



FACULDADE DE DIREITO  
Universidade de Lisboa

Mestrado em Direito e Prática Jurídica  
Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses

**A FIGURA DO AGENTE PROVOCADOR E CONSEQUÊNCIAS DA SUA  
ACTUAÇÃO EM MATÉRIA DE PROVA**

Ana Catarina Rato Lima

Orientador Senhor Professor Doutor Rui Soares Pereira

Lisboa

2020



FACULDADE DE DIREITO  
Universidade de Lisboa

**A FIGURA DO AGENTE PROVOCADOR E CONSEQUÊNCIAS DA SUA  
ACTUAÇÃO EM MATÉRIA DE PROVA**

Dissertação de Mestrado apresentada para a obtenção do grau de Mestre do Curso  
de Mestrado em Direito e Prática Jurídica – Especialidade em Ciências Jurídico-  
Forenses

Orientador Senhor Professor Doutor Rui Soares Pereira

2020

*À memória dos  
meus Avós*

*Aos meus Pais,  
por tudo*

## **RESUMO:**

O Direito Penal e o Direito Processual Penal são cada vez mais confrontados com os desafios que advêm de uma sociedade global. À estrutura hierarquizada e à opacidade do *modus operandi* que caracterizam as organizações criminosas soma-se a influência que é exercida e consolidada nos mais diversos domínios da sociedade. Por estas razões, o recurso a métodos ocultos de investigação criminal afigura-se como necessário, estando a sua utilização sujeita a apertadas exigências constitucionais invariavelmente reflectidas nos regimes legislativos que os consagram e que obrigam a uma harmonização constante entre a necessidade de administrar a justiça e as garantias de defesa dos arguidos. É neste contexto que se move o agente encoberto cuja consagração foi antecedida da utilização de agentes provocadores, nos dias de hoje reconduzidos a métodos proibidos.

Uma vez estabelecida a provocação, distinguindo-a do ardil tolerável e próprio do método em causa, há que apurar as consequências jurídico-probatórias. Com efeito, as provas imediata e mediatamente obtidas estarão sujeitas a um regime próprio, com fundamento constitucional, que tem por efeito torná-las inutilizáveis, através de uma proibição de valoração. Esta proibição terá ainda efeito sobre as provas obtidas mediatamente. Este efeito, designado por efeito-à-distância, é inabalável a qualquer uma das excepções e soluções compromissórias que têm sido reconhecidas e importadas para o ordenamento jurídico português. Resposta diferente é dada para as situações em que a prova mediata resulta de um acto de vontade esclarecido e livre do arguido ou da existência de um processo autónomo e efectivo.

## **Palavras-chave:**

Globalização; métodos ocultos; agente encoberto; agente provocador; proibições de prova; efeito-à-distância.

***ABSTRACT:***

Criminal Law and Criminal Procedural Law are increasingly faced with the challenges posed by a global society. The hierarchical structure and opacity of the *modus operandi* defining criminal organisations are complemented by the influence that is exercised and consolidated in the most diverse areas of society. For these reasons, the use of concealed methods of criminal investigation appears to be necessary and their use is subject to stringent constitutional requirements which are consistently reflected in the legislative schemes enshrining them and requiring constant harmonisation between the need to administer justice and the defence guarantees of the defendants. In this context, the undercover agent acts, established following the use of provocative agents, who have now resumed banned methods.

Once the provocation has been established and distinguished from the tolerable deception inherent in the method in question, the legal probative consequences must be ascertained. In fact, the evidence immediately and indirectly obtained will be subject to a specific scheme, on constitutional grounds, which has the effect of rendering them unusable by means of a prohibition on valuation. That prohibition will have an effect on the indirectly obtained evidence. This effect, known as effect at a distance, remains entirely unaffected by any of the compromising exceptions and solutions that have been recognised and imported into the Portuguese legal system. A different answer is given for situations where the indirect evidence results from an informed and free act of will of the defendant or from the existence of an autonomous and effective procedure.

***Keywords:***

Globalization; hidden methods; undercover agent; provocative agent; prohibitions of legal evidence; distance effect.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC./ACS. – Acórdão/Acórdãos

Al. – Alínea

Art. – Artigo

BGH – Supremo Tribunal Federal Alemão

BVerfGE – Tribunal Constitucional Federal Alemão

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cit. – Citado

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CPPB – Código de Processo Penal Brasileiro

CRFA – Constituição da República Federal Alemã

CRP – Constituição da República Portuguesa

DAR – Diário da Assembleia da República

DL – Decreto-Lei

DP – Direito Penal

DPP – Direito Processual Penal

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

EUA – Estados Unidos da América

FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

JIC – Juiz de Instrução Criminal

MP – Ministério Público

NY Penal – New York Penal Code

OPC – Órgão de Polícia Criminal

PE – Parlamento Europeu

P – Página

PP. - Páginas

PJ – Polícia Judiciária

PGR – Procuradoria Geral da República

PGDR – Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa

Proc. – Processo

RJAE - Regime Jurídico das Acções Encobertas

SS. – Seguintes

STFEU – Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

StPO - Código de Processo Penal Alemão

TC – Tribunal Constitucional Português

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

## ADVERTÊNCIA

Não escrevemos de acordo com o Novo Acordo Ortográfico.

Salvo menção em contrário:

- A Legislação citada foi consultada em <http://www.pgdlisboa.pt>.
- Os Pareceres da PGR foram consultados em <http://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr>.
- Os Despachos da PGR foram consultados em <http://www.ministeriopublico.pt/despachos>.
- Os Relatórios da PGR foram consultados em <http://www.pgdlisboa.pt>.
- As Directivas do PE e do Conselho foram consultadas em <https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1552392463756&text=diretiva%203%20abril%20de%202014&scope=EURLEX&type=quick&lang=pt>.
- Os Acórdãos do TC foram consultados em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.
- Os Acórdãos do STJ e dos Tribunais das Relações foram consultados em <http://www.dgsi.pt/>.
- As Decisões do STFEU em foram consultadas em <https://www.supremecourt.gov/>.
- As Decisões do TEDH foram consultadas em <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>.



## ÍNDICE

<b>DEDICATÓRIA</b> .....	3
<b>RESUMO</b> .....	4
<b>ABSTRACT</b> .....	5
<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS</b> .....	6
<b>ADVERTÊNCIA</b> .....	8
<b>ÍNDICE</b> .....	9
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
1. Problemas jurídicos.....	11
2. Importância do tema.....	11
3. Delimitação temática.....	12
3.1 Delimitação positiva.....	12
3.2 Delimitação negativa.....	15
<b>CAPÍTULO I – OS DESAFIOS DA CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA</b> .....	17
1. Enquadramento.....	17
2. Desafios substantivos e processuais.....	19
<b>CAPÍTULO II – O RECURSO ÀS ACÇÕES ENCOBERTAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL</b> .....	24
1. Acções encobertas no contexto de métodos ocultos de investigação criminal.....	24
1.1 Dispersão na regulação de métodos ocultos.....	24
1.2 Características comuns.....	24
1.3 Princípios comuns e aplicação ao RJAE.....	25
1.3.1 Reserva de lei formal e material e Lei n.º 101/2005.....	26
1.3.2 Princípio da proporcionalidade.....	27
1.3.3 Princípio da reserva de juiz e Ac. n.º 578/98.....	32
2. Direitos fundamentais atingidos.....	36
3. Infiltração policial.....	38
3.1 Delimitação conceptual.....	38
3.2 Consentimento na participação.....	41
<b>CAPÍTULO III – CENSURABILIDADE DA PROVOCAÇÃO</b> .....	43

1. A origem histórica/provocatória do agente encoberto.....	43
2. EUA: a <i>entrapment defense</i> .....	45
2.1 Prática jurisdicional.....	46
2.2 Análise dos critérios subjectivo e objectivo.....	50
3. Alemanha: o <i>Lockspitzel</i> .....	53
4. Portugal: o agente provocador no RAJE.....	55
4.1 Cláusula de isenção de responsabilidade.....	56
4.2 Natureza da isenção.....	57
4.3 Art. 7.º da Proposta de lei 79/VIII.....	59
4.4 Âmbito de actuação.....	60
4.4.1 Da prática de actos de execução.....	60
4.4.2 A actuação típica: «comparticipação».....	63
4.5 Agente encoberto enquanto «meio enganoso».....	65
4.5.1 Âmbito da isenção.....	65
4.5.2 Agente provocador e instigação.....	66
4.5.3 Agente provocador enquanto «meio enganoso».....	68
4.5.4 Critérios subjectivo e objectivo.....	71
<b>CAPÍTULO IV – A PROVOCAÇÃO ENQUANTO PROIBIÇÃO DE PROVA.....</b>	<b>76</b>
1. Enquadramento.....	76
2. Art. 126.º: defesa pela autonomia dogmática e jurídica.....	79
3. Efeito jurídico associado à provocação e regime.....	83
3.1 Efeito jurídico.....	83
3.2 Regime jurídico: decorrência <i>ex lege</i> e sindicabilidade.....	85
<b>CAPÍTULO V: O EFEITO-À-DISTÂNCIA DA PROVA OBTIDA MEDIANTE PROVOCAÇÃO.....</b>	<b>92</b>
1. Colocação do problema e traços gerais de direito comparado.....	92
2. Efeito-à-distância no direito português.....	94
2.1 Fundamento legal.....	94
2.2 Critério de contaminação.....	95
3. Excepções ou delimitações?.....	96
3.1 Fonte independente.....	97
3.2 Descoberta inevitável e os percursos hipotéticos de investigação.....	98
3.3 Mácula dissipada.....	100
3.4 Ponderação de interesses.....	103
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>107</b>
<b>BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....</b>	<b>110</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA.....</b>	<b>134</b>

## INTRODUÇÃO

### 1. Problemas jurídicos

A temática da prova assume especial importância no Direito Processual, na medida em que a convicção do julgador para se decidir no sentido da condenação depende da existência de prova validamente obtida, a designada verdade processualmente válida. Em especial, no DPP e no seio dos métodos ocultos de investigação criminal, a temática da obtenção de prova coloca-se de modo mais sensível porquanto existe, do lado do investigado, uma colaboração auto-incriminatória que este desconhece. Por essa razão, não raras vezes se afirma que se possibilita uma incriminação facilitada do agente com o recurso a estes métodos.

A presente Dissertação irá versar sobre a temática da obtenção, validade e proibições de prova, em Processo Penal, recorrendo a um método oculto de investigação criminal em específico, o agente encoberto.

Os problemas jurídicos a que pretendemos dar resposta prendem-se com a questão de saber em que condições um agente encoberto se converte num agente provocador e quais são as consequências jurídico-probatórias que daí advêm.

### 2. Importância do tema

O agente encoberto é um método oculto de inegável interesse. Com efeito, é possível aduzir um elemento caracterizador privativo e reconhecidamente problemático:<sup>1</sup> o agente pretende confundir-se com os agentes que investiga, infiltrando-se na organização criminosa, ocultando firmemente a sua qualidade (e identidade, quando aplicável) e os seus propósitos. Assim, o método é, por natureza, desleal, pelo que deve ser utilizado com parcimónia.<sup>2</sup>

No entanto, as cautelas que medeiam essa utilização são confrontadas com divergências quer doutrinárias, quer jurisprudenciais e pelas imprecisões do próprio RJAÉ que potenciam dúvidas sobre a forma de traçar a fronteira entre a actuação legal do agente e a acção provocadora. Com efeito, são incertas, e por vezes diametralmente opostas, certas

---

<sup>1</sup> Segundo Costa Andrade, 2013: 221, uma «súbita e frequente presença do *homem de confiança* na *praxis* jurídico-processual veio despertar uma série de problemas e de aporias do foro ético e jurídico-normativo, cuja equacionamento e superação ensaiam ainda os primeiros passos».

<sup>2</sup> Ac. do TRL, de 22/03/2011, (Proc. 182/09.6JELSB.L1-5), Relator Nuno Gomes da Silva.

linhas decisórias.<sup>3</sup> Acontece que, uma vez demonstrada a actuação provocatória do agente encoberto, as provas padecerão de uma proibição de valoração. Assim, sufragamos pela importância dos problemas jurídicos levantados.

### **3. Delimitação temática**

#### **3.1 Delimitação positiva**

I. Subentende-se que, e em termos de delimitação positiva da presente Dissertação, há uma série de temas que precedem e que se associam aos problemas jurídicos identificados.

Há que indagar pelo contexto em que surgem, em geral, os métodos de investigação criminal ocultos e o agente encoberto, em particular. Com efeito, com o culminar da criminalidade organizada, novos desafios são colocados ao DP e ao DPP e a consagração legislativa de regimes jurídicos de investigação e repressão ocultos – de que é exemplo o RJAE – tornou-se uma realidade.

No que concerne ao DP, se por um lado se questiona a (pretensa) falência da prevenção especial da finalidade da pena, atento o novo perfil do delinquente, por outro lado, questiona-se se o nosso ordenamento não estará a abrir caminho para a instituição de regimes jurídicos que se aproximam da teorização do *DP do Inimigo*. Tomando como exemplo o RJAE, questiona-se essa aproximação, quer pelo catálogo de crimes que taxativamente podem ser objecto de prevenção ou repressão, identificando-os com os crimes do inimigo, quer pela adopção do critério subjectivo para distinguir uma acção lícita de uma provocatória, que apresenta debilidades que importam identificar.<sup>4</sup>

Quanto ao DPP, os desafios são colocados por força do sentimento de insegurança e desarme sentido face à perigosidade e à influência alcançada pelas organizações criminosas. Com efeito, à aparente celebração implícita de um novo contrato social, soma-se a necessidade premente de perseguir eficazmente os novos perfis de delinquência, dando resposta a fenómenos de criminalidade muito particulares. Por essa razão, a sociedade reforçou-se de medidas de investigação que, apesar de convocarem princípios e características comuns, têm a sua utilização dependente do preenchimento cumulativo de pressupostos específicos, que reflectem exigências constitucionais.

---

<sup>3</sup> Assim, e perante um quadro fáctico semelhante, Acs. do STJ, de 20/02/2003 (Proc. 02P4510), Relator Simas Santos e do TRE, de 20/09/2011, (Proc. 370/04.1JELSB.E1), Relatora Maria Isabel Duarte.

<sup>4</sup> Alves Meireis, 2006: 84 e ss.

Assim, e ao ensejo do propósito de identificar a actuação enganosa proibida do agente e as consequências probatórias que decorrem desta, no âmbito de uma acção encoberta, é subentendida, quer a análise das condições em que o agente encoberto pode ser adoptado, quer o âmbito de actuação do agente, que o RAJE reconduziu aos termos do art. 6.º.

