conquista fraudulentamente uma relação de confiança com o suspeito. Poderá ser, nomeadamente nas operações de longa duração²⁷, através de uma relação de confiança, e na base desta, a forma pela qual o AE arditosamente consegue obter da pessoa visada as condutas ou as informações que pretenda, mas não é indispensável para qualificar um agente como AE que assim seja.

Deste modo, o AE deve ser definido como o agente da autoridade ou o particular sob o controlo da polícia que, no contacto ou relacionamento com o(s) suspeito(s) criminoso(s), actua com ocultação da sua qualidade, assumindo um papel simulado ou disfarçado, com a finalidade, também ela oculta, de obter informações relevantes para prevenir a prática de crimes ou obter provas incriminatórias para a sua repressão, mas

²⁶ Assim a maioria da doutrina (por ex., ALVES MEIREIS, *O Regime...*, cit., pp. 163-164, e LOURENÇO MARTINS, «Luta contra o tráfico de droga – necessidades da investigação e sistema garantístico», in *RMP*, Ano 28, nº 111, Julho-Setembro 2007, p. 47) e da jurisprudência superior (por último, Acs. STJ de 27-06-2012, Proc. 127/10.0JABRG.G2.S1). Mas cf. as decisões de 1ª instância nos casos dos Acs. TRL de 07-05-2008 (in CJ, 2008, II) e TRP de 15-09-2010 (Proc. 381/10.8JAPRT-A.P1).

²⁷ Em Espanha caracteriza-se o AE pela relação de confiança que cria com os criminosos exactamente porque a lei só o prevê para investigações duradouras (cf. MARTA PÉREZ, «El Agente Encubierto como médio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española», in *Revista Criterio Jurídico*, V.6, Pontificia Universidad Javeriana, 2006, consultado a 02-03-2013 em http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/10_267_mpozo_agente_encubierto.pdf, p. 281; GONZALEZ-CASTELL, «El Agente Infiltrado en España y Portugal - Estudio comparado a la luz de las garantías y de los principios constitucionales», in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa - Interferências e Ingerências Mútuas*, Coord. Manuel Guedes Valente, Almedina, 2009, p. 187; ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *ob. cit.*, pp. 70 e 73-74).

sem em qualquer caso determinar o(s) suspeito(s) à prática de infracções. Por conseguinte, qualquer acção encetada por AE (acção encoberta) – quer este seja um agente da polícia ou um particular sob as instruções desta (e seja o particular um cidadão ou alguém pertencente ao submundo criminal²⁸, ou mesmo um arguido que pretenda, ao participar na acção, beneficiar do estatuto jurídico-penal do chamado “arrependido” derivado de alguma norma de direito premial), quer este actue apenas com ocultação da sua qualidade ou também da sua identidade, ou ainda sob uma identidade fictícia, e quer o faça por um curto ou por um longo período de tempo – reger-se-á pelo RJAE e só será legalmente admissível obedecendo aos seus termos e condições.

Da figura do AE agora definida devem distinguir-se, e portanto excluir-se do âmbito do RJAE, as do agente provocador, do agente à paisana e do informador. Remetendo-se para o capítulo seguinte a definição do primeiro, quanto ao agente à paisana²⁹ do que se trata é do agente policial que, sem estar identificado, isto é, trajado à civil, tão-somente frequenta os meios, acessíveis ao público, conotados com determinado tipo de criminalidade com o propósito de os vigiar ou observar, identificar possíveis suspeitos da prática de actividades ilícitas e presenciar o cometimento de crimes para desta forma surpreender os seus agentes em flagrante delito, detendo-os. A sua actuação é absolutamente passiva, de mero espectador, não recorrendo à não ostentação da sua qualidade e identidade para contactar ou relacionar-se com nenhum suspeito, nem tendo qualquer intervenção no desenrolar dos factos, estando simplesmente presente no local e no momento em que um crime possa ser praticado. Por essa razão não restringe direitos fundamentais, sendo a sua actuação inteiramente legítima. Surge em «uma posição exterior ao crime e ao criminoso»³⁰, na medida em que nem influencia qualquer resolução criminosa, nem se imiscui no âmbito das relações intersubjectivas do investigado, não travando qualquer contacto com este. E muito menos pratica factos ilícitos típicos, sob pena de responder criminalmente.

Já o informador é aquele cidadão particular que se limita a fornecer às instâncias formais de perseguição penal informações de que teve (com anterioridade)

²⁸ Cf. TRL de 12-03-2009 (*in* CJ, 2009, I).

²⁹ Cf. ISABEL ONETO, *ob. cit.*, pp. 138-139. Corresponde ao que ALVES MEIREIS, *O Regime...*, *cit.*, pp. 192-193, e a doutrina e jurisprudência no seu seguimento comumente denominam de «agente encoberto», em contraposição ao «agente infiltrado».

³⁰ Acs. STJ de 27-06-2012 (Proc. 127/10.0JABRG.G2.S1).

conhecimento sobre a preparação ou a comissão crimes e sobre os seus agentes. Porém, na medida em que o particular actue de forma concertada com a polícia com o intuito de recolher mais informações ou provas do que aquelas que já tenha conhecimento, ocultando essa qualidade e finalidade no contacto com os suspeitos, deixa de ser um simples informador para passar a constituir um AE, subordinado ao RJA.

III. A (IR)RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE ENCOBERTO

A posição do AE no desenrolar da acção encoberta não é meramente passiva, não se limita ao mero acompanhamento ou observação das actividades dos suspeitos, adoptando também e ainda uma posição activa na interacção com os previsíveis infractores cujo conteúdo variará consoante o papel adoptado, a modalidade da acção encoberta e os objectivos de prevenção ou repressão criminal que se proponha atingir, e, bem assim, participa na actividade criminosa e pratica actos típicos³¹. A sua actuação, todavia, já será, ou terá que ser, plenamente passiva em relação à formação da resolução criminosa do(s) suspeito(s).

Deste modo, necessário se torna aferir da responsabilidade penal do AE pelas condutas que leve a cabo no âmbito de uma acção encoberta, pois que tal qualidade não lhe concede uma prerrogativa para a realização de todo e qualquer facto delituoso. Pelo contrário, haverá que distinguir as actuações que, apesar de penalmente relevantes, se constituirão legítimas em face dos objectivos prosseguidos pelas operações encobertas, daquelas que escapam a essa legitimidade e que, por isso, devem ser criminalmente sancionadas.

1. A «ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE» DO ART. 6.º, N.º 1 DO RJAÉ

O legislador, consciente de que «a actuação do agente [encoberto] poderá levar à prática de factos que seriam, noutras circunstâncias, ilícitos típicos penais», consagrou no art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ «um regime de isenção da responsabilidade criminal por esses factos»³², cuja fonte é a norma espanhola do art. 282 bis, 5 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrím), a qual estabelece que «o agente encoberto estará isento de responsabilidade criminal por aquelas actuações que sejam consequência necessária do desenvolvimento da investigação, sempre que guardem a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma e não constituam uma provocação ao delito». Desta isenção vai depender a punibilidade ou não punibilidade de determinada actuação do AE, sem prejuízo evidentemente da possibilidade de invocação de alguma das causas gerais de

³¹ Cf. ISABEL ONETO, *ob. cit.*, p. 137, e ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *ob. cit.*, p. 78.

³² Exposição de motivos da Proposta de Lei N.º 79/VIII, *in* DAR II Série A, N.º62/VIII/2, 2001.05.31, p. 2057.

exclusão da ilicitude ou da culpa, o que dependerá sempre da estrita verificação dos seus requisitos (e que pode acontecer, especialmente, nos casos de perigo iminente para a sua vida ou integridade física)

Uma dupla função pode ser apontada à norma do art. 6.º, n.º 1 do RJA: por uma parte, dirimir a ilicitude indiciada pela tipicidade das condutas do AE com vista quer à sua própria defesa, livrando-o de qualquer censura, quer à legitimação desta forma de prossecução das finalidades de prevenção e investigação criminal; e, por outra, limitar as possibilidades da actuação lícita dos agentes no âmbito das acções encobertas que levem a cabo e, concomitantemente, «desencorajar excessos de zelo ou de comprometimento»³³.

1.1. A NATUREZA DA ISENÇÃO

A primeira questão que automaticamente se coloca, e imprescindível para as subsequentes considerações, é a da natureza jurídica desta «isenção de responsabilidade» do AE, cuja resposta não parece oferecer grandes dúvidas uma vez que a doutrina unanimemente a considera uma causa de justificação ou de exclusão da ilicitude, traduzida no cumprimento de um dever (art. 31.º, n.º 2, b) do CP)³⁴.

Na verdade, na maioria das vezes o AE encontrar-se-á na difícil e desconfortável posição de constatar que será pela prática de determinados ilícitos criminais que, por razões inerentes ao próprio prosseguimento da acção encoberta, conseguirá atingir os objectivos de prevenção ou repressão criminal a que se propôs. Acontece que nessas hipóteses tais fins não serão suficientes, por si só, para afastar a ilicitude dos actos e nem poderá o agente socorrer-se de alguma das causas gerais de exclusão da ilicitude por falta de verificação dos seus pressupostos. Tal demonstra que se está perante uma situação eminentemente conflitual, na qual contendem interesses jurídicos contrapostos – de um lado, o interesse na tutela dos bens jurídicos lesados ou colocados em perigo com a prática de factos ilícitos pelo AE e, do outro, o interesse na realização (funcionalmente eficaz) da justiça penal e, daí, na defesa dos bens jurídicos tutelados

³³ Ac. TRL de 07-07-1998 (Proc. 0043325).

³⁴ Por todos, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, UCE, Lisboa, 2008, p. 126, e *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª ed., UCE, Lisboa, 2011, p., cit., p. 686. No mesmo sentido, quanto à correspondente norma espanhola, ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *ob. cit.*, pp. 397 e 408.

pelos crimes a prevenir ou reprimir – e que deve ser solucionada no âmbito de uma justificação, pois o domínio operativo desta é precisamente o da «regulação socialmente correcta dos interesses colidentes» através da ponderação dos valores e bens conflituantes e da prevalência daquele que seja juridicamente preponderante³⁵. E outra hipótese nem sequer teria cabimento, nomeadamente considerar-se uma causa de exclusão da culpa, já que é o próprio Estado que diligencia pela realização de acções encobertas e estaria a promover um método de investigação criminal onde autorizaria a prática de ilícitos penais, combatendo o ilícito com o ilícito.