Como teremos oportunidade de procurar demonstrar são levantadas pertinentemente dúvidas interpretativas em relação a este artigo, desde logo a propósito da natureza da «isenção de responsabilidade» ou da impunibilidade, por força do inciso «não é punível». Ademais, há que apurar se o agente pode ser autor singular material e se pode praticar factos consumados, resposta que não é extraída de forma imediata. Não obstante, aderimos à doutrina que considera abrangido pelo artigo quer a autoria imediata, a co-autoria e a cumplicidade e a possibilidade do agente praticar factos consumados. Em todo o caso, a proporcionalidade da actuação será sempre o vector inarredável.

**II.** Uma vez delimitado o âmbito do art. 6.º, estaremos em condições de saber em que circunstâncias o agente encoberto extravasa aquela que é a permissão de actuação que a lei lhe confere – convertendo-o num agente provocador, num agente desonesto, desleal, *maxime* num meio enganoso de prova – e quais são as consequências que derivam dessa actuação para a prova recolhida.

Procederemos a uma distinção entre a criação de uma oportunidade para delinquir que tem, previamente formado, livre, espontânea e voluntariamente um dolo, a que o agente encoberto é totalmente alheio, daquelas situações em que o comportamento do agente encoberto desencadeia esse dolo. Por outras palavras, determinar-se-á quando o agente encoberto cria ou não a vontade de delinquir no agente visado pela acção. Para o efeito, são convocados critérios de resposta. Um deles, designado por critério subjectivo procura apurar a existência de pré-disposição do agente visado ao cometimento do crime. É um critério que, não estando não isento de críticas, concorre com o critério objectivo, que perspectiva a avaliação do engano proibido no comportamento ou na acção do agente encoberto e no seu impacto sobre um agente médio. Dada a concorrência de critérios recorreremos ao escólio determinante da doutrina e da jurisprudência nacionais e estrangeiras e, em particular, à teorização e terreno jurisprudencial norte-americano da *entrapment defense* e das *exclusionary rules*, dando a conhecer casos paradigmáticos que estabeleceram premissas úteis.

**III.** Uma vez estabelecida a provocação, há que apurar as consequências jurídico-probatórias. Atento o engano proibido, as provas (proibidas) obtidas serão reconduzidas a um regime jurídico próprio. Cominando tanto o artigo 32.º n.º 8 da CRP como o 126.º n.º 1 e 2 al. a) do CPP a «*nulidade*», acrescentando este último o inciso «*não podendo ser utilizadas*» retira-se a conclusão de que será irrelevante o contributo que aquela prova teria no sentido de motivar a condenação do visado pela investigação. Assim, as provas obtidas serão inutilizáveis, recaindo sobre elas uma proibição de valoração.

Acompanharemos a posição que defende que, uma vez subsumidas a um regime jurídico próprio, este tem fundamento constitucional e é dotado de especificidades processuais próprias, *maxime*, de conhecimento oficioso e a todo o tempo, i.e., em qualquer fase processual, extensíveis quer aos n.ºs 1 e 2 e ao n.º 3 do art. 126.º do CPP; neste último número, a única particularidade é a de fazer revelar o consentimento do agente visado pela diligência prestado antes da sua realização e de ressaltar os casos previstos na lei. Nessa medida, não há um aligeiramento nos contornos do regime jurídico, em termos de se afirmar a necessidade de tornar a nulidade operável por força de requerimento. Assim, a nulidade prevista nos n.ºs 1, 2 e 3 do art. 126.º, para além de não encontrar equivalência nas nulidades previstas no Título V do CPP, não sujeita a regimes diversos os n.ºs 1, 2 e 3.

A proibição de prova – meio enganoso – enquanto garantia de defesa do arguido, surge ainda com um reforço de protecção através da possibilidade de interposição de recurso extraordinário de revisão da decisão condenatória transitada em julgado fundada, no todo ou em parte, com recurso à proibição (art. 449.º, n.º 1 al. e) do CPP). Nesta sede, a dificuldade coloca-se precipuamente a propósito da interpretação da expressão «se se descobrir», esta determinante para a articulação entre aquele recurso e o recurso ordinário (art. 410.º, n.º 3 do CPP). Colocar-se a descoberta – necessariamente após o trânsito em julgado – na perspectiva do arguido oferece-se a demasiadas incertezas que só podem ser desmanivadas caso tal resulte dos autos, como alguma doutrina tem, pertinentemente, alertado; assim, somos levados a aderir à posição que defende que o desconhecimento que deve relevar será o do tribunal, porquanto é a que vai melhor ao encontro do âmago das proibições de prova e do recurso de revisão.

**IV.** Finalmente, cumpre a identificação das circunstâncias em que a inutilizabilidade e proibição de valoração da prova imediata se pode reflectir externamente, i.e, a provas obtidas mediatamente. Na prática, a contaminação da prova venenosa à prova mediata depende da verificação de um nexo de dependência que liga a primeira à segunda. Nesta

sequência, surgirão situações cuja autonomia e independência implicam a conclusão de que aquele nexos não é verificado.

Como se verá, aderimos às posições que solidamente demonstram reservas à pertinência de exceções como a descoberta inevitável, os percursos hipotéticos de investigação e a ponderação de interesses. Assim, apenas a fonte independente e a mácula dissipada poderão «afastar» o vício consequencial da provocação. Em todo o caso, não poderão ser erigidas a exceções propriamente ditas ao efeito-à-distância.

### 3.2 Delimitação negativa

Em termos de delimitação negativa, haverá uma série de temas que não nos iremos debruçar por, no nosso entender, não ser o local apropriado para o tratamento autónomo que merecem, atentas as suas especificidades, embora no decurso da nossa exposição remetamos, em nota de rodapé, elementos bibliográficos que tratam desses temas quando conxionados com temas que nos importam tratar.

Não ignoramos que o método oculto de investigação criminal em causa nos dispensa de discutir a admissibilidade da sua utilização por ter consagração legal. Por essa razão, não teremos aqui o propósito de discutir a admissibilidade de métodos ocultos não consagrados – e, nessa medida, atípicos – mas na análise do RJAÉ não deixaremos de realçar a preocupação que o legislador teve – consciente do carácter excepcional deste tipo de métodos – na definição dos contornos do mesmo, sujeito a exigências constitucionais, desde logo, ao princípio da legalidade. Assim sendo, não discutiremos a admissibilidade de métodos ocultos atípicos.<sup>5</sup>

Por sua vez, não abordaremos o término da acção encoberta<sup>6</sup>, o agente encoberto em meio digital,<sup>7</sup> a responsabilidade civil e disciplinar deste, bem como a responsabilidade penal do agente provocador. Fora do nosso trabalho estará também a avaliação da regra de *indispensabilidade probatória* de junção do relato, bem como o valor probatório deste.<sup>8</sup> Finalmente, apenas atenderemos às problemáticas levantadas pelas proibições de prova

---

<sup>5</sup> A problemática da admissibilidade do uso de GPS é a que tem sido levantada em torno da admissibilidade de métodos ocultos atípicos e do princípio da legalidade. Sobre o tema, Pinto de Albuquerque, 2011: 317-318, João Conde Correia, 2014: 56-58, David Silva Ramalho, 2017: 217-220, a obra completa de Maria Beatriz Seabra de Brito, 2018 e Fabrício Pinto Weiblen, 2020: 181-233.

<sup>6</sup> Sobre o tema, Henriques Gaspar, 2004: 52, Isabel Oneto, 2005: 197 e Pinto de Albuquerque, 2011: 660.

<sup>7</sup> Sobre o tema, por todos, David Silva Ramalho, 2017: 281-310 e Duarte Rodrigues Nunes, 2018: 195-226.

<sup>8</sup> Sobre o tema, Isabel Oneto, 2005: 188 e ss, Sandra Silva, 2007: 154, Pinto de Albuquerque, 2011: 660, Sandra Pereira, 2017: 152 e ss e David Silva Ramalho, 2017: 302.

dependentes<sup>9</sup> e, a propósito das exceções ao efeito-à-distância, apenas daremos tratamento às que encontram reprodução no ordenamento jurídico português.

---

<sup>9</sup> Sobre o tema, João Conde Correia, 2007: 139 e ss, Kai Ambos: 2009: 67, Costa Andrade, 2013: 28 e ss, 42, 99 e ss, 146 e ss, 185 e 189, Paulo de Sousa Mendes, 2015: 184 e ss, David Silva Ramalho, 2017: 192 e ss, Miguel Teixeira de Sousa, 2020: 13-15 e Ac. n.º 607/2003 do TC (Proc. n.º 594/03), Relator Benjamin Rodrigues.



## CAPÍTULO I - OS DESAFIOS DA CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA

### 1. Enquadramento

**I.** A contemporaneidade está intimamente associada a dois fenómenos essenciais, a saber: (i) a globalização e (ii) a criminalidade. Este último, que procura gozar das potencialidades que o primeiro permite, instalou-se em termos de se confundir com a própria sociedade, de tal sorte que a sociedade actual é, e parafraseando ANABELA RODRIGUES,<sup>10</sup> definida pela porosidade cada vez maior entre a sociedade oficial e a sociedade do crime. Destarte, o favorecimento do crime resulta, desde logo, das potencialidades das tecnologias de informação e comunicação e das «vantagens que oferece o novo espaço mundial, com a criação de zonas de comércio livre em algumas regiões do mundo, nas quais se produz uma permeabilização económica das fronteiras nacionais e se reduzem os controlos».<sup>11</sup> Esta permeabilização encontra reprodução nas instâncias formais de decisão política, judicial, administrativa e, não menos obviamente, social – reflectindo o cometimento do *white collar crime*<sup>12</sup> – tendendo, invariavelmente, para um abalo da confiança depositada nas instituições e na justiça das suas decisões.<sup>13</sup> É precisamente sob estas circunstâncias que se dá o desenvolvimento da designada «sociedade de riscos».

**II.** Há muito que se assinala a substituição paulatina da delinquência individual pela organizada,<sup>14</sup> cuja complexidade estrutural implica a criação de desafios acrescidos ao seu combate. Enquanto «associação ordenada de fins, meios e esforços por uma ou várias pessoas, de índole temporária ou durável, para cometer um delito ou uma série de delitos,

---

<sup>10</sup> Anabela Rodrigues, 2006: 26.

<sup>11</sup> I. Blanco Cordeiro e I. S. Garcia de Paz, 2000: 4.

<sup>12</sup> Sobre o tema, José Mouraz Lopes, 2006: 143 e ss.

<sup>13</sup> Paradigmáticos em traçar os contornos deste cenário são algumas Resoluções do PE sobre a criminalidade organizada na União Europeia. Destaca-se, desde logo, a Proposta de Resolução do PE Sobre a Criminalidade Organizada na UE (2010/2309(INI)), Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos, Relatora Sónia Alfano, segundo a qual «a criminalidade organizada, em especial a de carácter mafioso, explora em seu favor a globalização, a abolição das fronteiras na União Europeia e as disparidades legislativas entre os Estados Membros a fim de obter benefícios cada vez mais substanciais e assegurando ao mesmo tempo a sua impunidade». No mesmo sentido, a Resolução do PE, de 23 de outubro de 2013, sobre a Criminalidade Organizada, a Corrupção e o Branqueamento de Capitais: Recomendações Sobre Medidas e Iniciativas a Desenvolver (2013/2107(INI)), que antecipa a estruturação e as características das empresas de criminalidade, o catálogo típico de crimes cometidos e a necessidade de reforçar o combate às mesmas. Adicionalmente, o Relatório Europeu Sobre Drogas de 2018, do Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência, disponível em [http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/8585/20181816\\_TDAT18001PTN\\_PDF.pdf](http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/8585/20181816_TDAT18001PTN_PDF.pdf), e consultado a 12/03/19, ilustra, com o recurso crescente à venda de drogas, a potencialidade da internet para o cometimento de crimes.

<sup>14</sup> Paulo Pinto de Sousa, 2010: 231.

tentando garantir a impunibilidade tanto quanto seja possível»,<sup>15</sup> a delinquência organizada é caracterizada pela hierarquia entre os seus membros<sup>16</sup>, o sigilo da sua actividade, a imperceptibilidade de como cometem crimes, a mobilidade e o gozo de uma imunidade privilegiada.<sup>17</sup> Ademais, à sua sofisticação e carácter transfronteiriço<sup>18</sup>, soma-se ainda o acesso a arsenal bélico, desde armas nucleares a armas químicas, a utilização de tecnologias de informação e comunicação e o acesso a elevadas quantias.<sup>19</sup> Dada a envolvimento que o criminoso tem com a empresa, o crime alcança um estatuto de profissão, sujeitando aquele a uma «despersonalização a favor dos interesses do grupo».<sup>20</sup> Por estas razões, trata-se de um *fenómeno de poder*.<sup>21</sup>

Pelo exposto, antecipa-se a conclusão pacífica de que, e parafraseando o Ac. do TRP, de 22 de Janeiro de 2014<sup>22</sup>, «a mundialização coloca ao Direito Penal e à investigação criminal novos e relevantes problemas» ou desafios. Teremos, pois, que averiguar que desafios são esses, atento que permitirão, numa fase mais avançada, antecipar a exegese de

---

<sup>15</sup> Ferreira Antunes, 1992: 58. Apesar de não existir uma definição consentânea de «criminalidade organizada», e que não cabe neste estudo privilegiar, registre-se a avançada pela Assembleia das Nações Unidas em 2000 – «*a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences (...) in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit*» através da Resolução 55/25, de 15 de Novembro de 2000. Sobre o tema, Pinto de Albuquerque, 2011: 40-41 e José Mouraz Lopes, 2017: 21-23.

<sup>16</sup> A característica da hierarquia é particularmente elucidativa da complexidade, da sofisticação e do secretismo da empresa. Ferreira Antunes: 1992: 63 e ss procede a uma divisão em três níveis de segmentos de actividade da estrutura organizacional. Localiza no primeiro nível de actividade aqueles que se dedicam à capitalização da empresa, designadamente dedicando-se ao tráfico de drogas e de armas; ao segundo nível estão afectos os que têm por função branquear os capitais ilicitamente obtidos, junto de entidades financeiras, destacando Faria Costa, 1992: 69 ser neste nível em que a infiltração se propaga «aos mais diversos níveis da realidade social e que age, em qualquer circunstância, dentro dos pressupostos de uma forte cadeia hierárquica». O terceiro nível corresponde à actuação no seio das Autarquias e da Administração Central do Estado, no sentido de alcançar influência e, paralelamente, controlo.

<sup>17</sup> Costa Andrade, 2013: 160.

<sup>18</sup> O fenómeno da criminalidade organizada e em particular, de raiz transfronteiriço impõe desafios que só poderão ser mais eficazmente ultrapassados através da colaboração entre os Estados. Assim, é reconhecer a pertinência da Directiva do PE e do Conselho de 3 de Abril de 2014 relativa à Decisão Europeia de Investigação em Matéria Penal (DEI), cujo «objectivo é facilitar e acelerar a obtenção e transferência dos meios de prova entre os Estados Membros da EU e harmonizar os procedimentos processuais existentes nos mesmos Estados», nas palavras de Luís de Lemos Triunfante, 2016: 73-74. Sobre o tema, Vânia Costa Ramos, 2019: 193 e ss. No seio da Directiva consta no art. 29.º a possibilidade de emissão de uma DEI para a realização de uma acção encoberta. No âmbito da Lei n.º 88/2017, que procedeu à transposição daquela, a medida de investigação em causa consta do art. 41.º.