Nesta medida, o legislador procurou resolver aquele conflito através da criação de um especial tipo justificador que orienta a conduta dos agentes encobertos enquanto meio de prevenção e repressão criminal em situações de colisão, prevendo, como que numa espécie de estado de necessidade em face de determinado tipo de criminalidade, a forma como pretende que seja realizada a ponderação dos interesses conflituantes. E com base na ideia de protecção do interesse jurídico mais importante ou mais valioso na concreta situação de conflito, admite o sacrifício, em certas circunstâncias, de alguns bens jurídico-penais a favor de uma prossecução mais eficaz das finalidades preventivas e repressivas da criminalidade, permitindo que a actuação formalmente típica dos agentes encobertos se possa apresentar como lícita, conforme ao Direito e socialmente positiva.

De salientar que esta causa de justificação opera nas situações em que os actos do AE envolvem a afectação de bens jurídico-penais que não pertencem aos suspeitos criminosos que se investigam, ou seja, de bens de terceiros inteiramente alheios aos alvos da encoberta ou de bens supra-individuais, como resulta desde logo de um dos requisitos objectivos daquela causa exigir que o agente actue em comparticipação (com os criminosos). Daí que se possa considerar que o fundamento desta justificação reside, à semelhança do direito de necessidade³⁶, na maximização da protecção do interesse jurídico-socialmente mais importante entre aqueles em conflito através de um sacrifício imposto com base na solidariedade comunitária. Acresce que esta isenção também se não destina aos casos de reacção a agressões ou perigos iminentes que ameacem bens

³⁵ ROXIN, *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, trad. por Luzon Peña, García Conlledo e Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 574, e FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal - Parte Geral*, Tomo I, 2ªed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 391.

³⁶ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte...*, p. 440; TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal – Parte Geral, Teoria Geral do Crime*, Vol. II, Reimp., Publicações Universidade Católica, Porto, 2006, p. 222.

jurídicos (seus ou de terceiros), pois em tais hipóteses o AE deve valer-se da legítima defesa (incluindo o auxílio necessário) ou dos estados de necessidade justificantes (ofensivo e defensivo), nos seus termos gerais³⁷.

Por outro lado, não podem igualmente beneficiar desta causa de justificação as condutas típicas que atingem direitos fundamentais específicos que o RJAE não expressamente previu e legitimou³⁸ e para os quais o legislador penal já realizou a ponderação dos interesses conflitantes através de autorizações legais, estabelecendo concretamente a forma pela qual é admitida a sua lesão: são eles o direito à imagem, à palavra e à inviolabilidade da correspondência, das telecomunicações e do domicílio³⁹, tutelados pelas incriminações dos arts. 190.º, 192.º, 194.º, 199.º, 378.º e 384.º do CP. Assim, a realização de registos de voz e imagem, de escutas telefónicas e de apreensões de correspondência no âmbito de acções encobertas pode ser justificada se forem observados os requisitos, respectivamente, do art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, dos arts. 187.º ss. do CPP e dos arts. 179.º ss. também do CPP. Quanto à entrada do AE em domicílio do suspeito ou de terceiros, essa entrada faz-se com o acordo do portador do bem jurídico mas obtido mediante erro fraudulentamente provocado sobre qualidade daquele, razão pela qual é ineficaz e, portanto, não excludente da tipicidade⁴⁰. Na falta de uma norma, como a dos §§ 110b, II, 2 e 110c da StPO alemã, que autorize o AE a entrar em domicílios com base naquele consentimento viciado, «a tutela constitucional do domicilio exige que se trate a acção encoberta no domicílio do visado tal e qual como se de uma busca domiciliária se tratasse»⁴¹, de modo que a entrada do AE em domicílio só se encontrará justificada mediante o cumprimento dos pressupostos do art. 177.º do CPP.

³⁷ Com razão, ISABEL ONETO, *ob. cit.*, p. 179.

³⁸ Da Proposta de Lei N.º 79/VIII, *in* DAR II Série A, N.º62/VIII/2, 2001.05.31. p. 2058, constava um art. 7.º que previa a realização de registos de voz e imagem durante as acções encobertas e excluía a ilicitude dessa actuação (n.º 5 desse art.), mas que em sede de especialidade foi precisamente eliminado.

³⁹ Assim, COSTA ANDRADE, «Métodos...», *cit.*, p. 541, e PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP...*, *cit.*, pp. 683-684.

⁴⁰ COSTA ANDRADE, «Anotação ao art. 378.º», *in* *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo III, Dir. Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, p. 743. Cf., também, ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, Trad. da 25ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Ed.del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 65, e MARTA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 302.

⁴¹ PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP...*, *cit.*, p. 684.

1.2. OS PRESSUPOSTOS DA JUSTIFICAÇÃO

Como em qualquer causa de justificação, a exclusão da ilicitude do facto praticado pelo AE através da dirimente prevista no RJAE depende da verificação tanto dos respectivos elementos ou pressupostos objectivos, como do elemento subjectivo comum, ou seja, o conhecimento ou representação pelo agente, no momento da prática do facto, da situação objectiva justificante, quer dizer, de todos aqueles elementos ou pressupostos objectivos do tipo justificador. Dada a particular complexidade destes requisitos são perfeitamente pensáveis as situações de erro sobre os pressupostos da causa de justificação e sobre a sua existência ou limites⁴².

1.2.1. A LEGALIDADE DA ACÇÃO ENCOBERTA

O primeiro pressuposto objectivo da justificação referido no art. 6.º, n.º 1 do RJAE é, naturalmente, que a conduta do AE se realize «no âmbito de uma acção encoberta». Ora tal pressupõe a legalidade dessa mesma acção, ou seja, a observância dos requisitos materiais e formais prescritos pelo RJAE.

Em primeiro lugar, o recurso ao AE está reservado à Polícia Judiciária (PJ) e ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) consoante, respectivamente, o crime a investigar se insira no catálogo do RJAE (art. 1.º, n.º 2 do RJAE) e do art. 19.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009, ou na previsão do art. 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007. Quer isto dizer que o AE terá que actuar sob o controlo ou direcção da PJ ou do SEF, mas podendo ele ser um agente policial ou qualquer outra pessoa. Contudo, sob identidade fictícia, atribuída por despacho do Ministro da Justiça a pedido do director nacional daquelas entidades (art. 5.º, n.º 2 do RJAE)⁴³, já só poderão actuar «agentes da polícia criminal» (art. 5.º, n.º 1 do RJAE), os quais, em princípio, apenas serão os funcionários de investigação criminal da PJ e do SEF, pois os crimes constantes do RJAE e no art. 19.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009 são da competência reservada da PJ (art. 7.º, n.º 2 e 3 da Lei

⁴² Para um desses casos, veja-se o Ac. STJ de 04-07-1996 (*in* BMI, n.º 459, 1996, pp. 178 e ss.). E sobre estas hipóteses, cf. RUI PEREIRA, «O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa», *in* *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, CEJ, Coimbra Editora, 2004, pp. 33-36.

⁴³ Embora o artigo apenas refira o director nacional da PJ, em face do alargamento das acções encobertas operada pelo art. 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007 e na medida em que nesse caso a direcção da acção cabe exclusivamente ao SEF, por razões óbvias se deve entender que também o director nacional do SEF pode propor a atribuição de identidade fictícia.

n.º 49/2008, de 27 de Agosto) e os consagrados no art. 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007 da competência específica de ambos (art. 7.º, n.º 4, b) da Lei n.º 49/2008 e art. 2.º, n.º 1, g) do Decreto-Lei n.º 252/2000, de 16 de Outubro).

Em segundo, a acção encoberta deve ter como finalidade a prevenção ou a repressão (art. 1.º do RJAE) de algum dos crimes taxativamente previstos na lei⁴⁴: ao catálogo do art. 2.º do RJAE, acrescem os «crimes relacionados com a imigração ilegal em que estejam envolvidas associações criminosas» (art. 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007) e, limitadamente ao âmbito da repressão, os crimes informáticos e crimes cometidos por meio de um sistema informático referidos no art. 19.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009. Em relação a estes crimes terão que existir, no momento da autorização da operação encoberta, indícios suficientes⁴⁵ de que eles se irão praticar ou já foram praticados, isto é, factos concretos que sustentem a maior probabilidade de que as infracções venham a ocorrer ou tenham ocorrido do que não venham a ocorrer ou não tenham ocorrido.

Em terceiro lugar, embora caiba à PJ ou ao SEF a proposta de realização e a direcção da execução da acção encoberta, esta depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente⁴⁶: no domínio da prevenção criminal, o juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público; e no âmbito do inquérito, o Ministério Público, mas estando a autorização deste sujeita a ratificação tácita (considera-se validada se não for proferido despacho judicial de recusa nas 72h seguintes) ou expressa do juiz de instrução (art. 3.º, n.º 3 e 4 do RJAE). Os mesmos

⁴⁴ Os quais não têm que se enquadrar no âmbito de terrorismo ou da criminalidade organizada ou altamente violenta (ISABEL ONETO, *ob. cit.*, p. 187), nem têm que ser crimes repetíveis ou inseridos numa lógica de continuidade (RUI PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 25-26). Para além de tal interpretação restritiva alegadamente teleológica não ter «qualquer fundamento literal» (PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP...*, cit., p. 682), também não tem qualquer apoio no elemento histórico que expressamente se refere ao «crime grave e organizado» e a «crimes em que, pela forma normal de serem praticados, o AE pode ter grande utilidade» (cit. nota 15), e nem sequer é necessária para compatibilizar o RJAE com a CRP. A verdadeira restrição na utilização de acções encobertas deve resultar da correcta ponderação do requisito material do princípio da proporcionalidade em sentido amplo aquando da sua autorização no caso concreto, onde deverão ser tidas em conta todas as circunstâncias.