<sup>19</sup> José Cunha Rodrigues, 1994: 195, Figueiredo Dias, 2001: 162 e Isabel Oneto, 2005: 47-48.

<sup>20</sup> Borja Mapelli Caffarena, 1996: 52 e Jean-François Gayraud, 2012: 5 e ss.

<sup>21</sup> Jean-François Gayraud, 2012: 6. Acrescente-se que, no seio dos crimes que podem estar em causa enquanto «actividade empresarial», é de inegável impacto um crime particularmente nebuloso, imprevisível e de danosidade social evidente: o crime de terrorismo, definido pela alínea i) do art. 1.º do CPP. A danosidade social associada ao terrorismo provoca, como acentua Manuel Guedes Valente, 2006: 157, um sentimento automático de auto-protecção individual e colectiva, colocando ainda em causa, por um lado, a segurança e, por outro, a justiça, o bem-estar e a paz pública. Com pertinência, destaca-se o «European Union Terrorism Situation and Trend Report 2018», disponível em <https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-2018-tesat-2018> e consultado a 27/04/2019.

<sup>22</sup> Ac. do TRP de 22/01/2014, (Processo 407/12.0JAPRT.P1), Relator Francisco Marcolino.

respostas a problemas específicos, quer no âmbito do agente encoberto, quer no encurtamento do efeito externo do efeito-à-distância.

## 2. Desafios substantivos e processuais

O cenário que traçámos desperta desafios, quer no DP, que no DPP.

I. No que concerne ao DP questiona-se a (pretensa) perda do sentido da prevenção especial da pena<sup>23</sup> e o surgimento de decisões e de regimes jurídicos que se parecem aproximar de um *Direito Penal do Inimigo*.

A primeira é apontada porque o delinquente não é mais um marginal, alheado da vida em sociedade. Com efeito, o perfil com que o delinquente surge não reclama necessidades especiais de socialização, até porque este está ao alcance da influência e do controlo das instâncias formais de decisão e de poder, por exemplo, assessorando-as ou administrando-as. Como nos dá conta JEAN DE MAILLARD, o esquema de aplicação de tratamentos correctivos não é aplicável ao banqueiro ou ao responsável político «porque é justamente o seu nível superior de socialização – o seu capital social – que lhe fornece os meios da delinquência».<sup>24</sup> Ademais, o desconhecimento sobre quem são os autores dos crimes, porquanto actuam de forma camuflada e de aparências, enquanto se sedimentam nos meios por onde se deslocam, torna-nos a todos em possíveis investigados.<sup>25</sup>

*Re melius perpensa*, não deverá questionar-se se o delinquente perfeitamente socializado, dotado de todos os meios humanos e técnicos de cometer o crime, formado, graduado, não fará sobressair uma maior perversidade e, além disso, perigosidade? E os princípios, quer da culpa, quer da necessidade da pena não são afastados por força do elitismo associado ao delinquente? Colocadas as questões, parece-nos que as respostas hão-de ser afirmativas, parecendo que «são por demais evidentes os perigos de adesão às teses que põem em crise a finalidade da prevenção especial. É que, aceitar a ineficácia total da função ressocializadora da pena neste tipo de delinquente é abrir caminho à prevalência da prevenção geral (...) sem que se questione se o Estado (...) não deve antes fortalecer-se (...) e, por esta via, acentuar que este tipo de delinquente revela uma personalidade mais

---

<sup>23</sup> Sobre o tema dos fins das penas, v.g., José Sousa e Brito, 1984: 555 e ss e 2002: 157 e ss, Roxin, 1997: 81 e ss, Figueiredo Dias, 2001: 72 e ss e 2012: 43 e ss, Taipa de Carvalho, 2008: 54 e ss e Maria Fernanda Palma, 2017: 49 e ss.

<sup>24</sup> Jean de Maillard, 1995: 95-96.

<sup>25</sup> Alves Meireis, 2006: 99.

perigosa do que muitos criminosos e, como tal, deve ser ressocializado».<sup>26</sup> Ademais, não se pode perder de vista que, no seio da prevenção especial, não consta apenas a prevenção especial positiva, que se dirige a esta perspectiva de ressocialização, porquanto não é de olvidar a prevenção especial negativa, que visa essencialmente a dissuasão e esta não é posta em crise.

**II.** A teorização de GÜNTHER JAKOBS – que tem impacto quer ao nível do DP, quer ao nível do DPP – parte da distinção entre cidadãos e inimigos, privando os últimos dos benefícios sociais e dos direitos, liberdades e garantias porquanto, tendo cometido crimes de elevada gravidade, é o próprio direito quem tem a iniciativa de desistir deles.<sup>27</sup>

Enquanto «indivíduos pertencentes a organizações terroristas, redes organizadas de crime, bem como delinquentes cujos crimes possuam uma natureza particularmente grave, violenta ou de cariz sexual»<sup>28</sup> neles é reflectido o perigo ou, melhor, eles são a *personificação do perigo*. Assim, são-lhes aplicadas sanções abusivas que não assentando na culpa, mas na perigosidade que revelam, visam privá-los da liberdade durante longos períodos, não sem antes restringir ou suprimir garantias e direitos processuais.<sup>29</sup> Com efeito, a nível processual, como nos dá conta, na sua exposição, ALVES MEIREIS, é-lhe retirado o estatuto de sujeito processual e são frequentemente promovidas medidas destinadas à detecção do inimigo, designadamente, recorrendo a agentes provocadores. Sem surpresa, a privacidade e o conceito de intimidade são abalados, tal como os sigilos profissionais.<sup>30</sup>

Em relação aos cidadãos, na medida em que os crimes praticados são de média gravidade, e imputando-se a sua prática a «deslizes», há possibilidade de recuperação, não se lhes negando o direito.<sup>31</sup>

Perante este cenário, é de acompanhar a orientação segundo a qual «se o verdadeiro direito penal é, fundamentalmente, vinculado pela Constituição Democrática de cada

---

<sup>26</sup> Isabel Oneto, 2005: 72.

<sup>27</sup> Sobre a teorização, Anabela Rodrigues, 2006: 40 e ss, Alves Meireis, 2006: 85 e ss, Josué Justino do Rio/Jairo José Gênova, 2013: 8709-8734, Pedro Caeiro, 2015: 125-136, Eduardo Demetrio Crespo, 2017: 82 e ss, Pedro Jacob Morais, 2020: 395-410 e Mário Meireles, 2020: 441-490.

<sup>28</sup> Hélène Fernandes, 2011: 5.

<sup>29</sup> Günther Jakobs/Cancio Meliá, 2003: 42 e ss e Gracia Martín, 2005: 452.

<sup>30</sup> Alves Meireis, 2006: 86-88.

<sup>31</sup> Hélène Fernandes, 2011: 9.

Estado, teremos de concluir que o direito penal do cidadão é um ‘pleonasma’, enquanto o direito penal do inimigo é uma contradição».<sup>3233</sup>

**III.** Por força desta teorização, ALVES MEIREIS levanta a pertinente questão de saber se estamos dentro de portas de um Direito Penal do Inimigo.<sup>34</sup> Em resposta, reconhece a existência de alguma permeabilidade, incluindo no seio do RJAE, que é o que nos importa. Precipuamente, refere que os crimes passíveis de investigação, constantes no art. 2.º, coincidem com os *crimes do inimigo*, que a possibilidade de adopção de medidas sem que esteja pendente um processo leva-o a considerar que «o inimigo tem que começar a ser vigiado à mínima suspeita»<sup>35</sup>, além de que dirige críticas aos tribunais, denunciando que «têm considerado como lícitas verdadeiras situações de provocação policial ao crime com o argumento que o criminoso já estava decidido a cometê-lo e que o agente da autoridade, ou um terceiro sob o seu controlo e direcção, se limitou a proporcionar os meios para que o crime se verificasse».

Não obstante, tem como verdadeiro que todas elas contribuem para o aumento da eficácia da investigação. Alerta, no entanto, que «a eficácia da investigação e da administração da justiça não pode passar sempre pela restrição aos direitos fundamentais».<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Joaquim Loureiro, 2007: 277.

<sup>33</sup> Uma clara manifestação prática desta teorização foi o *USA Patriotic Act* de 24 de Outubro de 2001 de George W. Bush. Assim, «*Parts Of Patriot Act Expire, Even As Senate Moves On Bill Limiting Surveillance*», in <https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2015/05/31/411044789/live-blog-facing-midnight-deadline-the-senate-debates-parts-of-the-patriot-act?t=1552573901691>, consultado a 10/01/2019. Assinado após o 11 de Setembro e alvo de sucessivas prorrogações, previa medidas, designadamente no Título III - “*International Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act of 2001*” para a prevenção do branqueamento de capitais e para detectar o financiamento do terrorismo. Entre outras, destacava-se a partilha de informações entre instituições financeiras e a identificação de todos os indivíduos estrangeiros que detivessem contas nos Estados Unidos, o acesso aos antecedentes criminais daqueles que pretendiam requerer o Visa pelo Departamento de Estado e o reforço dos poderes de investigação do Procurador-Geral, permitindo-lhe «prender estrangeiros que representem uma ameaça à segurança sempre que o entender», segundo Alves Meireis, 2006: 88. Enquanto que David Cole, da Georgetown Law School, reconhecia o prejuízo que aquelas medidas acarretavam para a privacidade, não deixando, no entanto, de reconhecer a sua necessidade, disponível em <https://www.americamagazine.org/issue/538/editorial/patriot-act-and-civil-liberties>, e consultado a 12/01/2019, outros criticavam duramente o âmbito das medidas, porquanto os inocentes não lhes escapavam

<sup>34</sup> Alves Meireis, 2006: 89 e ss.

<sup>35</sup> Como se verá *infra*, e com o devido respeito, esta consideração parece estar deslocalizada das exigências do RJAE, porquanto o art. 3.º n.º 1 reflecte um juízo de adequação da medida, que não é compatível com uma suspeita mínima.

<sup>36</sup> Alves Meireis, 2006: 93.

IV. Por força do sentimento de insegurança resultante da sociedade de risco imploram-se por alterações ao Processo Penal, para colmatar dificuldades de investigação e a morosidade da justiça. Paralelamente, o interesse e acompanhamento públicos de casos, através dos *media*, reforçam a percepção de violência, do risco, da ameaça<sup>37</sup> e do seu carácter imprevisível, não nos parecendo descabida a afirmação de que, no seio da opinião pública, justiça é sinónimo de condenação e aplicação efectiva de uma pena.

HASSEMER expressou, em 2004, nas Jornadas de Direito Processual e Direitos Fundamentais, na FDUL, o que se compreenderia por sociedade de riscos, introduzida por ULRICH BECK e ajuizou precisamente neste sentido, referindo que «a população carece de orientação, de tranquilidade normativa. (...) as sociedades do risco tendem para uma agravação dos meios repressivos e para uma antecipação do controlo».<sup>38</sup> Por sua vez, é digno de nota de que essa sensação constante de insegurança poderá ter forçado a celebração implícita, entre o Estado e a sociedade, de um contrato, em que a última cede ao primeiro parte da liberdade e privacidade, em troca de maior segurança.<sup>39</sup>

V. No Relatório Anual da PGRL de 2018 são registados os desafios enfrentados pelo sistema de justiça penal, destacando-se a falta de meios técnicos, humanos e a morosidade na realização de perícias, no cumprimento de cartas rogatórias e na investigação de crimes cometidos através da *internet*.<sup>40</sup> Ora, a complexidade que implica a investigação criminal, revelada sobretudo se estivermos no âmbito de estruturas organizadas implicará maior dificuldade na investigação criminal e, em consequência, morosidade.

Por essas razões, não surpreende que o Estado, acompanhando o progresso do mundo do crime, tenha de recorrer, em circunstâncias de excepcionalidade e subsidiariedade, a formas de obtenção de prova ocultas, porquanto a sua necessidade é manifesta. Nesse sentido, exigiu-se «do processo penal a árdua tarefa de rever conceitos tradicionais,

---

<sup>37</sup> Anabela Rodrigues, 2006: 29.

<sup>38</sup> Hassemer, 2004: 20.

<sup>39</sup> É precisamente neste sentido que Hassemer, 2004: 22 nos deu conta de que «esta política jurídica [em que o Estado é o *Leviathan*] não foi feita contra a população, mas antes com um grande consenso da população. O Estado deixa de ser o *Leviathan* para se tornar um parceiro no combate geral contra riscos e contra a criminalidade».

<sup>40</sup> Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/1559750011\\_RelatorioPGDL2018.pdf](http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/1559750011_RelatorioPGDL2018.pdf) e consultado a 08/12/2020. Dificuldades sentidas no Relatório anterior, de 2017. Disponível em [http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/1522919841\\_RELATORIO\\_ANUAL\\_2017\\_PGDL.pdf](http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/1522919841_RELATORIO_ANUAL_2017_PGDL.pdf) e consultado a 13/11/2020. Pertinentes são ainda as considerações do Estudo Económico de Portugal, de 2019, da *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OCDE), que reconhece, designadamente, o esforço realizado pelas autoridades no combate à corrupção e ao suborno nos sectores público e privado, mas não sem deixar de alertar para a morosidade da justiça, disponível em <http://www.oecd.org/economy/launch-of-2019-economic-survey-of-portugal-february-2019-pt.htm> e consultado a 13/11/2020.

adequando-os ao tempo e ao espaço, por meio do filtro da eficiência penal. É isto que se busca actualmente – a eficácia penal».<sup>41</sup> Frise-se mais, como remate, que é a «investigação «em tempo real» ou seja efectuada quando os factos estão a ocorrer»<sup>42</sup> que possibilita essa eficácia. Destarte, se assim não for, assistiremos à própria crise dos arts. 9.º, als. b) e d), 27.º e 202.º da CRP.

**VI.** É com base em sólido terreno lógico que MANUEL GUEDES VALENTE recorda que cada cidadão, quer considerado individualmente, quer enquanto cidadão pertencente a uma comunidade, se impõe a restrição de direitos, liberdades e garantias, para que o Estado possa prosseguir com as suas missões fundamentais, *maxime*, a segurança, a paz pública, o bem-estar e a eficácia da administração da justiça.<sup>43</sup>

Convém ressaltar que surgem, no entanto, reservas. Em particular, não são meros receios de que «os interesses polarizados pela perseguição criminal vêm sendo enfatizados, à custa da subvalorização e compressão da liberdade».<sup>44</sup> Destarte, não raras vezes a doutrina vem falando nos designados estados de necessidade de investigação e no clima de *moral panic*.<sup>45</sup>

Ademais, parece-nos que tal subvalorização é encontrada no âmbito do efeito-à-distância, *maxime*, quando se avalia o nexó que permite concluir pela contaminação da prova mediata. Se essa avaliação depende da ponderação feita concretamente quanto ao vínculo de conexão da prova venenosa à pretensamente envenenada, a verdade é que a tarefa de avaliação é confrontada com ponderações que se arriscam a extravasar o âmbito da proibição. Concretizando, o vínculo de antijuridicidade vê-se preterido por constelações que elevam, entre outros factores, a criminalidade em causa e o perigo nela representados a elemento de ponderação.