⁴⁵ Assim, § 110ª, I, 1 da StPO alemã, RUI PEREIRA, *ob. cit.*, p. 27, PINTO DE SOUSA, «Acções Encobertas. Meio Enganoso de Prova? Agente Infiltrado e Agente Provocador. Outras questões», in *Revista do CEJ*, 2º Semestre 2010, n.º 14, p. 237, e MARTA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 292.

⁴⁶ Contudo, «em circunstância alguma a Lei exige, nem é razoável que o faça, que o Juiz de Instrução acompanhe a par e passo o desenrolar da acção encoberta» (Ac. TRL 12-03-2009, in CJ, 2009, I).

termos devem ser seguidos no tocante às decisões de prorrogação, modificação e cessação da acção encoberta. A autorização deve fixar o tempo de duração da acção encoberta, que não poderá ultrapassar 6 meses, mas podendo ser prorrogada por períodos sujeitos ao mesmo limite (art. 5.º, n.º 3 do RJAЕ)⁴⁷.

Em quarto lugar, como método de investigação excepcional que é, a acção encoberta deve cumprir rigorosamente com o mandato constitucional do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (art. 3.º, n.º 1 do RJAЕ) para que possa ser autorizada (e prorrogada), atendendo às circunstâncias do caso. Assim, a acção encoberta há-de revelar-se, ao tempo da autorização ou da prorroga, um meio em concreto apto ou idóneo a atingir as finalidades de prevenção e/ou repressão criminal pretendidos (nomeadamente, a descoberta de material probatório), isto é, que serve a realização desses fins (princípio da adequação). Por outro lado, a acção encoberta tem que ser indispensável à prossecução daquelas finalidades, no sentido em que estas não podem ser alcançadas suficiente e eficazmente por outro método de investigação criminal menos oneroso para os direitos fundamentais dos suspeitos (princípio da necessidade); ou seja, a acção encoberta é o único meio através do qual é possível, no caso concreto, prevenir e/ou reprimir os crimes visados, pois todos os outros (menos restritivos) se revelam ineficazes (princípio da subsidiariedade). E sendo a acção encoberta necessária, a modalidade escolhida também o deverá ser, de modo que apenas há-de ser autorizado o tipo de operação encoberta que corresponda aos actos menos gravosos que ainda possam realizar aqueles fins. Ademais, pode a acção encoberta ser adequada e necessária, mas não ser proporcional por representar uma restrição de direitos excessiva, desmedida ou desproporcionada face aos fins preventivos e/ou repressivos concretos e à (diminuta, considerável ou grande) gravidade, objectiva e subjectiva, dos crimes a investigar (princípio da proporcionalidade *stricto sensu*).

Finalmente, o AE está sujeito ao dever de relato (art. 3.º, n.º 6 do RJAЕ) da sua actividade à entidade sob a direcção da qual esteja a actuar – PJ ou SEF –, a qual, por sua vez, transmitirá o relatório à autoridade judiciária competente no prazo de 48 horas

⁴⁷ O RJAЕ não prevê expressamente um prazo para as acções encobertas, mas refere os 6 meses (prorrogáveis) como o prazo de validade da identidade fictícia, o qual se deve entender extensível à duração de todas as operações encobertas (assim, ISABEL ONETO, *ob. cit.*, p. 197; PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP...*, cit., p. 684; e em Espanha, face exactamente à mesma questão visto que o legislador português se baseou no art. 282 bis, 1, 1º parágrafo da LECrim, ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *ob. cit.*, p. 357).

após o termo da acção encoberta ou aquando das prorrogações, de modo a que aquela autoridade possua os elementos suficientes para aferir da conformidade da operação.

1.2.2. A PRÁTICA DE ACTOS PREPARATÓRIOS OU DE EXECUÇÃO

O seguinte pressuposto objectivo da causa justificação do art. 6.º, n.º 1 do RJAE é o de que a conduta do AE «consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção». Qual a intenção subjacente à utilização destes conceitos é coisa profundamente duvidosa.

No que diz respeito aos actos preparatórios, isto é, aos actos que visam facilitar ou preparar a execução do crime, antecedendo temporalmente e segundo a natureza das coisas os actos de execução, por princípio não serão puníveis (art. 21.º do CP), pelo que nem sequer será necessária a invocação de qualquer causa de exclusão da ilicitude. Mas pode excepcionalmente a sua punição estar legalmente prevista, pelo que perpetrando alguns desses actos o AE já incorrerá em responsabilidade criminal, resultando daí a indispensabilidade da aplicação da causa de justificação do RJAE. É o que acontece em relação aos actos preparatórios de alguns dos crimes do catálogo do RJAE que são efectivamente puníveis, designadamente os constantes do art. 271.º do CP relativamente aos crimes previstos no art. 2.º, q) do RJAE, os do art. 275.º CP com relação aos crimes do art. 2.º, g) do RJAE, 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, e) do RJAE.

Quanto aos actos de execução, tudo é menos claro. Actos de execução são os actos referidos nas alíneas do art. 22.º, n.º 2 do CP. Tais actos constituem um dos elementos da tentativa, juntamente com a decisão de cometer o crime e com a não consumação deste (art. 22.º, n.º 1 do CP). Daí que não falte quem entenda que com o emprego da expressão «actos de execução» pretendeu o legislador limitar a acção típica do AE a factos na forma tentada, não estando justificada a sua consumação⁴⁸. Contudo, não nos parece que seja essa a melhor interpretação a dar.

Desde logo, se é verdade que os «actos de execução são precisamente os actos que (...) integram o conceito de tentativa»⁴⁹, também é verdade que são apenas um dos elementos desse mesmo conceito e que a ele se não reduzem. É que, enquanto actos da realização típica, os actos de execução são actos-meio para a realização do crime

⁴⁸ ISABEL ONETO, *ob. cit.*, pp. 152-153.

⁴⁹ *Ibidem*.

(consumado) e, por isso, não são actos exclusivos dos factos tentados, já que também nos consumados o agente pratica actos de execução. É dizer, um agente de um facto ilícito pode não praticar todos os actos de execução indispensáveis à sua consumação (tentativa inacabada), ou pode praticar a totalidade daqueles actos e ainda assim a consumação não ocorrer (tentativa acabada ou crime frustrado), ou pode praticar essa totalidade e a consumação ter lugar (crime consumado). Em qualquer dos casos houve sempre (actos de) execução do crime. Aliás, os actos de execução de uma tentativa podem até ser autonomamente puníveis por constituírem só por si factos consumados⁵⁰.

Depois, ao prever-se a prática pelo AE de «actos (...) de execução de uma infracção em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata» estar-se-ia a excluir a ilicitude dos actos de execução sob a forma de cumplicidade praticados do AE. Ora, a cumplicidade caracteriza-se pela ausência de actos de execução, pois o que existe é a prática pelo cúmplice de actos de auxílio ao facto do autor, sendo este quem realiza os actos executivos. Mas entendendo-se que legislador quer aludir a actos de tentativa, então aqui significaria actos de tentativa de cumplicidade. Mas a punição dos cúmplices depende do começo da execução do facto pelo autor (acessoriedade quantitativa), de modo que a tentativa de cumplicidade ou a cumplicidade falhada não é punível (punível é a cumplicidade na tentativa, isto é, o auxílio ao facto tentado do autor). Portanto, “justificava-se” um acto tentado (de cúmplice) que não é punível, ao mesmo tempo que não se justificava o efectivo acto de cumplicidade.

Por outro lado, a limitação da justificação a factos tentados resultaria em uma maior restrição à actuação permitida ao AE no âmbito do RJAE do que em relação ao regime anterior (arts. 59.º do Decreto-Lei n.º 15/93 e 6.º, n.º 1 da Lei n.º 36/94) que não impunha essa limitação, não tendo sido notoriamente intenção do legislador (pelo contrário) ser mais restritivo com o RJAE, e conduziria ainda a resultados absurdos para as acções encobertas. Logo no domínio onde os agentes encobertos são mais utilizados – o tráfico de droga –, estes estariam profundamente limitados na sua actuação dada a configuração do crime de tráfico do art. 21.º do Decreto-Lei n.º 15/93 como crime de perigo abstracto e de empreendimento, o que se traduz numa antecipação da tutela penal que prescinde de um perigo concreto ou de uma efectiva lesão do bem jurídico, e na sua

⁵⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português - Teoria do Crime*, UCE, Lisboa, 2012, pp. 326 e 333.

consumação imediata com a prática dos primeiros actos de execução, independentemente de os mesmos corresponderem a uma execução completa, deixando pouco ou nenhum espaço para uma tentativa⁵¹. O AE não poderia, nomeadamente, aceitar, deter, guardar, transportar ou, a solicitação, entregar drogas, pois que tais condutas integram o tipo-de-ilícito consumado do tráfico, quando essas mesmas condutas lhe eram expressamente permitidas pelo art. 59.º do Decreto-Lei n.º 15/93 revogado pelo RJAÉ⁵². Tal limitação implicaria uma paralisação das actividades encobertas no âmbito do tráfico de droga, pois que dificilmente um AE consegue simular a comunhão dos mesmos propósitos que os traficantes se não praticar aqueles actos típicos. E tanto assim é que o Ac. TRL de 22-03-2011 (Proc. 182/09.6JELSB.L1-5), já sob a vigência do RJAÉ, nada censurou quanto à actuação de um AE que se fez passar por um colaborador de uma organização criminosa, retirando a droga que vinha da América do Sul por via marítima do contentor no porto de Lisboa e guardando-a para a entregar às pessoas que a viessem buscar, sendo que tal conduta preencheria o tipo do tráfico sob a forma de detenção ou transporte da droga. E coisa semelhante se passaria quanto aos crimes de associação criminosa (art. 299.º do CP e art. 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93) ou de organizações terroristas (art. 2.º da Lei n.º 52/2003), também eles crimes de perigo abstracto e de empreendimento, em relação aos quais basta ser membro ou apoiante dessas organizações (coisa que um AE que nelas se infiltre passará em princípio a ser) para o facto se consumir, nem sendo sequer punível a tentativa⁵³. Serve isto para dizer que em relação a crimes de consumação antecipada, como os crimes de perigo e de empreendimento, os actos de tentativa, quando possíveis, não terão suficiente relevância para viabilizar um adequado desenvolvimento do papel simulado adoptado pelo AE, dada a amplitude do tipo consumado.

Acresce que limitar a actuação do AE a factos tentados significaria subtrair boa parte da eficácia a um meio de prevenção e repressão criminal ao qual se recorre precisamente pela sua maior eficácia no combate a determinado tipo de criminalidade,

⁵¹ Cf. PEDRO PATTO, «Comentário ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro», in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. II, Org. Pinto de Albuquerque e José Branco, UCE, Lisboa, 2011, pp. 487 e 491, e Ac. STJ de 15-07-2008 (Proc. 08P1787).

⁵² Realçando este aspecto, ISABEL ONETO, *ob. cit.*, p. 153, e PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP...*, cit., p. 682.

⁵³ Cf. FIGUEIREDO DIAS, «Anotação ao art. 299.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Dir. Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999, p. 1170.

visto que é desprovê-lo daquela que é muito provavelmente, sobretudo nas acções encobertas de longa duração, a única forma de alcançar uma efectiva e produtiva inserção no meio criminoso⁵⁴. Isto porque é a prática de factos típicos consumados, e não meramente tentados, que permite verdadeiramente criar nos criminosos a convicção de que o agente é também um deles, bem como acompanhar a execução dos seus ilícitos criminais sem levantar desconfianças.

Por último, o próprio Ministro da Justiça ANTÓNIO COSTA, na discussão na generalidade da Proposta de Lei N.º 79/VIII⁵⁵, refere-se ao AE «praticar os *actos típicos* necessários», podendo-se presumir que se fosse intenção do legislador limitar a actuação do AE a factos na forma tentada, este teria consagrado essa opção de forma expressa no texto do preceito do RJAЕ ao invés de recorrer ao conceito de actos de execução (art. 9.º, n.º 3 do Cód. Civil).

Dito tudo isto, a nosso ver, a razão da utilização da expressão «actos de execução» residirá em ter sido esse o termo utilizado pelo único Autor que, ao tempo da elaboração do RJAЕ, abordava directamente o tema da responsabilidade penal do AE⁵⁶, sendo que a justificação desse uso tem que ver com tais actos constituírem, via de regra, o momento a partir do qual é susceptível de ser gerada a responsabilidade criminal (por, pelo menos, uma tentativa), e não com qualquer pretensão de limitação da justificação somente a factos tentados. E por isso mesmo são também referidos no artigo do RJAЕ os actos de preparatórios, porque, quando puníveis, antecipam aquele início.

Assim, o art. 6.º, n.º 1 do RJAЕ deve ser correctamente interpretado no sentido de a possibilidade do AE praticar actos de execução de uma infracção referir-se à prática de actos penalmente relevantes que tanto podem levar a que aquela fique pelo estágio da tentativa como a que atinja a consumação, e incluindo actos de auxílio (de cúmplice)⁵⁷. No entanto, é evidente que se for possível e suficiente para o sucesso da acção encoberta a realização de factos que se quedem pela tentativa, será dessa forma que deverá o agente actuar, mas isso resulta do próprio requisito da proporcionalidade da justificação, como adiante se verá. Em todo o caso, diga-se que bem melhor teria andado o legislador

⁵⁴ Na mesma conclusão, ISABEL ONETO, *ob. cit.*, pp. 153-154.

⁵⁵ Como cit. nota 15, p. 3865 (itálico nosso).

⁵⁶ ALVES MEIREIS, *O Regime...*, cit., pp. 163-164.

⁵⁷ No sentido da admissão da prática de factos consumados, PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CP...*, cit., p. 126, e *Comentário do CPP...*, cit., p. 682; e, em princípio também, RUI PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 30-37.

se em vez de actos preparatórios e de execução tivesse simplesmente utilizado a palavra «actos».

1.2.3. A COMPARTICIPAÇÃO

O terceiro pressuposto objectivo constante do art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ é o de que os actos do AE sejam praticados «em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata». Deixando por agora de lado a questão da exclusão da instigação e da autoria mediata, afigura-se que a intenção legislativa foi circunscrever a actuação típica do AE a situações de comparticipação.

Comparticipação é, como se sabe, a colaboração ou intervenção de várias pessoas (uma pluralidade de agentes) na realização de um facto. O que se admite, então, é somente a colaboração do AE nas actividades criminosas que se pretendem investigar⁵⁸. A razão da exigência de que o AE participe na infracção parece prender-se com o facto de o legislador ter considerado que, se a finalidade fundamental da acção encoberta é a obtenção de material probatório, só fazia sentido e se justificaria que os actos típicos daquele agente se traduzissem numa cooperação nos factos criminosos que justamente se pretendem provar, como forma de «permitir que [estes] se desenvolva[m] o necessário e suficiente para a recolha dos meios de prova necessários a obter uma efectiva condenação»⁵⁹ dos comparticipantes. Sendo assim, e afastadas a instigação e autoria mediata, as formas de comparticipação sob as quais pode o AE de actuar só podem ser as de co-autoria e de cumplicidade⁶⁰. Podia-se colocar a hipótese de o AE também poder actuar como autor imediato quando no seu facto participasse um cúmplice, pois que nessa situação intervêm uma pluralidade de agentes e, nessa medida, existe comparticipação criminosa. Simplesmente, como o facto do AE estará justificado ao abrigo da cláusula do RJAÉ, o cúmplice nesse mesmo facto não é punível (teoria da acessoriedade limitada), pelo que nenhuma finalidade de recolha de prova sobre esse crime se poderia concretizar aqui (e nem tal tinha cabimento algum). Já quanto à autoria

⁵⁸ Também assim, HENRIQUES GASPAR, «Anotação à Decisão de 9 de Junho de 1998 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro c. Portugal)», in *RPCC*, Ano 10, Fasc. 1, Janeiro-Março 2000, Coimbra Editora, p. 14.

⁵⁹ Ministro da Justiça ANTÓNIO COSTA, como cit. nota 55. Era o que defendia ALVES MEIREIS, *O Regime...*, cit., p. 164, nota 36.

⁶⁰ Era precisamente o que, já antes do RJAÉ, sustentava ALVES MEIREIS, *O Regime...*, cit., p. 164; e agora em face do RJAÉ, RUI PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 30 e 32-33.

imediate singular, é evidente que o AE seria neste caso o único agente do crime, não havendo, portanto, qualquer forma de comparticipação e estando, por conseguinte, impedido de actuar como tal⁶¹. Coisa diferente sucederá nos crimes de comparticipação necessária, especificamente nos crimes de associação criminosa e de organizações terroristas constantes do catálogo do RJAE (art. 2.º, e)), nos quais a autoria imediata do AE pressupõe obrigatoriamente a comparticipação de outros agentes no crime, razão pela qual se deverá entender também compreendida pela causa de justificação.

E se esta foi a intenção subjacente, todavia pode perguntar-se se terá sido acertada. Por um lado, situações haverá em que o AE pratica actos em relação aos quais não é possível afirmar uma co-autoria e muito menos uma cumplicidade, mas que ainda assim visam directamente comprovar o facto criminoso que se investiga. Pense-se em hipóteses como o AE comprar a droga a um traficante que lha propôs vender como forma de detê-lo em flagrante delito, ou satisfazer a vantagem solicitada por um funcionário para praticar determinado acto de modo a conseguir provas inequívocas deste crime⁶²; em ambos os casos o AE constitui-se como autor imediato singular dos crimes, respectivamente, de tráfico (sob a modalidade de compra de droga) e de corrupção activa. No entanto, nestas situações, pode considerar-se que «o crime autónomo praticado pelo AE se insere numa lógica de “comparticipação” num outro crime»⁶³ (no crime de tráfico sob a modalidade de venda de droga perpetrado pelo traficante e no crime de corrupção passiva cometido pelo funcionário corrupto), devendo assim entender-se que a conduta do agente é ainda abrangida pela justificação do RJAE por configurar «em sentido material, uma forma de comparticipação»⁶⁴.

Por outro lado, e esta é a crítica decisiva, o motivo da limitação da prática de actos típicos pelo AE a situações de comparticipação não parece tomar em consideração dois aspectos. Um é o de que numa acção encoberta com finalidade unicamente repressiva (ou seja, obtenção de provas sobre um facto passado), o AE não pode participar no crime que se investiga porque o crime já foi cometido. E o outro aspecto, correlacionado também com o anterior, é o de que a actuação do AE pode não se cingir unicamente à

⁶¹ Se não fosse essa a intenção do legislador, este certamente teria optado por um texto idêntico ao do art. 75.º, n.º 1 do CP: «É punido como reincidente quem, *por si só* ou *sob qualquer forma de comparticipação...*» (itálico nosso).

⁶² Cf. Ac. TRL de 15-06-2004 (Proc. 6919/2003-5).

⁶³ RUI PEREIRA, *ob. cit.*, p. 32.

⁶⁴ *Ibidem.*

colaboração nos ilícitos penais que concretamente se visam investigar, o que vale de sobremaneira para as acções encobertas de longa duração. Com efeito, há que não esquecer a contingência de o AE necessitar de realizar actos que consubstanciam infracções distintas daquelas que visa investigar e provar, mas que protegem o seu disfarce e o tornam credível no seu papel ou que necessariamente decorrem do papel simulado que assume e permitem ganhar a confiança dos suspeitos ou inserir-se e conservar-se no meio criminoso – são os denominados crimes instrumentais (*ancillary crimes*⁶⁵). Tais crimes quando praticados em comparticipação, mormente em co-autoria, podem ser abrangidos pela causa de justificação do RJAE (não obstante não ter sido em vista destes casos que o legislador a erigiu), mas as mais das vezes eles exigirão uma autoria imediata (singular) do AE. E não só durante a permanência do AE no meio criminoso e com o fito de ganhar sucessivamente mais importância e destaque no seu seio (ou, no mínimo, para não levantar suspeitas sobre a sua verdadeira qualidade), como inclusivamente no momento inicial da infiltração. É o que sucede com as chamadas “provas de castidade” (*Keuschheitsprobe, chastity tests*)⁶⁶, isto é, os testes de fidelidade efectuados sobretudo pelas associações criminosas consistentes na exigência, à pessoa que nela se tenciona integrar, de comissão de um ou vários ilícitos típicos que demonstrem a sua disposição para a prática criminosa e a sua lealdade ao grupo. Em todas estas circunstâncias, não se vê como possa o AE ver excluída a ilicitude da sua conduta face ao teor do art. 6.º, n.º 1 do RJAE.