Esta é mais uma de entre várias manifestações da natureza conflitual da matéria processual penal.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup> Pinto de Sousa, 2010: 231.

<sup>42</sup> José Mouraz Lopes, 2006: 147.

<sup>43</sup> Manuel Guedes Valente, 2006: 159.

<sup>44</sup> Costa Andrade, 2013: 67. Ademais, no dizer expressivo de Maria Fernanda Palma, 2004: 53, «o fracasso da prevenção criminal e da investigação criminal não pode ter como substituto um Processo Penal inquisitorial e uma instrumentalização do conceito de crime numa sociedade».

<sup>45</sup> Hassemer, *apud* Costa Andrade, 2013: 68 e 94 e ss. O Autor aponta alguns exemplos que consubstanciam agressões à *Rechtskultur* (cultura jurídica), por exemplo, o da aceitação de que a criminalidade grave justifica a valoração de diários íntimos, o que determina, em consequência, o afastamento da proibição de prova. Estamos no campo das proibições de valoração de prova independentes. Sobre o tema, nota 9.

<sup>46</sup> Figueiredo Dias, 2016: 5.

## CAPÍTULO II - O RECURSO ÀS ACÇÕES ENCOBERTAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

### 1. Acções encobertas no contexto dos métodos ocultos de investigação criminal

#### 1.1 Dispersão na regulação de métodos ocultos

Chegados a esta fase há que compreender quais são as características deste método de investigação, em que sobreleva o seu carácter necessário, patente, desde logo, na jurisprudência do TC, quando refere que é «impossível renunciar ao *undercover agent*».<sup>47</sup>

Não entanto, deve ter-se presente que a reunião, quer de características quer de princípios que se possam reportar ao agente encoberto e aos métodos ocultos em geral não permitem a integração de um método oculto numa teoria geral de métodos ocultos, como alerta a doutrina porquanto essa integração à luz do direito constituído enfrenta dificuldades, a saber: **(i)** inexistente um regime geral e **(ii)** aqueles que são os métodos consagrados encontram-se dispersos.<sup>48</sup>

Destarte, assinala-se persistentemente a oportunidade desperdiçada aquando da Reforma de 2007 em protagonizar a criação de um regime geral de métodos ocultos, concretizando-a através da regulação dos mesmos no seio do CPP.<sup>49</sup> Ademais, a «fragmentação da arquitetura legislativa»<sup>50</sup> parece resultar de reacções às necessidades de investigação que se vão reportando, o que acaba por determinar «descontinuidades, incongruências e inconsistências» e a desactualização do CPP, que mantém, ao nível dos métodos ocultos de investigação criminal, as escutas erigidas a paradigma.

#### 1.2 Características comuns

A ocultação, a necessidade, a excepcionalidade e a subsidiariedade no recurso a métodos ocultos, bem como a abrangência, o carácter invasivo e a aptidão para neutralizar direitos

---

<sup>47</sup> Ac. do TC n.º 578/98, (Proc. 835/98), Relator Messias Bento.

<sup>48</sup> David Silva Ramalho, 2017: 34-35.

<sup>49</sup> Costa Andrade, 2009a: 108-109 e 2009b: 528. Ademais, registre-se que as acções encobertas no ordenamento alemão estão disciplinadas no seio do StPO, nas Secções 110a, 110b e 110c.

<sup>50</sup> Costa Pinto, 2017: 92 e Santos Cabral, 2016: 388.



processuais surgem comumente identificados enquanto características dos métodos de investigação ocultos.<sup>51</sup>

Através destes e da sua ocultação, os OPC intrometem-se nas comunicações, quando não interagem directamente com suspeitos, arguidos e com terceiros, acedendo a informações de fiabilidade pouco cuidada, convivendo e criando laços de aparente companheirismo, confiança e amizade, a que os últimos aderem, de forma espontânea e inocente. Desconhecedores daquela aparência e instruídos por falsas representações da realidade, tornam-se alvos de obtenção de prova contra si próprios, auto-incriminando-se. Desta forma, não se pode deixar de afirmar, em particular, que o agente encoberto implica o uso de alguma dose de engano e de deslealdade, não sendo outro o entendimento encontrado na jurisprudência do TC, que afirma a excepcionalidade e reconhece a ocultação e o emprego de deslealdade da acção encoberta. Assim, característica comum aos métodos ocultos é sua particularidade invasiva, que convoca o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*.<sup>52</sup>

Esta contribuição auto-incriminatória facilita ou precipita a indicição e, nessa medida, determina a aproximação do arguido da condenação. É de tal ordem assim que não raras vezes se fala do risco de perda da relevância da fase julgamento, porquanto as provas obtidas através do método em causa fundamentam a convicção do juiz, convencendo-o no sentido do cometimento do crime e o arguido pouco pode fazer, limitando-se a ser um assistente – no sentido de espectador<sup>53</sup> – da condenação que contribuiu sem conhecer. Por essa razão, é confrontado com a neutralização do seu direito ao silêncio.

A utilização excepcional do método e a danosidade por ele oferecida implicam que o recurso ao método tenha de se revelar necessário, i.e., que a sua utilização seja sempre justificada em qualquer investigação, de forma a que não se recorra a este de forma automática, mas de forma criteriosa e fundamentada, de modo a permitir a sua sindicabilidade.<sup>54</sup>

### **1.3 Princípios comuns e aplicação ao RJAÉ**

---

<sup>51</sup> Santos Cabral, 2017: 388-389, David Silva Ramalho, 2017: 209 e ss e João Gouveia de Caires, 2019: 45 e ss.

<sup>52</sup> Sobre o tema, Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, 2009: 14-34.

<sup>53</sup> Costa Andrade, 2009a: 107 e David Silva Ramalho, 2017: 209.

<sup>54</sup> David Silva Ramalho, 2017: 204-205 e 210.

Os métodos ocultos de obtenção de prova – enquanto «métodos que representam uma intromissão nos processos de acção, interacção, informação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que as mesmas disso tenham consciência, conhecimento ou disso sequer se apercebam»<sup>55</sup> – são subsumíveis a um conjunto de princípios comuns, a saber: **(i)** reserva ou precedência de lei, **(ii)** proporcionalidade, **(iii)** subsidiariedade e **(iv)** reserva de juiz.<sup>56</sup> Vejamos de que forma se reconduzem no âmbito do RJAE.

### 1.3.1 Reserva de lei formal e material: Lei n.º 101/2005<sup>57</sup>

**I.** O RJAE consta da Lei n.º 101/2005, de 25 de Agosto. A assunção da excepcionalidade enquanto característica dos métodos ocultos de investigação criminal – danosos ou invasivos por natureza – prejudica de forma irremediável a integração analógica que, tanto quanto possível, o CPP permitiu no artigo 4.º. Em consequência, o recurso a métodos ocultos tem de passar necessariamente pelas exigências dos arts. 18.º, n.ºs 2 e 3 e 165.º al. b) da CRP.<sup>58</sup> Assim, parece-nos que o artigo 125.º do CPP com a epígrafe ‘‘Legalidade da Prova’’ é uma manifestação infra-constitucional do princípio da reserva ou precedência de lei (ou DL autorizado), enquanto limite formal dos métodos ocultos.<sup>59</sup>

**II.** No entanto, o recurso a um método oculto não se basta pela existência de lei habilitante. Com efeito, exige-se *materialmente* densidade e qualidade<sup>60</sup>, o que implica a afirmação de que a CRP exige do legislador o esforço de determinar «o conteúdo e extensão da medida restritiva de direitos fundamentais, e prescrever o respectivo regime, incluindo os seus

---

<sup>55</sup> Costa Andrade, 2009a: 37. Assim também, Gladis Proaño Reyes, 2018: 218 que expõe ainda a sua *especialidade*: «como su nombre indica, las Técnicas de Investigación Especiales, son “especiales” en la medida de que su utilización puede causar lesiones o agravios a derechos fundamentales de los ciudadanos, de allí que, su empleo debe ser considerado igualmente de manera “especial” o, a tenor de la norma penal “de manera excepcional” y cuando se encuentre ampliamente justificada su autorización».

<sup>56</sup> Assim também, David Silva Ramalho, 2017: 210-239.

<sup>57</sup> Sobre a evolução legislativa da acção encoberta, Moraes Rocha, 1994: 190 e ss, Rui Carlos Pereira, 1996: 59 e ss e Isabel Oneto, 2005: 111 e ss.

<sup>58</sup> Pelas palavras de Mata-Mouros, 2011: 206 está-se perante o «princípio da tipicidade das restrições autónomas dos direitos, liberdades e garantias». Segundo Marques da Silva, 2013: 46, «é importante assinalar desde já também que a Constituição contém múltiplas normas que directa ou indirectamente respeitam ao processo penal. Assim, alguns dos princípios que hão-de conformar o processo resultam da imposição constitucional, como sucede com as normas do artigo 32.º da Constituição, mas não só».

<sup>59</sup> Assim também, Vieira de Andrade, 2004: 312-313, Costa Andrade, 2009b: 540, Mata-Mouros, 2011: 235, Paulo de Sousa Mendes, 2013: 1379-1380, David Silva Ramalho, 2017: 216 e Rui Soares Pereira, 2019: 259-261. Em sentido contrário, Santos Cabral, 2016: 388-391.

<sup>60</sup> Assim também, Costa Andrade, 2009a: 545, Mata-Mouros, 2011: 235, Rita Castanheira Neves, 2011: 129-131, David Silva Ramalho, 2017: 223-226 e Rui Soares Pereira, 2019: 260.

pressupostos materiais, formais, orgânicos e procedimentais».<sup>61</sup> Por outras palavras, os regimes que consagram métodos ocultos devem definir regiamente o catálogo de crimes passíveis de investigação ou repressão, a autoridade competente para a autorização, os agentes visados e a duração da medida.<sup>62</sup> Dessa forma, compreender-se-ão os seus limites, a norma cumprirá uma função de orientar a conduta dos agentes e garantir-se-á transparência e segurança jurídicas. Por conseguinte, permitir-se-á a sindicância da utilização do método, evitando-se excessos.<sup>63</sup> Vejamos, pois, de que forma essa prescrição foi feita no âmbito do agente encoberto.

### 1.3.2 Princípio da proporcionalidade

I. O princípio da proporcionalidade, decorrente do art. 18.º da CRP, manifesta a conflitualidade inerente à discussão sobre a admissibilidade de um método oculto. Com efeito, estamos no campo da harmonização prática que obriga à formulação de juízos concretos.<sup>64</sup> Na busca por um equilíbrio, concordância ou harmonização prática entre valores conflitantes, a premissa de avaliação da admissibilidade, *maxime* de conformação constitucional, deverá ser a própria lei habilitante atento que, enquanto lei restritiva de direitos fundamentais, nela estão reflectidas manifestações de ponderação impostas pela CRP.

Desde logo, podemos encontrar manifestações através da técnica do catálogo, que reúne determinado tipo de crimes, preterindo outros, com base na gravidade, necessidade, adequação e eficácia do meio ao resultado pretendido.

---

<sup>61</sup> David Silva Ramalho, 2017: 223-224.

<sup>62</sup> *Idem*, 224.

<sup>63</sup> Sobre as justificações para a exigência de reserva de lei em matéria de restrição a direitos fundamentais, Jorge Reis Novais, 2004: 191-192 e 2010: 840 e David Silva Ramalho, 2017: 221. Ademais, afirmar que o DPP, na expressão de HENKE, *apud* Ac. do TC n.º 578/98 cit. nota 47, constitui verdadeiro direito constitucional aplicado, implica uma série de exigências materiais, a saber: (i) «uma estrita e minuciosa regulamentação legal de qualquer indispensável intromissão (...) na esfera dos direitos do cidadão, (ii) de que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial de tais direitos, (iii) de estrito controlo judicial da actividade de todos os órgãos do Estado e (iv) que a proibição de provas obtidas com violação da autonomia ética da pessoa». Assim também, Acs. n.º 7/87 do TC, (Proc. n.º 302/86), Relator Mário de Brito e n.º 155/2007 do TC, (Proc. 695/06), Relator Gil Galvão. Como pertinentemente destaca David Silva Ramalho, 2017: 225-226, «esta regulamentação não pode ser tão estrita e minuciosa ao ponto de petrificar a actuação judicial, mas antes deverá conter uma margem de amplitude suficiente para permitir a escolha e o ajustamento da medida em função das circunstâncias do caso».

<sup>64</sup> Assim, Gomes Canotilho, 2003: 266 e ss, Costa Andrade, 2009a: 116 e ss, David Silva Ramalho, 2017: 226-235 e Miguel Teixeira de Sousa, 2020: 7, que afirma que «o princípio da proporcionalidade permite justificar um meio em função de um fim e, por isso, permite determinar se um meio é proporcional ou desproporcional para atingir um fim».

II. A acção encoberta está finalisticamente dirigida à prevenção ou à repressão dos crimes taxativamente previstos nos termos do art. 2.º do RJAE.<sup>65</sup> É indubitável que o catálogo actual, *maxime* pela sua extensão, levanta algumas reservas, na medida em que dele poderá resultar a ideia de generalização ou de recurso automático, não ponderado e banal.<sup>66</sup> No entanto, não poderemos olvidar que a inclusão de um crime no elenco não determina por si só o recurso ao método. Com efeito, o TC é assertivo em traçar o domínio de criminalidade exigível, nos termos que transcrevemos: «estando em causa certo tipo de criminalidade grave (terrorismo, tráfico de droga, criminalidade violenta ou organizada), é impossível renunciar ao *undercover agent*. Está-se em domínios em que os interesses que se entrecruzam são de tal ordem, e os meios, de que os criminosos dispõem, tantos e tão sofisticados, que a sociedade quase se sente impotente para dar combate a tal criminalidade».<sup>67</sup>

Assim, e recorrendo a uma interpretação teleológica, ISABEL ONETO<sup>68</sup> exige a verificação de dois pressupostos, a saber: (i) a existência de sérios indícios de que um dos crimes do catálogo foi cometido ou está prestes a ser consumado e (ii) que esses sérios indícios revelem que a sua comissão se enquadra no âmbito de terrorismo ou criminalidade grave ou altamente violenta. Assinala, deste modo, a importância da *ratio legis*. Em consonância com esse entendimento avança com o exemplo do roubo numa estação de correios, enquanto crime contemplado no catálogo, nos termos do art. 2.º, al. i), *in fine* do RJAE. A existência de indícios de que o crime está a ser planeado não determina de imediato uma justificação para a realização de uma acção encoberta. Com efeito, os

---

<sup>65</sup> O Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias em relação à Proposta de Lei n.º 79/VIII (a que se seguiu o RJAE) frisou, ao citar o art. 27.º da CRP (Direito à Liberdade e à Segurança), que «as restrições ao direito à liberdade, que se traduzem em medidas de privação total ou parcial dela, só podem ser as previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 27.º, não podendo a lei criar outras: princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas/restritivas da liberdade», disponível em <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/08/02/070/2001-06-22/2236?pgs=2236-2238&org=PLC> e consultado a 11/02/2019. Ademais, registre-se que as acções encobertas além das apenas são admissíveis no quadro da repressão, segundo a Secção 110a, § 1 do StPO, apesar de alguma doutrina defender a sua utilização em contexto de prevenção, segundo Duarte Rodrigues Nunes, 2015: 539. Acrescente-se ainda que, nos termos do art. 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, «as acções encobertas desenvolvidas pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, no âmbito da prevenção e repressão de crimes relacionados com a imigração ilegal em que estejam envolvidas associações criminosas, seguem os termos previstos» no RJAE.