1.2.4. A PROIBIÇÃO DA INSTIGAÇÃO E DA AUTORIA MEDIATA. O AGENTE PROVOCADOR

O quarto pressuposto objectivo da justificação, traduzido na exigência de que a forma sob a qual o AE comparticipa no crime seja «diversa da instigação e da autoria mediata», relaciona-se com a problemática que mais preocupações suscitou e continua a suscitar à doutrina e à jurisprudência e que, por esse motivo, mereceu especial atenção no articulado do RJAE, qual seja, a de definir a fronteira entre o agente que actua como

⁶⁵ JACQUELINE E. ROSS, «The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany», in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, 2007, consultado a 13-03-2013 em <http://ssrn.com/abstract=909010>, p. 541. Cf., também, ISABEL ONETO, *ob. cit.*, p. 149.

⁶⁶ Cf. JACQUELINE E. ROSS, *ob. cit.*, p. 542, e ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *ob. cit.*, pp. 391 e 409 e ss.

um simples AE e aquele que já constitui um verdadeiro agente provocador. Neste sentido, o legislador optou «por recorrer a conceitos típicos e conhecidos do Direito Penal e, portanto, mais claros para o aplicador penal (...). Onde haja instigação ou autoria mediata não há isenção da responsabilidade penal, o que significa que se impõe ao AE um cuidado acrescido na forma como actua»⁶⁷.

Assim, o RJAIE afastou decisiva e explicitamente a possibilidade de o AE actuar como um “agente provocador”, não sendo justificada a actuação do agente que instrumentaliza ou instiga o visado pela acção encoberta para a prática de uma infracção, respondendo aquele criminalmente nos termos gerais.

Em termos precisos, por agente provocador (*agent provocateur*) se deve entender o agente da polícia ou o terceiro actuando sob as instruções desta que determina outrem à prática de um crime, não porque tenha interesse no crime em si, mas com a única finalidade de obter provas da prática desse crime e, assim, assegurar a condenação do provocado⁶⁸. Distintivo na figura do agente provocador é, pois, a circunstância de a realização (tentada ou consumada) do crime provocado constituir apenas um meio para alcançar o verdadeiro propósito do provocador: incriminar o provocado por esse mesmo crime tendo em vista a sua punição.

A partir desta noção, do ponto de vista substantivo, o agente provocador, como homem-de-trás, poderá ser um autor mediato ou um instigador, ou apenas este último, consoante o entendimento que se perfilhe quanto à demarcação do âmbito da autoria mediata. Se partirmos da base do «princípio da (auto-)responsabilidade», segundo o qual a autoria mediata só se verifica quando o homem-da-frente não é (plenamente, dolosamente) responsável⁶⁹ (pelo que nem sequer faria sentido o AE instrumentalizar o

⁶⁷ Ministro da Justiça ANTÓNIO COSTA na discussão na generalidade da Proposta de Lei N.º 79/VIII, cit. nota 15, p. 3873.

⁶⁸ Cf., na doutrina, por outros, LOURENÇO MARTINS, *Droga – Prevenção e tratamento, Combate ao tráfico*, Almedina, Coimbra, 1984, p. 154, e «Luta...», cit., p. 47; ALVES MEIREIS, *O Regime...*, cit., p. 155; MAIA COSTA, «Agente provocador – Validade das Provas. Comentário à Sentença de 9 de Junho de 1998 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», in *RMP*, Ano 21º, nº 81, Janeiro-Março 2000, p. 173; ISABEL ONETO, *ob. cit.*, p. 146. Na jurisprudência, cf. Ac. TC n.º 578/98; Acs. STJ de 20-02-2003 (in CJ, 2003, I) e de 27-06-2012 (Proc. 127/10.OJABRG.G2.S1); e Ac. TEDH, Caso Ramanauskas c. Lituânia, de 05-02-2008.

⁶⁹ Assim, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 5ª ed., Trad. de Miguel Cardenete, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 702 e 715-716; FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, cit., pp. 777, 786-787 e 802-804; e PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CP...*, cit., pp. 122-124.

suspeito criminoso para o incriminar, pois na maioria das vezes esse seria totalmente irresponsável e nas restantes apenas parcialmente responsável), dúvidas não há, e assim tem sido considerado⁷⁰, que o agente provocador mais não é do que um verdadeiro instigador de um crime, ainda que com o intuito de obter provas contra o instigado.

1.2.4.1. A QUESTÃO DA SUA PUNIBILIDADE

Em face da falta de previsão legal que legitime a conduta do agente provocador, a doutrina maioritária alemã⁷¹ tem defendido a sua impunidade nos casos em que instiga outrem à prática de um facto que alcance apenas o estágio da tentativa (para aí a deter ou denunciar e, deste modo, evitar a consumação), alegando a falta do elemento subjectivo da instigação, já que o dolo do instigador (duplo dolo) havia de referir-se tanto à determinação do instigado como à consumação do facto por este cometido ou, nos crimes em que se possa distinguir a consumação formal da material, à efectiva lesão do bem jurídico.

Contra este entendimento se diga, desde logo, que mesmo que fosse de exigir na instigação o dolo da consumação ou da lesão do bem jurídico, esta a mais das vezes poderia ser imputada ao agente provocador a título de dolo eventual. Mas decisivo e correcto é que a tentativa, por um lado, já constitui um ilícito-típico penalmente relevante à qual a determinação dolosa pode ser perfeitamente dirigida, e, por outro, também constitui um «facto» e um «começo da execução» na definição legal do art. 26.º do CP⁷². Por conseguinte, o dolo da instigação pode reportar-se a um facto tentado ou consumado, pelo que o agente provocador responderá criminalmente como um normal instigador pelo crime instigado, quer este se quede pela tentativa quer este se consuma. E o seu dolo de instigador de forma alguma é afastado pela finalidade visada de recolha

⁷⁰ Cf., entre outros, ALVES MEIREIS, *O Regime...*, cit., p. 157; FERNANDO GONÇALVES/MANUEL ALVES/GUEDES VALENTE, *Lei...*, p. 260; ISABEL ONETO, *ob. cit.*, pp. 12 e 145; SANDRA PEREIRA, *ob. cit.*, p. 142; Acs. STJ de 21-03-1996 (*in* CJ, 1996, I) e de 20-02-2003 (*in* CJ, 2003, I), e Acs. TRL de 25-05-2010 (Proc. 281/08.1JELSB.L1-5) e de 2-03-2011 (Proc. 182/09.6JELSB.L1-5).

⁷¹ Cf. STRATENWERTH, *Derecho Penal – Parte General I*, Trad. de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, p. 268, e a doutrina referida em MUÑOZ SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 53-66, e JESCHECK/WEIGEND, *ob. cit.*, p.740. Em Portugal, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português – Parte Geral, II*, Editorial Verbo, Lisboa, 1982, p. 129.

⁷² Neste sentido, JESCHECK/WEIGEND, *ob. e loc. cit.*; FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, cit., pp. 812-813, e PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CP...*, cit., p. 124.

de provas para a perseguição penal do provocado, nem tampouco se vê como possa excluir a ilicitude ou a culpa, relevando apenas em sede de medida da pena⁷³.

Destarte, o AE que actue como agente provocador, não podendo ver a sua conduta justificada pelo RJAE, será, em princípio, punido. Para alcançar a sua impunidade é pensável o recurso à causa pessoal de exclusão da pena da desistência da tentativa na participação se o agente voluntariamente impedir a consumação formal ou material do crime ou se esforçar seriamente por impedir uma ou outra, nos termos do art. 25.º do CP⁷⁴. Igualmente será possível, e porventura frequente, o AE incorrer em erro sobre os pressupostos da causa de justificação do art. 6.º, n.º 1 do RJAE (art. 16.º do CP) ou sobre a sua existência e limites (art. 17.º do CP), nas hipóteses em que, respectivamente, actue como instigador convencido de que está a actuar como cúmplice ou co-autor devido a uma incorrecta representação da realidade ou devido a uma compreensão deficiente da figura jurídica da instigação⁷⁵.

Não obstante, refira-se que na jurisprudência, nas situações em que se concluiu pela existência de provocação, apenas um único acórdão – Ac. TRL de 25-05-2010, Proc. 281/08.1JELSB.L1-5 – se pronunciou directamente sobre a punibilidade do agente provocador (no caso, um particular sob o controlo da PJ), afirmando que lhe «pode ser imputada uma actuação de instigação do crime de tráfico de droga que foi imputado aos arguidos destes autos».

1.2.4.2. A DISTINÇÃO ENTRE AGENTE ENCOBERTO E PROVOCADOR

Já se referiu que a questão que mais atenção tem merecido na doutrina e que motivou inúmera jurisprudência no que toca às acções encobertas (originando inclusivamente uma condenação do Estado Português pelo TEDH no Caso Teixeira de Castro) é a de traçar a distinção entre a actuação legítima e lícita do AE e aquela inadmissível e ilícita que se traduz na de um agente provocador.

Dadas as inúmeras formas pelas quais pode ser efectuada tal diferenciação, o legislador do RJAE tomou posição sobre o problema através do recurso a uma norma

⁷³ Também assim, FERNANDO GONÇALVES/MANUEL ALVES/GUEDES VALENTE, *Lei...*, p. 260, e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito...*, cit., p. 371.

⁷⁴ Assim, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal – Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valência, 2000, p. 511; ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, *Derecho Penal – Parte General*, Tirant lo Blanch, Valência, 2002, p. 764; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito...*, cit., p. 372.

⁷⁵ Cf. RUI PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 33-34.

substantiva (art. 6.º, n.º 1) com apelo ao conceito de instigação, equiparando, como deve ser equiparada, a conduta do agente provocador à de um instigador. Deste modo, ficou claro que o critério que deve presidir à distinção entre AE e agente provocador é um critério subjectivo que procede à indagação do contributo do AE para a formação da resolução criminosa, ou seja, à averiguação da origem da determinação delituosa na situação concreta. Não se trata propriamente de uma inovação face ao critério já utilizado antes do RJAe para esta distinção pela jurisprudência portuguesa⁷⁶, mas da consagração de uma base legal e da precisão dos seus exactos contornos, pois que esta não tem primado pela exactidão na sua definição, nem na terminologia empregue, nem na sua aplicação aos casos sindicados. Da mesma forma, também a jurisprudência do TEDH⁷⁷ se funda teoricamente neste mesmo critério, sendo que as suas decisões condenatórias em sentido discordante com os Estados demandados, incluindo Portugal, resultam de um maior rigor imposto no exame dos elementos que indiciem ou não a existência de provocação.

Assim, o AE actuará como agente provocador sempre que, com a sua conduta, cria, produz, inculca ou faz surgir em outra pessoa a decisão de praticar um facto ilícito concreto, isto é, suscita o dolo criminoso em quem não o tinha previamente à sua intervenção⁷⁸, dando vida a uma intenção criminosa até aí inexistente, de modo que sem tal actuação o crime não teria sido cometido. O agente provocador, nas palavras certas do Tribunal Supremo espanhol, «incita a cometer uma infracção quem não tinha originariamente tal propósito, originando assim o nascimento da vontade criminosa num caso concreto, delito que de não ser por tal provocação se não haveria produzido»⁷⁹; ou nas do TEDH, «exerce uma tal influência no sujeito que incita a comissão de uma infracção que, caso contrário, não teria sido cometida»⁸⁰. A conduta do agente provocador tem que constituir, portanto, condição necessária (mas não

⁷⁶ Por todos, Ac. TC n.º 578/98, Ac. STJ de 20-02-2003 (*in* CJ, 2003, I) e Ac. TRL de 25-05-2010 (Proc. 281/08.1JELSB.L1-5).

⁷⁷ Iniciada pelo Ac. TEDH, Caso Teixeira Castro c. Portugal, de 09-06-1998, e sucessivamente reafirmada (por último, Ac. TEDH, Caso Miliniene c. Lituânia, de 24-06-2008).

⁷⁸ PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CP...*, cit., p. 341.

⁷⁹ *Apud* ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *ob. cit.*, p. 100.

⁸⁰ Ac. TEDH, Caso Ramanauskas c. Lituânia, de 05-02-2008.

única⁸¹) da decisão criminosa, quer dizer, o provocado tem que ter formado a sua vontade de realização do facto como consequência da acção do provocador, sem a qual ela não existiria. A provocação não é excluída pela (pre)disposição geral do provocado a cometer crimes de certa espécie, na medida em que o que releva é que a resolução criminosa do concreto facto resulte da conduta do provocador⁸². Um sujeito pode estar predisposto ao crime, sem que isso de todo em todo invalide que a intenção de cometer o crime em concreto apenas seja formada após e na sequência da actuação do agente provocador⁸³. Apenas quem já se decidiu pela comissão de um dado facto é que não é passível de ser determinado ou provocado para praticar esse mesmo facto.

Pelo contrário, estaremos perante um verdadeiro e simples AE nos casos em que este não determina outrem à prática de um crime, na medida em que a sua actuação é completamente passiva relativamente à formação da vontade ou tomada de decisão de perpetração de um facto ilícito. Tal ocorrerá, nomeadamente, quando a sua conduta se insere numa actividade criminosa já em curso⁸⁴, quando põe em marcha uma decisão criminosa tomada previamente ou cria uma oportunidade com vista a que esta se manifesta e concretize⁸⁵, ou ainda quando favoreça, fortaleça, apoie, incentive, reforce uma intenção criminosa já existente (cumplicidade sob a forma de auxílio moral, justificada de acordo com o art. 6.º, n.º 1 do RJAE).

⁸¹ Ao contrário do que exige, sem razão (cf. STRATENWERTH, *ob. cit.*, p. 266), o Ac. TRL de 25-05-2010 (Proc. 281/08.1JELSB.L1-5).

⁸² Nos Acs. STJ de 20-02-2003 (*in* CJ, 2003, I) e de 06-05-2004 (*in* CJ, 2004, II) considera-se não existir provocação nos «casos em que o indivíduo já está implícita ou potencialmente disposto a cometer uma infracção, a praticar factos de determinada natureza e características, e a acção do agente infiltrado se limita a pôr em marcha a intenção preexistente». Manifestamente se confunde aqui disposição potencial/predisposição abstracta com intenção/vontade/decisão (específica) de comissão de um dado crime. A simples presença da primeira em nada exclui a provocação/determinação à prática de um concreto facto para o qual o instigado não se tenha ainda resolvido.

⁸³ Cf. ISABEL ONETO, *ob. cit.*, p. 44, e ANA JUSTO, «Proibição da prova em processo penal: o agente provocador. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Outubro de 2002», *in* RPCC, Ano 16, n.º3, Julho-Setembro 2006, p. 509.

⁸⁴ Cf. Acs. STJ de 06-07-95 (*in* CJ, 1995, Tomo II), de 15-01-97 (*in* CJ, 1997, Tomo I), de 15-01-98 (*in* CJ, 1998, Tomo I) e Ac. TRL de 15-06-2004 (Proc. 6919/2003-5)

⁸⁵ Cf. Ac. TC n.º 76/2001, e Acs. STJ de 20-02-2003 (*in* CJ, 2003, I), de 06-05-2004 (*in* CJ, 2004, II) e de 30-11-2005 (Proc. 05P3349): «Importa distinguir entre a criação de uma oportunidade com vista à realização de uma intenção criminosa, e a criação dessa mesma intenção».

Dito isto, fica claro que o ponto fundamental a examinar aquando da alegação da presença de um agente provocador numa acção encoberta é o de saber se, na situação concreta, existe ou não uma decisão de cometer um determinado facto ilícito prévia à actuação do agente. Existindo a resolução criminosa com anterioridade, não será possível afirmar uma determinação à prática do facto concreto a que aquela se dirige, não havendo pois provocação; faltando uma tal resolução prévia, haverá que analisar se o AE, com a sua actuação, determinou outrem à prática de um crime que, de outro modo, não realizaria.

No entanto, determinar se a decisão criminosa já estava tomada ou se ela foi efectivamente criada pelo AE é coisa que em determinadas situações, nomeadamente no caso da actuação dos agentes encobertos como falsos compradores de droga⁸⁶ e nas demais situações em que a proposta da prática do crime parta daqueles⁸⁷, se torna tarefa profundamente difícil. Por esse motivo, os tribunais portugueses devem ser particularmente rigorosos – o que nem sempre tem acontecido⁸⁸ – na prova exigida⁸⁹ (que não se pode bastar, por ex., com simples rumores de que o suspeito está ligado ao

⁸⁶ «[U]m potencial comprador tanto pode ser um agente provocador como um agente infiltrado/encoberto» (Ac. TRL de 28-03-2006 *apud* Ac. TRL de 29-11-2006, Proc. 9060/2006-3). O TEDH, nos três casos de compras simuladas de droga que examinou, decidiu-se, e bem, pela verificação de provocação: Acs. TEDH, Caso Teixeira Castro c. Portugal, de 09-06-1998, Caso Vanyan c. Rússia, de 15-12-2005, e Caso Khudobin c. Rússia, de 26-10-2006. Opostamente, em Portugal, a jurisprudência tem quase sempre decidido pela não existência de provocação em tais situações, mesmo quando o arguido não detinha a droga e a teve que obter de outrem (casos em que dificilmente se poderá dizer que o suspeito já se tinha decidido pelo cometimento daquele concreto crime): Acs. STJ de 22-06-95 (*in* CJ, 1995, Tomo II), de 06-07-95 (*in* CJ, 1995, Tomo II), de 2-11-1995 (*in* CJ, 1995, Tomo III), de 21-03-1996 (*in* CJ, 1996, I), de 14-05-97 (*in* CJ, 1997, Tomo II), de 08-01-98 (*in* CJ, 1998, Tomo I), de 15-01-98 (*in* CJ, 1998, Tomo I), de 30-10-2002 (*in* CJ, 2002, Tomo IV) e de 30-11-2005 (Proc. 05P3349). Mais correctamente, pronunciando-se pela verificação da provocação em compras simuladas: Ac. STJ de 15-01-97 (*in* CJ, 1997, Tomo I), e Acs. TRL de 29-11-2006 (Proc. 9060/2006-3) e de 25-05-2010 (Proc. 281/08.1JELSB.L1-5).

⁸⁷ Cf. o caso do Ac. TEDH, Caso Ramanauskas c. Lituânia, de 05-02-2008.

⁸⁸ Paradigmático o Ac. STJ de 30-10-2002 (Proc. 02P2118), caso que a chegar ao TEDH muito provavelmente redundaria em mais uma condenação do Estado Português por «incitamento policial» (cf. as anotações críticas de MAIA COSTA, «Agente provocador/agente infiltrado...», *cit.*, pp. 161 e ss., e ANA JUSTO, *ob. cit.*, pp. 497 e ss.).

⁸⁹ Muito justamente o Ac. 30-10-2003 (Proc. 03P2032) determinou a insuficiência da matéria de facto para a decisão da 1ª instância sobre a inexistência de provocação numa acção encoberta.

mundo da droga) para formular uma convicção que conclua pela existência de uma intenção (e não mera predisposição) prévia da prática do concreto facto – e *in dubio pro reu*. Consequentemente, «quando a actividade dos agentes encobertos pareça ter instigado a infracção e nada sugerir que esta teria sido cometida sem a sua intervenção, ela ultrapassa a de um agente infiltrado e pode ser descrita como provocação»⁹⁰.