<sup>66</sup> Sandra Pereira, 2017: 149.

<sup>67</sup> Ac. cit. nota 47. Assim também, o Ministro da Justiça aquando da discussão na generalidade da Proposta de Lei n.º 79/VIII, em DAR I série N.º 99/VIII/2 2001.06.22: 16. Disponível em <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/08/02/099/2001-06-22/16?pgs=16-31&org=PLC> e consultado a 31/11/2020.

<sup>68</sup> Isabel Oneto, 2005: 187. Assim também, Rui Pereira, 2004: 26, Figueiredo Dias, 2008: 28 e Sandra Pereira, 2017: 149-150. Contra, Paulo Pinto de Albuquerque, 2011: 658 e Nuno Loureiro, 2015: 82.

indícios sérios terão de dizer respeito a uma acção de terrorismo ou criminalidade organizada ou violenta.

Da nossa parte, acompanhamos a posição de ISABEL ONETO. *Ab incunabulis*, resulta de forma clara da Proposta de Lei e da respectiva discussão na generalidade<sup>69</sup> a intenção do legislador em direccionar uma medida como a acção encoberta para a prevenção e repressão de certas formas de criminalidade que não se compadecem com delinquências desorganizadas e pequenas. Destarte, «a actuação encoberta é um mecanismo importantíssimo de investigação penal, nomeadamente no que se refere à criminalidade grave e ao crime organizado». É esta a *ratio legis*, necessariamente assente na *occasio legis*, que o intérprete e o aplicador não podem descuidar.

Por outro lado, apurámos *supra* que a adopção de medidas ocultas não prescinde de juízos de ponderação assentes no princípio da proporcionalidade. Assim, não vemos como não afirmar a desproporcionalidade e desadequação da medida, apesar da potencial eficácia, em admitir uma acção encoberta relativamente a um crime de tráfico praticados por alguém onde se sobrepõem as faces de consumidor e pequeno traficante.<sup>70</sup> Assim sendo, o objecto da operação será a prevenção e a repressão da criminalidade grave e organizada.

**III.** Não raras vezes, o legislador, consciente de que a proporcionalidade se move diante de contornos de múltiplas e diferentes situações, se socorre de expressões, *maxime* de conceitos indeterminados, que oferecem espaço de ponderação e, sobretudo, de adaptabilidade da lei abstracta ao caso concreto.<sup>71</sup>

Com efeito, a *materialidade* exigida em lei habilitante não prejudica a exigência de diferentes graus de suspeita e o reconhecimento da «necessidade de o legislador, na busca por uma solução constitucionalmente adequada dos casos concretos, remeter para a Administração a responsabilidade de realização das correspondentes valorações e ponderações de bens em que venham a assentar a própria decisão de activar ou não a possibilidade de intervenção restritiva, a escolha do meio restritivo ou a determinação do seu alcance e intensidade».<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> São várias as intervenções, incluindo aquela do Ministro da Justiça, em que se retira aquela intencionalidade, em DAR I série N.º 99/VIII/2 2001.06.22: 16, 21, 23-26 e 29, cit. nota 67.

<sup>70</sup> Acompanhamos, assim, Sandra Pereira, 2017: 150.

<sup>71</sup> *Idem* e Mata-Mouros, 2011: 242 e ss.

<sup>72</sup> Jorge Reis Novais, 2010: 845 e 2013: 161 e ss. Segundo o Autor, com base na jurisprudência do BVerfGE, a «doutrina tende a seleccionar como critérios orientadores da intensidade do controlo de proporcionalidade: (i) a gravidade da restrição, (ii) a importância e premência dos interesses que justificam a restrição (...), bem como (iii) a relevância dos interesses de liberdade protegidos pelo direito fundamental restringido». No mesmo sentido, Mata-Mouros, 2011: 226-228 e 251, que nos dá conta de que, numa decisão do BVerfG,

IV. No momento da autorização da operação encoberta deverão existir indícios suficientes da prática ou da futura prática de crimes.<sup>73</sup> Na prática, deverão existir indícios em termos concretos – o n.º 1 do art. 3.º ao usar a expressão «identificados em concreto» a isso dá, especificamente, a entender – que representem e sustentem uma maior probabilidade de que se venham a cometer infracções ou que já tenham sido cometidas, devendo a ingerência e a invasão pretendidas ter correspondência com os indícios em causa.<sup>74</sup>

Porque incompreensível seria considerar que o controlo do juiz se esvaziaria no momento da autorização, o dever de fundamentação não incide apenas sobre aquele momento, mas estende-se, *ex officio*, a decisões de modificação ou de revogação da acção encoberta, para além de que deve ir controlando a realização da acção, de modo a evitar o cometimento de abusos e excessos.<sup>75</sup>

V. Por força do art. 18.º e em todo o caso reflectido no art. 3.º, n.º 1 do RJAE, a acção encoberta deverá respeitar tanto no momento da sua autorização, como no momento de eventual prorrogação, os princípios da adequação, da necessidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>76</sup>

(i) Essencialmente, o primeiro obriga a que a acção encoberta seja apta a alcançar aquele que é o fim da medida, *maxime*, a obtenção de material probatório (art. 3.º, n.º 1 do RJAE). Nesse sentido, a avaliação pela idoneidade ou aptidão há-de assentar num controlo prévio ou *ex ante*, através de um juízo de prognose póstuma, a cargo da autoridade judiciária, devidamente fundamentado.<sup>77</sup> Assim, é um princípio «tendencialmente de verificação prática e não legislativa»,<sup>78</sup> excluindo-se, desde logo, «a utilização de meios ou a

---

datada de 13/11/2005, foi assinalado que uma medida de investigação de ingerência num direito fundamental carece de proporcionalidade quando outras medidas menos graves são esquecidas ou postas de lado sem fundamento e noutra, datada de 04/07/2006, foi exigida uma efectiva ponderação do princípio da proporcionalidade que incluísse a apreciação, em concreto e por parte do juiz, dos indícios verificados nos autos, fazendo depender o grau de exigência para a autorização de ingerência no direito, também da gravidade do crime indiciado; para além disso, o BVerfG deixou claro que o juiz de instrução deverá apreciar, por si mesmo, a verificação dos pressupostos de autorização de uma medida de ingerência.

<sup>73</sup> Sobre a doutrina da *probable cause*, Damião da Cunha, 2006: 66 e ss.

<sup>74</sup> Duarte Rodrigues Nunes, 2018: 207 entende que deverão existir «razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter». Assim também, Isabel Oneto, 2005: 146.

<sup>75</sup> Lourenço Martins, 2007: 49, Pinto de Sousa, 2010: 237 e Paulo Pinto de Albuquerque, 2011: 659.

<sup>76</sup> Reis Novais, 2013: 162 e ss e Nuno Loureiro, 2015: 98.

<sup>77</sup> Assim, Gomes Canotilho, 2003: 269, Reis Novais, 2004: 167-170 e 2013: 167 e ss e David Silva Ramalho, 2017: 230-231.

<sup>78</sup> David Silva Ramalho, 2017: 232 e 2018: 80.

prossecação de fins constitucionalmente ilegítimos»<sup>79</sup>, como seja o uso da acção encoberta em termos enganosos.

(ii) O princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo exige que, para atingir o fim proposto, se recorra ao meio necessário, exigível ou indispensável, embora mais suave ou menos restritivo.<sup>80</sup> Por outras palavras, de entre vários métodos aptos a alcançar o fim em causa (a obtenção de prova), deve ser priorizado o meio menos restritivo. Assim, ainda que em concreto existam métodos que se revelem menos restritivos (v.g., interceptção de correspondência, escuta telefónica) a verdade é que nenhum desses revela a aptidão da acção encoberta para, naquele caso e naquelas circunstâncias, alcançar o fim pretendido. Por essa razão, «não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão».<sup>81</sup>

Atenta a relatividade do subprincípio e a necessidade de procurar comandos que permitam a aplicação prática do mesmo, a doutrina avança a *necessidade*, a saber: (i) *material*, que obriga a que a acção encoberta lese o mínimo possível e necessário direitos fundamentais; (ii) *espacial*, na medida em que deve estar previamente definido o âmbito geográfico em que vai incidir a acção; (iii) *temporal*, delimitando-se a duração da acção, sem prejuízo da possibilidade de prorrogação; e (iv) *pessoal*, devendo a acção incidir apenas sobre os agentes visados pela acção, poupando-se, assim, terceiros.<sup>82</sup>

(iii) No que diz respeito ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, aquilo que há a aferir é, sem prejuízo de se considerar como idónea e indispensável, se a acção encoberta e a consequente restrição de direitos que esta implica constitui uma restrição desproporcionada no confronto com o direito ou interesse a que se está a promover. Assim, trata-se de ponderar bens jurídicos, – com recurso à própria proporcionalidade, mas também a outros critérios como v.g., a gravidade do crime em investigação ou a sanção previsivelmente aplicada –, «de valorar, sobrepesar, comparar sacrifícios (da liberdade individual) e benefícios obtidos ou visados, vantagens e desvantagens da restrição objecto do controlo».<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> Jorge Reis Novais, 2013: 167.

<sup>80</sup> *Idem*, 171-177.

<sup>81</sup> Gomes Canotilho, 2003: 270.

<sup>82</sup> *Idem*. Assim também, Reis Novais, 2013: 171-177, David Silva Ramalho, 2017: 231-232 e José Mouraz Lopes, 2017: 45.

<sup>83</sup> Reis Novais, 2013: 178 e ss e David Silva Ramalho, 2017: 232-235.

VI. Pelo exposto resulta a ideia de que a opção pela realização da acção encoberta não se compadece com decisões que recorram a esta de modo automático e imediato, pois que a utilização de métodos ocultos, em geral, deverá ser excepcional e subsidiária,<sup>84</sup> não dispensando a formulação daqueles juízos concretos. Sob tal ambulação, o TRL, segundo o qual «as acções encobertas são um meio de investigação a usar com parcimónia e o modo como se desenvolvem deve ser objecto de aprofundado escrutínio».<sup>85</sup>

### 1.3.3 Princípio da reserva de juiz e Ac. n.º 578/98

I. Enquanto «exigência orgânico-procedimental»<sup>86</sup>, a reserva de juiz traduz um direito fundamental.<sup>87</sup> No seio dos métodos ocultos tem-se entendido que o juiz exerce a função de compensar o arguido pela «ausência de contraditório na efectivação de medidas restritivas de direitos assentes em juízos de oportunidade dos investigadores»<sup>88</sup>. Para o efeito, e nos termos dos arts. 32.º, n.º 4 e 202.º, n.º 2 da CRP, o juiz deverá cuidadosa e criteriosamente verificar o preenchimento dos pressupostos em causa, valendo-se do princípio da proporcionalidade e fazendo um controlo de legalidade, mas já não um de oportunidade. Por outras palavras, o juiz não poderá dispor da utilidade da medida, sob pena de arrepiar o papel do MP em, por hipótese, pretender substituir a medida proposta, de realização de uma busca, indeferindo-a e substituindo-a por aquela que melhor se adequa na sua opinião, a uma acção encoberta.<sup>89</sup> Com efeito, ao juiz caberá apenas o deferimento, quer total quer parcial ou o indeferimento da acção encoberta, devendo, em todo o caso, fazê-lo de forma fundamentada.<sup>90</sup>

---

<sup>84</sup> David Silva Ramalho, 2017: 235-236 entende que a aplicação prática do princípio importa, a saber: (i) que no plano extrínseco, a prioridade seja oferecida aos métodos abertos, *maxime*, não ocultos, (ii) no plano intrínseco, deve ser utilizado aquele que, de entre os disponíveis e idóneos, se apresente como menos gravoso e (iii) deverá ser evitada a cumulação de métodos ocultos, reservando-a para «casos mais graves e de absoluta necessidade» e Duarte Rodrigues Nunes, 2018: 150 que, a propósito da cumulação de determinados métodos, e cujo raciocínio podemos aplicar, *mutatis mutandis* à cumulação de outros entende que «para que tal seja legítimo, terão de estar verificados os requisitos legais de todos os meios de obtenção que se cumulem na situação *sub judicio* e essa cumulação jamais poderá violar os ditames do princípio da proporcionalidade na vertente da proibição do excesso, não podendo nunca conduzir a uma vigilância total».

<sup>85</sup> Ac. do TRL, de 22/03/2011, cit. nota 2.

<sup>86</sup> Costa Andrade, 2009a: 117.

<sup>87</sup> Mata-Mouros, 2011: 42. Assim também, José Mouraz Lopes, 2017: 57-65.

<sup>88</sup> *Idem*, 94-95. Assim também, Fernando Gonçalves/Manuel João Alves, 2009: 86.

<sup>89</sup> *Ibidem*: 207 e David Silva Ramalho, 2017: 238-239.

<sup>90</sup> David Silva Ramalho, 2017: 238-239 e, quanto ao diferente grau de fundamentação caso seja uma decisão de indeferimento ou deferimento, Mata-Mouros, 2011: 287-288.



**II.** Decorrente, pois, do art. 32.º, n.º 4 CRP e reflectido no art. 3.º, n.ºs 3 e 4 do RJA, resulta o controlo da legalidade da acção, devendo o juiz proceder a um controlo tanto de legalidade como de mérito. Porque é na fundamentação elaborada pelo juiz que o arguido vai procurar, ainda que posteriormente, as razões para o recurso ao método oculto e sindicar a sua utilização à data do deferimento, a fundamentação do juiz não pode traduzir um mero controlo formal, nem uma subscrição ao pedido apresentado pelo MP,<sup>91</sup> ao contrário daquilo que a prática tem revelado.<sup>92</sup>

Com efeito, a «progressiva subalternização ao juízo do MP» é usada por DAVID SILVA RAMALHO como possível argumento para o legislador **(i)** excepcionar a necessidade de autorização judicial ou **(ii)** prever um mecanismo de deferimento tácito, como aquele que vigora no seio das acções encobertas, no art. 3.º, n.º 3.<sup>93</sup>

**III.** Quer se esteja no domínio da prevenção ou da repressão criminais, a acção encoberta depende do controlo de uma autoridade judiciária (art. 1.º, al. b) do CPP), tendo-se instituído um sistema de controlo repartido.<sup>94</sup>

Caso a acção esteja inserida no âmbito da prevenção, a competência para autorizar a realização da medida cabe ao JIC, mediante proposta do MP, nos termos dos arts. 3.º, n.ºs 4 e 5. No inquérito, a competência é do MP, nos termos do art. 3.º, n.º 3, sem prejuízo da dependência de comunicação obrigatória ao JIC e da validação por este, num afloramento ao preceituado no art. 34.º, n.º 4 da CRP. Em todo o caso, o RJA, prevê nesta sede um mecanismo de deferimento tácito, «considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes».

**IV.** Em particular, e atendendo à indispensabilidade, aptidão e proporcionalidade da acção encoberta, a autoridade judiciária deve: **(i)** especificar aqueles que são os indícios apontados pelo MP, confirmando-os ou desmentindo-os<sup>95</sup>, **(ii)** delimitar quer o âmbito geográfico **(iii)** quer os agentes visados pela acção, **(iv)** descrever os mecanismos que

---

<sup>91</sup> Assim também, Costa Andrade, 2009a: 25-26 e 2009b: 549-551, Mata-Mouros, 2011: 286 e David Silva Ramalho, 2017: 238.

<sup>92</sup> Costa Andrade, 2009a: 119, Hans-Jörg Albrecht, 2009: 739 e David Silva Ramalho, 2017: 239.

<sup>93</sup> David Silva Ramalho, 2017: 239.

<sup>94</sup> Com uma síntese comparativa entre os sistemas nacionais de autorização para o uso de agentes encobertos, Veselov e Outros v. Rússia, aplicações n.ºs 23200/10, 24009/07 e 556/10 (2013).

<sup>95</sup> As decisões de não ratificação (art. 3.º, n.º 3) ou de não autorização (art. 3.º, n.º 4) são recorríveis pelo MP, nos termos dos arts. 406.º, n.º 2, 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do CPP.

permitam o acompanhamento da mesma, (v) identificar os actos concretos que os agentes encobertos podem e não podem praticar e (vi) definir a duração da acção.<sup>96</sup>

V. Partindo do pressuposto de que a realização de acções encobertas diverge consoante estejamos no seio da prevenção ou da repressão criminais (art. 3.º, n.ºs 3, 4 e 5) não é despiciendo observar o Ac. n.º 578/98 do TC, em que se questionava a «apreciação da constitucionalidade do artigo [59.º da Lei nº 45/96, de 3 de Setembro] quando aplicado no sentido interpretativo de que não é necessária a existência prévia de inquérito para efeitos de actuação do agente infiltrado».<sup>97</sup>

Veio o Tribunal Constitucional considerar que era indiferente a existência de autorização prévia ou de ratificação posterior, sujeitando essa indiferença a duas condições, a saber: (i) 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, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar e a colher informações a respeito das actividades criminosas de que ele é suspeito e (ii) que a intervenção do agente infiltrado seja autorizada previamente ou posteriormente ratificada pela competente autoridade judiciária.

Não acompanhamos a forma com que o artigo foi interpretado porquanto o deferimento tácito descaracteriza o princípio da reserva de juiz. Com efeito, o *dominus litis* do MP em relação à acção (arts. 48.º e 53.º, n.º 2, al. b) do CPP) não determina que o juiz deva ficar dispensado de controlar a legalidade; enquanto *juiz das liberdades*, um controlo independente confere maior segurança jurídica. Por conseguinte, deverá fundamentar a sua decisão (arts. 205.º, n.º 1 da CRP e 97.º, n.º 5 do CPP) especificando «as razões que conduzem a restringir, pelo menos *a priori*, um direito fundamental pertencente ao/s investigado/s».<sup>98</sup>

Sobre o tema, DAVID SILVA RAMALHO traça assertivamente as dificuldades que o art. 3.º, n.º 3 se presta, a saber: (i) não oferece garantias de proporcionalidade na aplicação do meio, (ii) nem qualquer tipo de tutela preventiva de direitos fundamentais e (iii) não permite encontrar fundamentação judicial para a respectiva sindicância.<sup>99</sup> Ademais, o

---

<sup>96</sup> Assim também, e exigindo que o pedido de infiltração deva ser ainda acompanhado da descrição dos riscos associados à infiltração e aos custos financeiros implicados, Marllon Souza, 2015: 67-75 e André Carlos/Reis Friede, 2014: 34-36.

<sup>97</sup> Ac. cit. nota 47.

<sup>98</sup> Paulo Pinto de Sousa, 2010: 237.

<sup>99</sup> David Silva Ramalho, 2017: 302-303. Assim também, Duarte Rodrigues Nunes, 2015: 542 e 2018: 224.

deferimento tácito da acção importa a operacionalização de uma acção sem que estejam previamente definidas orientações de conduta do agente, sem delimitação espacial, material, pessoal e temporal.<sup>100</sup> Por tal, conclui, e a nosso ver bem, que há uma frustração da finalidade da exigência geral de reserva de juiz.

**VI.** É de opinião unívoca que, para a realização da justiça, a verdade material deve ser alcançada.<sup>101</sup> Aliás, a nossa jurisprudência constitucional, acompanhando o BVerfGE, tem acentuado o interesse público que subjaz a uma «investigação da verdade, o mais completa possível»,<sup>102</sup> não sem antes erigir esta tarefa a um dever, quer ético, quer jurídico.<sup>103</sup> No entanto, verdade material e verdade judicial podem não coincidir, porquanto há um limite intransponível que não podemos perder de vista: «não existe processo penal válido sem prova que o sustente, nem um processo penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa»<sup>104</sup> e pela dignidade do próprio acusado. Destarte, «é reafirmar, em coerência com o art. 1.º da CRP, que a dignidade da pessoa, de qualquer pessoa, está acima da própria perseguição dos criminosos, do combate à criminalidade. Não se combate o crime com actos atentatórios da dignidade humana, mesmo quando eficazes, porque a eficácia na luta contra o crime não é o valor primeiro e em nome dela têm sido cometidos gravíssimos abusos».<sup>105</sup>

**VII.** É com evidência que se afirma que existe nestas matérias uma clara tensão entre aqueles que são os interesses que subjazem à investigação criminal e aqueles que são os direitos e as garantias dos arguidos. Com efeito, estes métodos conflituem de forma muitíssimo expressiva e intensa com direitos e garantias que encontram fundamento axiológico-constitucional. Ademais, se por um lado estão em causa os direitos, liberdades e garantias dos próprios suspeitos, também estão os dos inocentes, pelo que surge a necessidade de limitar o *ius puniendi* do Estado, de modo a proteger esses inocentes de perseguições injustas.<sup>106</sup> Por estas razões, é necessária a obtenção de um equilíbrio entre

---

<sup>100</sup> *Idem* e Eduardo Maia Costa, 2014: 364.

<sup>101</sup> Sobre a verdade em processo penal, Marques da Silva, 2011: 160-163, Márcio Schlee Gomes, 2017: 16 e ss, David Silva Ramalho, 2017: 186 e Emerson Silva Barbosa, 2018: 80 e ss.

<sup>102</sup> Ac. do TC n.º 607/2003, cit. nota 9.

<sup>103</sup> Ac. do TC n.º 578/98, cit. nota 47.

<sup>104</sup> Teresa Beleza/Costa Pinto, 2017: 5. Assim também, Costa Andrade, 2013: 22.

<sup>105</sup> Marques da Silva, 2006a: 41.

<sup>106</sup> Roxin, 2000: 3.

os interesses conflitantes, que só poderá ser alcançado através do entrecruzamento dos princípios constitucionais aplicáveis.

## 2. Direitos fundamentais atingidos

I. Os direitos fundamentais funcionam como «operadores para se aquilatar da legitimidade ou legitimação da ordem constitucional positiva»<sup>107</sup> atento que «os direitos fundamentais impõem uma atitude contra o exercício do poder autoritário no sentido de que exigem que todo e qualquer processo se execute segundo as regras da transparência democrática. O processo-crime, *maxime* a investigação criminal, deve decorrer de forma transparente sem qualquer subterfúgio capaz de conduzir o cidadão mais incauto a actos ilícitos».<sup>108</sup>

Na medida em que representam «uma intromissão naqueles que são os processos de acção, interacção e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas se apercebam»<sup>109</sup> são identificados, precipuamente, o direito à integridade moral<sup>110</sup> (art. 25.º) e a reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º), enquanto expressões do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º todos da CRP). Ademais, poder-se-á ainda identificar o direito à auto-determinação informacional, decorrente da própria reserva da intimidade da privada, «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».<sup>111</sup>

II. Reflexamente, a acção encoberta levanta problemas sobre outros direitos e garantias constitucionais, nos termos do art. 32.º, onde se incluem direitos de defesa, contraditório e imediação.<sup>112</sup> Em particular, e como procurámos deixar claro *supra*, no direito à não auto-incriminação (o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*)<sup>113</sup> porquanto «nele [no agente visado pela acção] é criada ou aproveitada uma convicção errónea sobre a qualidade ou identidade e as finalidades da pessoa com quem interage, de modo que, não tendo

---

<sup>107</sup> Gomes Canotilho/Vital Moreira, 1991: 72.

<sup>108</sup> Manuel Guedes Valente, 2003: 44.

<sup>109</sup> Costa Andrade, 2009a: 105 e 2013: 219 e ss.

<sup>110</sup> Confirma-o o Ac. do TRL de 22/03/2011, cit. nota 2.

<sup>111</sup> Nuno Loureiro, 2015: 86 e Ac. do TRL de 22/03/2011 cit. nota 2. Sobre o direito à auto-determinação informacional, Gomes Canotilho, 2007: 290-291, Lucas Murillo de la Cueva, 2007: 30-31, Regina Linden Ruaro, 2015: 43 e ss e Gabriel Pérez-Barberá, 2020: 15-40. Ademais, Pinto de Albuquerque, 2011: 659 alerta para o facto do «conteúdo concreto da acção encoberta pode[r] incluir actos que atingem direitos constitucionais específicos dos visados, tais como o direito à imagem, à voz, à correspondência e ao domicílio».

<sup>112</sup> Sandra Pereira, 2017: 139.

<sup>113</sup> Marques da Silva, 2013: 75-76.

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».<sup>114</sup>

As restrições que são operadas nos direitos fundamentais identificados deverão observar aquelas que são as exigências implicadas na sua submissão à CRP e, em especial, ao princípio da proporcionalidade que encontra, como se viu e mais se verá, várias manifestações ao longo do RAJE. Não admira, pois, que o STJ faça depender a chave da legitimação policial da proporcionalidade e da subsidiariedade.<sup>115</sup>

**III.** No outro lado da balança encontramos outros interesses dignos de tutela, que servirão para balancear com os direitos de defesa dos arguidos atingidos, com consagração expressa no art. 32.º da CRP, como seja, nas palavras de NUNO LOUREIRO<sup>116</sup>, a segurança dos cidadãos (art. 27.º, n.º 1) e o dever que incumbe às autoridades públicas de protegerem os direitos contra agressões ou ameaças provindas de terceiros, reconduzidas ao art. 2.º da CRP.

Concomitantemente, registamos ainda aqueles que são os interesses que subjazem à investigação criminal – numa dupla vertente, preventiva e repressiva – e a administração eficaz e efectiva da justiça, que também traduz um interesse que encontra protecção constitucional, decorrente dos arts. 2.º e 202.º da CRP. A intensificar estes interesses, temos o facto de a criminalidade constante no elenco fechado do artigo 2.º do RJAE traduzir uma criminalidade organizada e grave, implicando, em consequência, especiais dificuldades ao nível da obtenção de meios de prova, o que justifica em abstracto, a utilização de meios mais eficazes e, reflexamente, mais intromissivos. Ora, não foi por acaso que antecipámos aquelas que eram as consequências trazidas pela criminalidade.

Parafraseando uma das motivações do recurso da Magistrada do Ministério Público que concorreu para o Acórdão do TRP, de 07/05/2014<sup>117</sup>, «nunca será de mais sublinhar que a intervenção do agente infiltrado no contexto de uma acção encoberta, levada a cabo pela Polícia Judiciária, enquanto meio de investigação criminal e de obtenção de prova, enquanto situada nos limites previstos expressamente na lei - atualmente a Lei 101/2001,

---

<sup>114</sup> Nuno Loureiro, 2015: 86.

<sup>115</sup> Acs. do STJ, de 20/02/2003, cit. nota 3 e de 10/03/2016, (Proc. 326/12.0JELSB.L1.S1), Relator Nuno Gomes da Silva.

<sup>116</sup> Nuno Loureiro, 2015: 86.

<sup>117</sup> Ac. do TRP, de 07/05/2014, (Proc. 8292/12.6TDPRT.P1), Relatora Lúcia Figueiredo.

de 25 de Agosto - é um meio legítimo de obtenção de prova». Destarte, «a utilização de agentes encobertos (*verdeckter Ermittler, undercover agent*) é compatível com o Estado de Direito se forem acauteladas certas garantias mínimas e, nessa medida, não será um meio enganoso».<sup>118</sup>

### 3. Infiltração policial

#### 3.1 Delimitação conceptual

I. Não raras vezes a doutrina e a jurisprudência, partindo da noção de infiltração policial distinguem, por um lado, entre agente provocador e, por outro, agentes encoberto e infiltrado. No entanto, também se costuma falar em agente encoberto em sentido amplo. Paradigmático a seguir esta via é COSTA ANDRADE que adopta um conceito extensivo «abrangendo todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição criminal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e actividade». Com efeito, no âmbito desta definição cabem «tanto os particulares (pertencentes ou não ao sub-mundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia (*untergrundfahnder, undercover agent, agentes encobertos ou infiltrados*), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto; e quer se limitem à recolha de informações (*polizeispitzel, detection*), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (*polizeiliche lockspitzel, agent provocateur, entrapment*)».<sup>119</sup>

II. O conceito de agente infiltrado é maioritariamente usado enquanto sinónimo de agente à paisana. Este, que não está identificado e que adopta uma actuação passiva – porque é um mero espectador – limita-se a observar aquelas que são as actividades realizadas pelos suspeitos. Assim, o agente em causa desloca-se para os locais comumente associados à prática de crimes (em larga medida, ao tráfico de estupefacientes), ficando à espera de que o crime seja cometido, de modo a deter em flagrante delito os traficantes (art. 255.º, n.º 1, al. a) e 256.º do CPP), v.g., se lhe for feita uma proposta de aquisição de estupefacientes.

---

<sup>118</sup> Pinto de Albuquerque, 2011: 657.