1.2.5. A PROPORCIONALIDADE

O último pressuposto objectivo da causa de justificação do art. 6.º, n.º 1 do RJA, que constitui o seu ponto fulcral mas também o mais delicado, exige que a conduta do agente no âmbito da acção encoberta «garde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma».

Já se viu que o princípio constitucional da proporcionalidade (em sentido amplo) baliza a própria conformação do RJA, assim como o cumprimento das suas directrizes constitui requisito essencial para a adopção e autorização de qualquer acção encoberta. Desta feita do que se trata é da sujeição a um juízo de proporcionalidade da concreta actuação do AE em situações que se traduzam na lesão ou colocação em perigo de bens jurídico-penais.

A opção por uma cláusula geral de proporcionalidade como requisito objectivo da justificação, em detrimento de uma enumeração taxativa dos actos que seriam admitidos ao AE realizar, é consequência do alargamento das acções encobertas à investigação de um leque alargado de crimes, o que naturalmente inviabiliza uma determinação concreta de antemão das condutas a legitimar. E se tal facto aumenta o risco de excessos por parte dos agentes encobertos e introduz uma maior insegurança na sua actuação, não é menos verdade que também amplia as possibilidades das condutas típicas desses agentes serem lícitas e confere-lhes maiores opções para a prossecução das finalidades das acções encobertas, incrementando a sua eficácia.

A autorização inicial da acção encoberta deve mencionar as actividades que o agente está facultado a realizar ou conter mesmo um «plano inicial minucioso» da acção, passível de ser reformulado com o seu desenrolar⁹¹. Todavia, como é meridianamente compreensível, as acções encobertas, e em especial as mais complexas

⁹⁰ TEDH Vanyan c. Rússia, de 15-12-2005.

⁹¹ LOURENÇO MARTINS, «Luta...», cit., p. 49 e PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP...*, cit., p. 683.

e duradouras, não são seguramente operações absolutamente previsíveis, não sendo possível que aquela autorização inclua todos os actos concretos que o AE carecerá de praticar dada a espontaneidade com que podem surgir situações não premeditadas, nem sendo em princípio compatível com a sua actuação a consulta prévia de quem dirija a operação ou da autoridade judiciária quando constate que a sua conduta irá preencher um tipo legal de crime. Daqui resulta que é ao próprio AE que caberá decidir sobre a proporcionalidade ou não dos actos típicos que eventualmente se veja na necessidade de executar, de modo que o juízo sobre essa proporcionalidade há-de reportar-se ao momento da prática do acto e tendo em conta as circunstâncias concretas que a envolvam (juízo *ex ante*)⁹².

Assim, desde logo, o acto executado pelo AE deve ser um meio adequado ou idóneo a atingir o fim de prevenção ou repressão criminal que em concreto motivou a acção encoberta. Serão inadequados, nomeadamente, todos os actos através dos quais o agente vise retirar benefícios ou vantagens pessoais (por ex., furtar uma quantia de dinheiro à qual tem acesso e que advém das actividades ilícitas do suspeito que investiga, pois a única finalidade aqui perseguida é o seu lucro pessoal).

Além disso, o acto deve ser necessário para a prossecução daquele mesmo fim, o que significa que a prática desse acto típico se exige e impõe na ocasião porque não é possível recorrer a um acto atípico para obter as informações ou as provas essenciais ao sucesso da acção encoberta ou para evitar o seu fracasso, e que, caso existam vários actos típicos igualmente idóneos, o escolhido é o menos gravoso, quer em termos do bem jurídico afectado, quer em termos da intensidade dessa afectação. Isto implica que se for suficiente para o sucesso da acção encoberta a prática de actos de tentativa, serão apenas esses os actos que estarão justificados. E mesmo de entre os actos de execução, devem ser realizados, quando bastantes, os da al. c) em vez dos da b) e os destes em detrimento dos da a) do art. 22.º, n.º 2 do CP⁹³. Assim como deve ser preferida a realização de um acto sob a forma de participação da cumplicidade ao invés da co-autoria, ou de um acto que produza um perigo abstracto ou concreto para o bem jurídico sacrificado em vez de uma efectiva lesão, sempre que dessa forma seja ainda possível realizar eficazmente o fim da acção encoberta.

⁹² Cf. ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *ob. cit.*, pp. 403-404 e 406, nota 23.

⁹³ PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP...*, cit., p. 682.

Por último, deve ainda o acto praticado pelo AE ser proporcional à finalidade preventiva ou repressiva perseguida pela acção encoberta encetada. Trata-se, de efectuar a ponderação do valor dos interesses conflitantes, a qual há-de ter em conta, por um lado, os bens jurídico-penais afectados pelos actos do AE e o grau de lesão ou de perigo implicado, e, por outro lado, o interesse na administração eficaz da justiça penal, a concreta finalidade preventiva ou repressiva perseguida (sendo que uma finalidade preventiva terá aqui um maior peso ponderativo que uma repressiva), os bens jurídico-penais tutelados pelos crimes que se visam prevenir ou reprimir, a gravidade desses crimes e a possibilidade da sua reiteração. Daqui resultará a aferição de qual dos interesses é qualificadamente mais valioso, isto é, qual é o interesse preponderante na situação concreta globalmente considerada, o que implica a sua sensível ou inequívoca superioridade à luz daquela ponderação (no sentido do art. 34.º, b) do CP)⁹⁴.

No que diz respeito à ponderação dos bens jurídicos, existe um limite absoluto e intransponível constituído pelo «núcleo irredutível da dignidade e autonomia pessoal individual» (art. 34.º, c) do CP), integrado por aqueles bens jurídicos imponderáveis, cujo sacrifício não é em nenhum caso razoável de exigir, a saber: a vida, a integridade física (no mínimo, a «essencial») e as «mais importantes dimensões da liberdade pessoal»⁹⁵. Já os bens que não assumem tão elevada dignidade, designadamente, a honra, os patrimoniais, os comunitários e os estaduais, podem eventualmente ser lesados ou postos em perigo de acordo com o resultado da ponderação efectuada em concreto, sendo certo que o Estado sempre responderá jurídico-civilmente pelos danos causados⁹⁶.

⁹⁴ Também assim, RUI PEREIRA, *ob. cit.*, p. 36.

⁹⁵ TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, pp. 224, 234 e 241 e, da mesma forma, RUI PEREIRA, *ob. e loc cit.* Cf. ISABEL ONETO, *ob. cit.*, pp. 181 e 183, e ESPINOSA DE LOS MONTEROS, *ob. cit.*, pp. 391 e 412-413.

⁹⁶ Cf. ISABEL ONETO, *ob. cit.*, p. 186, e PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP...*, cit., p. 686.

IV. CONCLUSÕES

Ao fim chegados, há que relevar o esforço legislativo empreendido no RJAÉ numa matéria sensível e problemática, geradora de múltiplas situações conflituantes, como é a das acções encobertas, sobretudo se se anotar que ao tempo da elaboração daquele a doutrina e a jurisprudência portuguesas sobre o tema eram francamente escassas (e por esse motivo o legislador procurou arrimo na legislação espanhola).

Todavia, se o propósito legislativo é elogiável, o mesmo se não pode dizer da sua concretização no que se refere à causa de justificação do art. 6.º, n.º 1 do RJAÉ. A referência a actos preparatórios e de execução, e a exigência de comparticipação parecem-nos manifestamente infelizes, tanto mais quanto tenhamos em conta a propriedade da solução e da redacção da corresponde norma espanhola que lhe serviu de fonte. Pese embora se possa ver subjacente uma preocupação do legislador na maior precisão e limitação da actuação típica dos agentes encobertos em relação ao seu homólogo espanhol, crê-se que terá indo longe demais, sobretudo na parte em que abre as portas para uma interpretação literal do preceito que restrinja a conduta do AE a infracções tentadas (com os resultados insustentáveis que daí decorrem).

Muito mais correcta se nos afigura a opção, no sentido da norma espanhola, de centrar a justificação dos actos do AE nos princípios da necessidade e da proporcionalidade, e por conseguinte da ponderação de interesses, ao invés de proceder a restrições taxativas *a priori* que demonstram não ter em consideração a forma de actuar dos agentes encobertos e as exigências com estes que deparam no desenrolar das suas acções, autorizando apenas actos de tentativa (se se optasse por essa interpretação) e, como se não bastasse, apenas sob a forma de comparticipação. *De iure condendo* nos parece ser de defender, aliás, a possibilidade de o AE actuar como autor imediato singular, especialmente enquanto forma de praticar factos instrumentais que lhe possibilitem atingir o seu desiderato de prevenção ou repressão criminal. A balança da ponderação do legislador propendeu mais para o lado da limitação da actividade do AE do que para a sua própria defesa, não obstante a sempre eminente ameaça da responsabilidade criminal que paira sobre aquele durante a sua actividade encoberta. Pela nossa parte, insistimos que através da cláusula da proporcionalidade, da ponderação de interesses e da prevalência daquele que seja mais valioso, se restringiria suficientemente a actuação típica do AE, sem que tal constituísse a criação de um risco

desmesurado de prática de acções injustificadas lesivas de bens jurídicos de terceiros por não configurar um cheque em branco para a prática de actos criminosos, ao mesmo tempo que se proporcionava maior segurança ao AE e maiores possibilidades na sua actuação adaptáveis às necessidades das concretas acções encobertas, e, bem assim, se conferiria ao julgador uma margem conveniente de liberdade na indagação sobre a justificação ou não das condutas daquele, segundo um juízo *ex ante* que tenha em conta as concretas circunstâncias em que o agente se encontrava. Se a isto juntarmos a exigência, que em qualquer caso deve presidir ao momento da autorização da acção encoberta, de elaboração de um plano da concreta e previsível actividade do AE, como modo de prevenir, na medida do possível, as situações que coloquem o AE na situação de necessitar praticar infracções, assim como privilegiar as estratégias de acção que reduzam ou eliminam esse mesmo risco, não se vê em que é que sejam necessárias as restrições (contraproducentes para a própria eficácia das acções encobertas) que o legislador do RJAE entendeu consagrar ou quaisquer outras análogas.