<sup>119</sup> Costa Andrade, 2013: 220. Assim também, Pinto de Sousa, 2010: 233. Segundo a Secção 110a, § 2 do StPO, só funcionários de investigação criminal podem participar em acções encobertas.

Por conseguinte, nessa actuação passiva não se relaciona com os suspeitos, não visando ganhar a confiança destes e não pratica factos típicos.

Assertivamente, MARQUES DA SILVA refere que a actividade do agente infiltrado tem como característica a não participação no crime, constituindo assim uma acção investigativa e informativa. Por essa razão, terá uma posição exterior não só em relação aos criminosos, bem como aos crimes praticados.<sup>120</sup> É também este o entendimento de ALVES MEIREIS, que regista, enquanto característica do agente, «a sua absoluta passividade relativamente à decisão criminosa». Com efeito, era aquele agente que estava naquele local em determinado momento – de forma «totalmente lícita e legalmente admitida ao abrigo do princípio da oficialidade e da investigação e da liberdade e atipicidade dos meios de prova não proibidos»<sup>121</sup> – mas que poderia estar qualquer outro agente ou cidadão.

**III.** O agente encoberto, por seu lado, adoptando uma conduta activa, e ocultando dolosamente a sua qualidade e intenção procura aproximar-se e travar directamente contactos e relações com o suspeito.<sup>122</sup> Com efeito, característica comum às figuras do agente infiltrado e do agente encoberto é a de que ambos actuam de forma oculta. No entanto, o agente encoberto oculta a sua identidade de forma dolosa.<sup>123</sup>

Com efeito, visa «conquistar-se fraudulentamente uma relação de confiança com o suspeito», e esse propósito está implícito quer estejamos a falar de acções encobertas de curta duração, designadas por *light cover*, ou de longa duração, designadas por *deep cover operations*.<sup>124</sup> Assim, deve ter-se presente que a «nota definidora e distintiva» do agente encoberto em relação ao agente à paisana é a utilização do engano em relação à sua

---

<sup>120</sup> Marques da Silva, 1994: 29. Assim também, Lourenço Martins, 1984: 154-155, Alves Meireis, 1999: 192-193 e Nuno Loureiro, 2015: 84.

<sup>121</sup> Alves Meireis, 1999: 192-193. Assim também, Henriques Gaspar, 2004: 46, David Silva Ramalho, 2017: 289 e Ac. do TRL, de 22/03/2011 cit. nota 2.

<sup>122</sup> Assim também, Alves Meireis, 1999: 163-164, Susana Aires de Sousa, 2003: 1222, David Silva Ramalho, 2017: 289 e Ac. do STJ de 27/06/2012, (Proc. 127/10.0JABRG.G2.S1), Relator Santos Cabral. Segundo Nuno Loureiro, 2015: 81, o agente encoberto é o «agente da autoridade ou o particular sob o controlo da polícia que, no contacto com os suspeitos criminosos, atua com ocultação da sua qualidade, assumindo um papel simulado ou disfarçado, com a finalidade, também oculta, de obter informações relevantes para prevenir a prática de crimes ou obter provas incriminatórias para a sua repressão, mas sem qualquer caso determinar o suspeito à prática de infracções». É de realçar esta definição na medida em que foi a adoptada pelo Conselho Consultivo da PGR.

<sup>123</sup> David Silva Ramalho, 2017: 290. Assim também, Frederico Pellucci, 2020: 244-245.

<sup>124</sup> Segundo Nuno Loureiro, 2015: 81 e Isabel Oneto, 2005: 81-82 a distinção é encontrada em função da duração da acção e do envolvimento do agente encoberto no *milieu* criminoso.

qualidade e fins na sua relação com os agentes investigados, e não tanto a obtenção de confiança destes, tendencialmente obtida em *deep cover operations*.

**IV.** É a ocultação dolosa daqueles elementos dos agentes investigados que permite precipuamente ao agente movimentar-se no *milieu*; no entanto, é a confiança que inspira nos investigados que potencia a integração do agente e, por conseguinte, o sucesso de uma acção. Ora, o agente infiltrado também mantém a sua identidade oculta, aproveitando-se da sua aparência civil para se manter por perto dos agentes, mas não procura estimular aquela ocultação junto daqueles, ao contrário do agente encoberto, que assume «as vestes dos criminosos que se pretendem investigar».<sup>125</sup>

De modo a estimular aquela confiança pode fazer-lhe alguns favores e praticar alguns factos típicos, procurando manter-se próximo do suspeito e dos seus comportamentos tornando-se, por conseguinte, num falso íntimo. Dada a proximidade alcançada – suportada pelo engano em relação à sua qualidade de agente e propósitos probatórios – e abstendo-se de provocar ao crime, poderá tornar-se num destinatário de confidências incriminatórias a propósito de factos ilícitos que se cometeu ou que pretende cometer, tendo assim acesso a planos criminosos, podendo, ainda, prevenir a prática de crimes. Ademais, o grau de infiltração pode ser reconduzido à prestação de materiais à organização criminosa, enquanto fornecedor ou prestador de bens.

Nessa medida, e em conformidade com aquela que é a estratégia de investigação definida e com o grau de infiltração alcançado, o agente vai recolhendo material probatório.

Em face do exposto, o agente encoberto será um agente da autoridade ou o particular sob o controlo daquela que procura aproximar-se e travar directamente relações ou contactos com o agente investigado, de modo a integrar-se no *milieu* criminoso e a prevenir ou a reprimir os crimes previstos no art. 2.º, mediante a obtenção de material probatório, ocultando dolosa e persistentemente a sua qualidade, intenção e, quando aplicável, identidade.

**V.** A utilização que se faz da expressão «agente encoberto» diz respeito à noção comumente utilizada de «agente infiltrado». É por uma simples questão de coerência com o RJAE que faz valer-se de «acções encobertas» e de agente «encoberto» que utilizamos o conceito (apesar da incoerência deste com legislações anteriores que usavam do termo

---

<sup>125</sup> Benjamin Silva Rodrigues, 2010: 106.



«infiltrado» e não «encoberto»). Por outro lado, parece que é de incluir as duas figuras no âmbito do RJAÉ porquanto não existe verdadeira autonomização entre elas.<sup>126</sup> Ademais, o legislador definiu as acções encobertas no art. 1.º com referência, entre outros, à «ocultação da sua qualidade e identidade», deixando de fora a identidade fictícia, em todo o caso prevista, nos termos do art. 5.º, porventura propositadamente excluída daquela definição. Assim, parece que os dois estão incluídos no seio do RAJE.

### 3.2 Consentimento na participação

**I.** Quem vai realizar a acção encoberta deverá acordar na sua participação (art. 3.º, n.º 2 do RJAÉ); por outras palavras, terá de prestar o seu consentimento de forma espontânea, voluntária e desinteressada. Ademais, podem assumir as vestes de agente encoberto funcionários de investigação criminal ou um terceiro, com ocultação da sua identidade e qualidade. Não obstante, apenas os primeiros podem actuar sob identidade fictícia, segundo o art. 5.º do Regime.

Pertinente é o juízo de inconstitucionalidade que é apontado à atribuição de identidade fictícia a cargo do Ministro da Justiça, nos termos do art. 4.º, n.º 1 do RJAÉ, por violação dos arts. 129.º, n.ºs 1 e 2, 203.º e 205.º, n.º 3 da CRP. Esta atribuição de competência afronta a independência dos tribunais porquanto a atribuição de identidade fictícia deveria estar exclusivamente a cargo da autoridade judiciária.<sup>127</sup>

**II.** A participação numa acção encoberta não é privativa dos OPC. Com efeito, o RJAÉ admite a participação de terceiros não pertencentes a organismos de *law enforcement*,<sup>128</sup> desde que controlados por aqueles (art. 1.º, n.º 2). O conceito de «terceiro» abrange o informador<sup>129</sup> e alguém que pertença ao *milieu* criminoso, v.g., um arguido que pretenda beneficiar de um estatuto de «arrepentido», através de uma norma de direito premial.<sup>130</sup>

---

<sup>126</sup> Sandra Pereira, 2017: 143-144, Isabel Oneto, 2005: 139, Nuno Loureiro, 2015: 82 e David Silva Ramalho, 2017: 289-290. Contra, Alves Meireis, 2006: 94 e Duarte Rodrigues Nunes, 2018: 201-202, que reconduz a admissibilidade à luz do art. 125.º do CPP.

<sup>127</sup> Pinto de Albuquerque, 2011: 656.

<sup>128</sup> José Mouraz Lopes, 2017: 46.

<sup>129</sup> Sobre o tema, Isabel Oneto, 2005: 90-93 e 198-203, David Silva Ramalho, 2017: 298 e Kennedy Marie Cuevas, 2019: 8 e ss e Ac. do TRP, de 07/07/2016, (Proc. 2039/14.0JAPRT.P1), Relator José Carreto, segundo o qual «é denunciante ou informador e não agente encoberto a pessoa que tem conhecimento que alguém planeia a prática de um crime e disso informa a polícia».

<sup>130</sup> Sobre o tema, Marques da Silva, 1994: 33, Duarte Rodrigues Nunes, 2015: 510, José Mouraz Lopes, 2017: 86-88 e Susana Aires de Sousa, 2019: 31 e ss.

O conceito não está tendencialmente ordenado para a inclusão de pessoas estranhas ao *milieu*, porquanto «não são habitualmente contactadas pelos delinquentes, não dominam os circuitos e não conhecem os códigos de conduta do ambiente criminal».<sup>131</sup>

**III.** Devem ter-se especiais cautelas em admitir a participação de terceiros em acções encobertas, por várias razões. Desde logo, **(i)** o RJAЕ não delimita, nem positiva nem negativamente, quem pode ser este «terceiro», tendo este silêncio sido preenchido pelos contributos da doutrina e da jurisprudência e **(ii)** omite o controlo a efectuar sobre a acção levada a cabo pelo terceiro.<sup>132</sup> Por outro lado, **(iii)** a participação numa acção encoberta representa elevados riscos para a integridade física<sup>133</sup>, implica pressão psicológica e exige sólido carácter e preparação. Cai a lanço uma passagem do Ac. do TC n.º 578/98, que transcrevemos «a técnica do agente infiltrado comporta, contudo, perigos vários: desde logo, se o funcionário de investigação criminal encarregado dessa missão não for pessoa de sólida formação moral e firmeza de carácter, pode facilmente deixar-se envolver nas actividades que investiga». Com efeito, **(iv)** não se pode ignorar a existência de um risco de reincidência, que pode ter por efeito o comprometimento das finalidades da acção em curso e de futuras.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> José Mouraz Lopes, 2017: 46.

<sup>132</sup> Isabel Oneto, 2005: 198. Assim também, Mata-Mouros, 2011: 59 e Eduardo Maia Costa, 2014: 362.

<sup>133</sup> Riscos dissipados no âmbito de uma investigação criminal em ambiente digital. Sobre o tema, David Silva Ramalho, 2017: 285.

<sup>134</sup> Ac. cit. nota 47. Afiguram-se pertinentes as conclusões de estudos citados por Isabel Oneto, 2005: 86-90 que, a propósito dos designados «riscos de comportamentos desviantes» e da pressão psicológica exercida pela participação em acções encobertas de longa duração, dão conta que o consumo de drogas, álcool e o cometimento de infracções disciplinares aumentavam à medida que decorria o período de infiltração.

## CAPÍTULO III - CENSURABILIDADE DA PROVOCAÇÃO

### 1. Origem histórico-provocatória do agente encoberto

I. A génese do agente encoberto deriva do recurso ao *agent provocateur*, em particular ao período do *Ancien Regime*, nos finais do século XVIII, como nos conta MUNOZ SÁNCHEZ que se transcreve por derradeiro: «*origen de esta institución se encuentra en el periodo del absolutismo francés, donde para reforzar el régimen se crea la figura del delator, compuesta de ciudadanos que descubrían a los enemigos políticos para recibir favores del príncipe. En esta época su actividad se limitaba a espiar y poner los hechos en conocimiento de la autoridad, sin que se realice una actividad de provocación. Com el paso del tiempo, la actividad de vigilar no sería suficiente para neutralizar a la oposición al régimen, y se pasa del espionaje a la provocación*». <sup>135</sup>

Com efeito, ao contrário daquilo que *prima facie* se poderia pensar, quando a provocação passa a ser utilizada, esta não é entendida como estando a pôr em causa o *Regime*, outrossim a defendê-lo ou a reforçá-lo, socorrendo-se, para o efeito, de uma medida positiva, que conta com os contributos quer da polícia parisiense, quer de espões e reclusos que, cooperando com aquela, tinham por finalidade a descoberta da autoria de quaisquer crimes. <sup>136</sup>

Localizando a origem histórica do *agent provocateur* na França, a verdade é que «é de todos os tempos e de todos os lugares a existência de indivíduos que, pelos fins mais diversos instiguem ao crime para que se verifique a punição dos instigados». <sup>137</sup> Desta feita, somos obrigados a dar conta, ainda que de forma sumária, de outras experiências.

II. No Reino Unido, ao longo do século XIX, por força do Parlamento eram oferecidas recompensas a quem denunciasse os criminosos às autoridades, sob o pretexto de «participar na supressão do crime», <sup>138</sup> vindo o conceito de «provocação» a ser reconhecido em 1928, aquando do estabelecimento da sua definição pela *Royal Commission on Police Powers*, como o sujeito que «incita outrem a cometer uma determinada transgressão da lei

---

<sup>135</sup> Juan Muñoz Sanchez, 1995: 21. Assim também, o Parecer n.º 50/1994, de 22/06/1995 da PGR, Alves Meireis, 1999: 19 e ss e Almeida Costa, 2017: 765.

<sup>136</sup> Isabel Oneto, 2005: 23.

<sup>137</sup> Susana Aires de Sousa, 2003: 1223-1224.

<sup>138</sup> Isabel Oneto, 2005: 24.

que de outra maneira não teria cometido e que depois testemunha contra ela no âmbito dessa infracção». <sup>139</sup>

Em particular, aquando da necessidade de prevenção e repressão do *hooliganism* e com a convivência dos poderes públicos, a utilização de agentes provocadores tornou-se prática generalizada, encorajando-se e provocando-se actos de violência, quer internamente, quer em relação a grupos rivais (v.g., rixas) que atingiam, não raras vezes, *bystanders* inocentes. <sup>140</sup> A partir de 1985, com a morte de 39 pessoas por esmagamento naquela que ficou conhecida por tragédia de *Heysel*, a prevenção e a repressão do fenómeno passou por outros métodos, v.g., através do recurso a sistemas de videovigilância nos recintos dos estádios.