Mérito há, no entanto, que conceder ao legislador ao expressamente excluir da lícita actuação do AE os casos em que esta consubstancie uma autoria mediata ou instigação (agente provocador). Ainda que essa exclusão até resultasse da falta de proporcionalidade de tais formas de actuação, reconhece-se a premência da sua consagração inequívoca na medida em que proporciona terminantemente o critério que deve encabeçar a distinção entre actuação meramente encoberta e provocadora.

Com o que se conclui sugerindo uma redacção da norma justificante mais simples e mais conforme com o que julgamos ser exigido pela própria natureza das acções encobertas: «No âmbito de uma acção encoberta, não é ilícito o acto praticado pelo agente encoberto que seja necessário e proporcional à finalidade daquela, e não constitua instigação ou autoria mediata».

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.
- , *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.
- ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- , «Anotação ao art. 378.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo III, Dir. Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001.
- , “*Bruscamente no Verão Passado*”, *A Reforma do Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- , «Métodos Ocultos de Investigação (*plädoyer* para uma teoria geral)», in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coord. Mário Ferreira Monte [et.al.], Escola de Direito da Universidade do Minho, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 525 e ss.
- ANTON, LUIS FELIPE RUIZ, *El Agente Provocador en el Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1982.
- BELEZA, TERESA PIZARRO, *Direito Penal*, 2º vol., AAFDL, Lisboa, 1980.
- BRAZ, JOSÉ, *Investigação Criminal - A Organização, o Método e a Prova - Os Desafios da Nova Criminalidade*, Almedina, Coimbra, 2010.
- CARVALHO, AMÉRICO TAIPA DE, *Direito Penal – Parte Geral, Teoria Geral do Crime*, Vol. II, Reimpressão, Publicações Universidade Católica, Porto, 2006.
- CATENA, VÍCTOR MORENO/DOMÍNGUEZ, VALENTÍN CORTÉS, *Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valência, 2010.
- CANOTILHO, GOMES/MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- , *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- CONDE, FRANCISCO MUÑOZ/ ARÁN, MERCEDES GARCÍA, *Derecho Penal – Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valência, 2000.
- CORREIA, EDUARDO, *Direito Criminal*, Vol. II, Reimp., Almedina, Coimbra, 1971.
- COSTA, EDUARDO MAIA, «Agente provocador – Validade das Provas. Comentário à Sentença de 9 de Junho de 1998 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro contra Portugal)», in *Revista do Ministério Público*, Ano 21º, nº 81, Janeiro-Março 2000, pp. 155 e ss.

- , «Agente provocador/agente infiltrado. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Outubro de 2002», in *Revista do Ministério Público*, Ano 24º, nº 93, Janeiro-Março 2003, pp. 161 e ss.
- DALBORA, JOSÉ LUIS GUZMÁN, «O delito experimental» (trad. de Helena Moniz), in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, nº 1, Janeiro-Março 2008, pp. 7 e ss.
- DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, «Anotação ao art. 299.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Dir. Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999, p. 1170
- , *Direito Penal - Parte Geral*, Tomo I, 2ºed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- , «O Processo Penal Português: Problemas e Prospectivas», in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? – Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coord. Mário Ferreira Monte [et.al.], Escola de Direito da Universidade do Minho, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 805 e ss.
- ESPINAR, JOSÉ M. ZUGALDÍA/ ALONSO, ESTEBAN J. PÉREZ, *Derecho Penal – Parte General*, Tirant lo Blanch, Valência, 2002.
- FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Direito Penal Português – Parte Geral, II*, Editorial Verbo, Lisboa, 1982.
- , *Lições de Direito Penal – Parte Geral, I, A lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Reimpressão da 4ª ed. de 1992, Almedina, Coimbra, 2010.
- GASPAR, ANTÓNIO HENRIQUES, «Anotação à Decisão de 9 de Junho de 1998 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Caso Teixeira de Castro c. Portugal)», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, Fasc. 1, Janeiro-Março 2000, Coimbra Editora.
- , «As acções encobertas e o processo penal. Questões sobre a prova e o processo equitativo», in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 2004.
- GOMES, CATARINA, «Comparticipação – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 1999», in *Casos e Materiais de Direito Penal*, Coord. Maria Fernanda Palma, Carlota Pizarro de Almeida, José Manuel Vilalonga, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 331 e ss.
- GONÇALVES, FERNANDO/ ALVES, MANUEL JOÃO/ VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, *Lei e Crime - O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os Princípios do Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 2001.
- , *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado - Comentado e Anotado - Legislação Complementar*, Almedina, Coimbra, 2001.
- GONZALEZ-CASTELL, ADÁN CARRIZO, «El Agente Infiltrado en España y Portugal - Estúdio comparado a la luz de las garantías y de los principios constitucionales», in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa - Interferências e*

- Ingerências Mútuas*, Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, Centro de Investigação do ISCPSI, Almedina, 2009, pp. 185 e ss.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH/ WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 5ª ed., Tradução de Miguel Olmedo Cardenete, Editorial Comares, Granada, 2002.
- JUSTO, ANA RITA DE MELO, «Proibição da prova em processo penal: o agente provocador. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Outubro de 2002», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, nº3, Julho-Setembro 2006, pp. 497 e ss.
- KREY, VOLKER F., «Legal Problems in Using Undercover Agents, including Electronic Surveillance for their Backup and as instrument of Crime Prosecution in Germany», in *Scientia Iuridica*, Tomo L, nº 290, Universidade do Minho, 2001, pp. 207 e ss.
- LOUREIRO, JOAQUIM, *Agente Infiltrado? Agente Provocador! Reflexões sobre o 1.º Acórdão do T.E.D. Homem - 9. Junho.1998, Condenação do Estado Português*, Almedina, Coimbra, 2007.
- MARTINS, A. G. LOURENÇO, *Droga – Prevenção e tratamento, Combate ao tráfico*, Almedina, Coimbra, 1984.
- , *Droga e Direito*, Aequitas, Lisboa, 1994.
- , «Luta contra o tráfico de droga – necessidades da investigação e sistema garantístico», in *Revista do Ministério Público*, Ano 28, nº 111, Julho-Setembro 2007, pp. 37 e ss.
- MATA-MOUROS, FÁTIMA, «O Agente Infiltrado», in *Revista do Ministério Público*, Ano 22º, nº 85, Janeiro-Março 2001, pp. 105 e ss.
- MEIREIS, MANUEL AUGUSTO ALVES, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1999.
- , «"Homens de Confiança". Será o Caminho?», in *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, Coord. Manuel Monteiro Guedes Valente, Almedina, 2006, pp. 81 e ss.
- MESQUITA, PAULO DÁ, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- MONTE, MÁRIO FERREIRA, «A Relevância da Actuação dos Agentes Infiltrados ou Provocadores no Processo Penal», in *Scientia Iuridica*, Tomo XLVI, nº 265/267, Universidade do Minho, 1997, pp. 183 e ss.
- MONTEROS, ROCÍO ZAFRA ESPINOSA DE LOS, *El Policía Infiltrado - Los Presupuestos Jurídicos en el Proceso Penal Español*, Tirant lo Blanch, Valência, 2010.
- ONETO, ISABEL, *O Agente Infiltrado - Contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

- PATTO, PEDRO, «Comentário ao Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro», in *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. II, Org. Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.
- 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 e ss.
- PEREIRA, SANDRA, «A recolha de prova por agente infiltrado», in *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 137 e ss.
- PÉREZ, MARTA DEL POZO, «El Agente Encubierto como médio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española», in *Revista Criterio Jurídico*, V.6, Pontificia Universidad Javeriana, Santiago de Cali, 2006, pp. 267-310, consultado a 02-03-2013 em http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/10_267_mpozo_agente_encubierto.pdf.
- ROCHA, JOSÉ LUÍS DE MORAES, *Droga – Regime Jurídico*, Petrony, Lisboa, 1994.
- ROSAL, MANUEL COBO DEL/ Díez, MANUEL QUINTANAR/ LÓPEZ-GÓMEZ, CARLOS ZABALA, *Derecho procesal penal español*, CESEJ Ediciones, Madrid, 2006.
- ROSS, JACQUELINE E., «The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany», in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, 2007, pp. 493-579, consultado a 13-03-2013 em <http://ssrn.com/abstract=909010>.
- ROXIN, CLAUS, «Sobre la autoria y participación en el Derecho Penal», in *Textos de Apoio de Direito Penal*, Tomo II, AAFDL, Lisboa, 1983/84.
- , *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, Tradução da 2º ed. alemã e notas por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- , *Derecho Procesal Penal*, Tradução da 25ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- SÁNCHEZ, JUAN MUÑOZ, *La Moderna Problemática Jurídico Penal del Agente Provocador*, Tirant lo Blanch, Valência, 1995.
- 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 e ss.
- , *Ética Policial e Sociedade Democrática*, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2001.
- , «Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (A democracia em perigo?)», in *Direito e Justiça*, Vol. XVII, 2003, pp. 19 e ss.
- , *Curso de Processo Penal*, vol. II, 4ª ed., Editorial Verbo, 2008.
- , *Direito Penal Português - Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.

- SOUSA, JOÃO RAMOS DE, «Léxico», in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, nº 3, Maio/Agosto 1992, p. 79 e ss.
- SOUSA, SUSANA AIRES DE, «Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões», in *Separata de Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 1207 e ss.
- SOUSA, PAULO PINTO DE, «Acções Encobertas. Meio Enganoso de Prova? Agente Infiltrado e Agente Provocador. Outras questões», in *Revista do CEJ*, 2º Semestre 2010, nº 14, Almedina, pp. 231 e ss.
- STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho Penal – Parte General, I, El Hecho Punible*, Tradução da 2ª edição alemã de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.
- VALDÁGUA, CONCEIÇÃO, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I, Org. Jorge de Figueiredo Dias [et.al.], Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 917-938.
- VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, *Processo Penal*, Tomo I, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- , *Teoria Geral do Direito Policial*, 3ªed., Almedina, Coimbra, 2012.