**III.** Em Espanha a *provocacion policial* fundou-se axiologicamente na legitimidade ou reconhecimento da intimidação estatal, própria do período da Inquisição, de tal sorte que se aceitava a utilização de qualquer medida, porquanto existia «um mal contínuo e cósmico» que toda a Humanidade ameaçava. <sup>141</sup> Por essa razão, e com o objectivo de aumentar a eficácia policial, cada cidadão era um potencial informador e sobre ele impedia um dever de denúncia irrestrito, pelo que devia denunciar o que presenciava, mas também aquilo que ouvia dizer. <sup>142</sup>

A partir da década de 70 regista-se a adesão explícita da doutrina da *entrapment defense*, importada dos EUA, pela jurisprudência espanhola, sustentando a não punibilidade do provocador se o seu comportamento não fosse «essencial para o crime, não o determinou, apenas o desvendou». <sup>143</sup>

Porque é à teorização da *entrapment defense* que devemos muitos destes contributos, parece-nos que é *de mister* atentar nesta, a que se seguirá a análise do estado da arte, em particular, no ordenamento português, que se deixou influenciar por aquela.

---

<sup>139</sup> Sybil Sharpe, *apud* Isabel Oneto, 2005: 25.

<sup>140</sup> Gary Armstrong/Dick Hobbs, 1995: 183-190.

<sup>141</sup> Zaffaroni, 1996: 726.

<sup>142</sup> Tim Healey, 1978: 10 e Isabel Oneto, 2005: 25.

<sup>143</sup> Alves Meireis, 1999: 59-60.

## 2. EUA: a *entrapment defense*

I. Nos EUA, a origem do agente encoberto foi projectada através da figura do agente provocador primordialmente utilizado na prevenção e repressão de crimes de tráfico de estupefacientes.<sup>144</sup> No entanto, a partir do século XX os excessos que os *undercover agents* foram cometendo conduziram ao desenvolvimento e consolidação paulatinos da doutrina da *entrapment defense* que, assente nas *exclusionary rules*,<sup>145</sup> apelaria à não punição do agente provocado. Consubstanciada naquelas, a *entrapment* é orientada finalisticamente para a ordenação policial,<sup>146</sup> – vendo assim restringido o seu âmbito à qualidade do agente<sup>147</sup> – cumulando ainda outras preocupações, como o aumento do risco de que condutas com relevância penal sejam praticadas por inocentes, a imprópria ou desnecessária utilização de recursos policiais e a suspeita de que táticas de *entrapment* utilizadas resultem de malícia e a ofensa ao Estado e às Instituições.<sup>148</sup>

II. A censurabilidade e o tratamento jurídico relativamente ao agente provocador e à sua actuação provocatória policial são contributos a imputar ao labor jurisprudencial – pois que, enquanto sistema de *common law*, vale a regra do precedente judiciário – que inculcou à *entrapment* duas finalidades primaciais, a saber: (i) evitar o cometimento de crimes por pessoas inocentes porquanto não tinham revelado pré-disposição em delinquir e (ii) determinar que não podiam ser permitidas práticas policiais ilegais.<sup>149</sup>

Ademais, enquanto meio de defesa perante uma acusação<sup>150</sup>, o acusado alegará a armadilha de que foi alvo, podendo demonstrá-la através de dois critérios ou testes, o

---

<sup>144</sup> Louis Scholl, 1989: 809.

<sup>145</sup> Afirmadas pela primeira vez no caso *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914). Estaria em causa a apreensão de material probatório que indiciava o transporte de bilhetes de loteria pelo correio, na sequência de uma busca ao domicílio de Fremont Weeks não antecedida de mandato judicial. Unanimemente, o tribunal decidiu que a apreensão e a utilização daqueles elementos como prova contra Fremont implicariam afirmar que a Quarta Emenda estaria desprovida de valor.

<sup>146</sup> Segundo o comentário ao HI Rev Stat § 702-237, «*the real basis for the defense of entrapment is a purpose to deter improper conduct on the part of law enforcement officials*», disponível em <https://law.justia.com/codes/hawaii/2018/title-37/chapter-702/section-702-237/> e consultado a 11/04/2019. A finalidade em causa é ainda evidenciada nas *exclusionary rules*. Ademais, é de referir que a alegação depende de uma actuação governamental, não se aplicando em relação a actos cometidos por privados. Assim, Catarina Abegão Alves, 2013: 350 e Alves Meireis, 1999: 98.

<sup>147</sup> Isabel Oneto, 2005: 37.

<sup>148</sup> Louis Scholl, 1989: 809.

<sup>149</sup> *Idem*, 809-810. Assim também, Isabel Oneto, 2005: 36-37, Costa Andrade, 2013: 228, Jenia Turner, 2014: 821 e Raquel Goldschmidt, 2020: 469.

<sup>150</sup> Alves Meireis, 1999: 98-99 e Catarina Abegão Alves, 2013: 350, que alerta para a não exclusão automática da prova obtida na sequência da provocação policial; de facto, aquela continuará a ser utilizada, funcionando enquanto *legal defense*, i.e., enquanto «um meio de defesa processual do provocado diante da acusação».

subjectivo e o objectivo. Sem prejuízo de maior aprofundamento *infra*, importa registar que o primeiro presume a avaliação do papel dos *undercover agents* na criação da intenção delituosa do agente, tendo por base a alegação e prova de que o agente já estaria pré-disposto a cometer o crime;<sup>151</sup> o segundo assenta no impacto que a actuação do *undercover agent* teria num agente médio colocado nas mesmas circunstâncias que o agente visado.

Dizendo respeito a crimes provocados por agentes policiais e terceiros encobertos datados de 1932, 1958, 1973 e 1984, vejamos os casos paradigmáticos que determinaram o desenvolvimento da doutrina em causa e de que premissas se socorreram para a suportar.

## 2.1 Prática jurisdicional

I. Foi a partir de 1932, com o caso *Sorrells v. U. S.*,<sup>152</sup> que «*the development of the law of entrapment became largely an activity of the federal courts, with the States then adopting the doctrine thereby created*».<sup>153</sup>

Factualmente, ficou assente que Sorrells, um operário fabril, por ser alvo de rumores de que se dedicava ao *rum-running* ou *bootlegging*, proibido pelo *National Prohibition Act*, de 28 de Outubro de 1919, fora alvo de uma visita de um agente encoberto, seu antigo companheiro de divisão aquando da I Guerra Mundial, Martin. Aproveitando a «camaradagem vivida» solicitou, entre três e cinco vezes, que Sorrells fosse buscar uma bebida alcoólica, tendo aquele acabado por aceder face à insistência do agente. Neste seguimento, Sorrells viria a ser acusado e condenado, pedindo recurso da decisão.

O *Supreme Court* seguro de que: (i) o condenado não estava pré-disposto a cometer o crime<sup>154</sup> e que, (ii) aquando da aprovação do *Nacional Prohibition Act*, por certo que o Congresso não esperaria que o seu cumprimento fosse alcançado através da instigação de inocentes à prática do crime,<sup>155</sup> absolveu o arguido e deu origem, em consequência, à

---

<sup>151</sup> Assim, Catarina Abegão Alves, 2013: 350.

<sup>152</sup> *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932). Não sem antes o Juiz Conselheiro Brandeis censurar o recurso à provocação no caso *Casey v. United States*, 343 U.S. 808 (1952). Na sequência de suspeitas de tráfico de droga no interior de uma prisão, um detido teria sido instruído para requerer fornecimento de droga ao suspeito, tendo este acabado detido aquando da entrega. Segundo o Juiz Brandeis, «*the government may set decoys to entrap criminals, but it may not provoke or create a crime and then punish the criminal, its creature*».

<sup>153</sup> Paul Giannelli, 1997: 1. Assim também, Jessica Roth, 2014: 1017-1022.

<sup>154</sup> Segundo a decisão, «*the defendant had no previous disposition to commit it but was an industrious, law-abiding citizen, and that the agent lured defendant, otherwise innocent, to its commission by repeated and persistent solicitation in which he succeeded by taking advantage of the sentiment aroused by reminiscences of their experiences as companions in arms in the World War*».

<sup>155</sup> Segundo a decisão, «*we are unable to conclude that it was the intention of the Congress in enacting this statute [the National Prohibition Act] that its processes of detection and enforcement should be abused by*

afirmação da *entrapment defense*. Como se vê, vingou a adoção do critério subjectivo: «*the defendant's predisposition or propensity to commit the offense*».

No entanto, tal não foi o critério que, no entender do Juiz Roberts, deveria ter vingado. Segundo este, a *entrapment defense* traduz-se no «planeamento de um crime por um agente e a obtenção da sua comissão por alguém que não o teria cometido, exceto por força da intervenção daquele agente, da sua persuasão e da fraude do seu comportamento». Ademais, a alegação e a demonstração da pré-disposição do agente assentariam em premissas frágeis, designadamente a má reputação do arguido ou a existência de condenações anteriores.<sup>156</sup>

II. O caso que se seguiu, em 1958, designado por *Sherman v. United States*,<sup>157</sup> viu a sua decisão ser acompanhada de um dissidente por força do critério usado.

Segundo Sherman, «*an agent of the Federal Government [Kalchinian] induced him to take part in illegal transactions when otherwise he would not have done so*». A indução ao cometimento do crime teve lugar num consultório médico, que tanto o agente visado como o *undercover agent* frequentavam porquanto ambos eram, aparentemente, toxicodependentes. O *undercover agent* procurou obter a confiança de Sherman, de tal forma que as conversas travadas entre os dois evoluíram para a discussão e confiança sobre experiências com drogas, bem como sobre as tentativas para ultrapassar o vício.

Segundo a decisão, entre os dois seguiram-se encontros acidentais, quer no consultório, quer na farmácia, até que Kalchinian solicitou a Sherman estupefacientes para consumo próprio. Numa primeira fase, este negou; no entanto, após «*a number of repetitions of the request*» e por força dessa insistência, acabou por aceder, tendo-lhe fornecido por três ocasiões narcóticos, sob a observação de agentes.

Em consequência, viria a ser condenado numa pena de prisão de dez anos. Chegado ao *Supreme Court*, o critério subjectivo foi utilizado para fundar a *entrapment*,<sup>158</sup> em termos de afirmar que, apesar da existência de duas condenações prévias, uma de tráfico e a outra por posse, não existiam indícios de que o agente se movimentava no *milieu* criminoso,

---

*the instigation by government officials of an act on the part of persons otherwise innocent in order to lure them to its commission and to punish them*».

<sup>156</sup> Isabel Oneto, 2005: 40 e Catarina Abegão Alves, 2013: 350-351.

<sup>157</sup> *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958).

<sup>158</sup> «*As the trial the factual issue was whether the informer had convinced na otherwise unwilling person to commit a criminal act or whether petitioner was already predisposed to commit the act*».

dedicando-se ao tráfico de droga, tanto que uma busca ordenada à sua residência não teria resultado na apreensão de estupefacientes.

O Juiz Frankfurter, sem prejuízo de acolher a conclusão de que os factos apontavam para uma situação de *entrapment*, acolheria uma premissa diferente, através do critério objectivo. Com efeito, «repreendeu» a conduta do *undercover agent*<sup>159</sup> porquanto os métodos usados por aquele seriam objectiva e concretamente intoleráveis.

**III.** Decidiu-se, em 1973, o caso *United States v. Russell*.<sup>160</sup> Russell é detido pouco tempo após ser abordado por um *undercover agent*, Joe Shapiro que adquiriu, a pedido daquele, um ingrediente-chave e de difícil obtenção para o fabrico de metanfetamina, de que Russell era suspeito de traficar.

Tal como os casos que descrevemos *supra*, também neste caso foi lançada a mão do critério subjectivo da *entrapment defense*. No entanto, tendo sido considerando «que o arguido não era um inocente imprudente, mas um criminoso imprudente» e subestimando a «existência de um intolerável grau de participação governamental na execução do crime»,<sup>161</sup> o Tribunal condenou Russell, tendo sido o primeiro caso em que à alegação de *entrapment*, não se seguiu a absolvição do arguido.

Russell debateu-se pela defesa de que a *entrapment defense* deveria estar assente no critério objectivo, naquele que foi o comportamento dos agentes, alegando que teria sido a assistência do *undercover agent* que teria possibilitado a prática dos crimes de que foi acusado e julgado. No entanto, essa alegação revelar-se-ia infrutífera, vingando a convicção de que a predisposição do arguido constituía o principal elemento da *entrapment* suportada, entre outros elementos, no facto da obtenção do produto-chave não se revelar impossível, tanto que Russell já haveria fabricado a droga quer antes, quer depois da intervenção de Shapiro.

Entre três dissidentes, destaca-se o do Juiz Stewart que considerou que (i) ao Governo não poderia ser tolerada a instigação ao cometimento do crime enquanto pretexto para acusar alguém, (ii) que deve ser adoptado o critério objectivo por ser o único «verdadeiramente consistente com o fundamento lógico da defesa» e (iii) revelou

---

<sup>159</sup> Segundo Frankfurter, «*particularly reprehensible in the present case was the use of repeated requests to overcome petitioner's hesitancy, coupled with appeals to sympathy based on mutual experiences with narcotics addiction*». Sobre o tema, Louis Scholl, 1989: 815

<sup>160</sup> *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973).

<sup>161</sup> Beth Ela, 1974: 2 e ss, Louis Scholl, 1989: 815, Isabel Oneto, 2005: 41 e Jessica Roth, 2014: 1017.



preocupação à adesão do *subjective test* porquanto este permitia a perseguição a alguém que tivesse «*a criminal record or bad reputation*».<sup>162</sup>

IV. Em 1984, o Supremo Tribunal viria a fazer vencer o critério objectivo no caso *DeLorean*.<sup>163</sup>

John DeLorean era um famoso e carismático empresário da indústria automóvel que, uma vez confrontado com problemas financeiros na sua empresa, e no seguimento da abordagem de um agente encoberto do FBI, foi convencido por este a traficar cocaína. O objectivo seria a obtenção de dinheiro rápido que permitisse o financiamento da empresa. Viria a ser preso e acusado por tráfico de droga, estando os agentes federais munidos de provas que demonstravam a aceitação de uma entrega de droga por DeLorean.

Howard Weitzman, advogado de John DeLorean avançou que os agentes federais é que abordaram o arguido, prometendo-lhe salvar o seu sonho «*and there's something wrong with that*». Viria a ser considerado que DeLorean teria sido *entrapped*, não se usando como premissa uma eventual pré-disposição para o crime – embora se tenha referenciado a falta de antecedentes criminais – mas fazendo-se uma reprovação da tática utilizada pelo FBI, que se fez valer das dificuldades financeiras e da vulnerabilidade do agente.<sup>164</sup>

V. Atentando-se em decisões posteriores às resumidas *supra*, vemos que tem sido o critério subjectivo que tem prevalecido. Falamos nos casos *Mathews v. United States* e *Jacobson v. United States*, das datadas de 1988 e 1992, designada e respectivamente.<sup>165</sup> Com efeito, o primeiro assinalou a validade da *entrapment defense* através da verificação de dois elementos, a saber: (i) a indução ou incentivo (*inducement*) por agentes governamentais e (ii) a falta de predisposição para o cometimento do crime. Assim, e nos termos da Decisão será possível distinguir se o arguido «era um inocente incauto ou, em vez disso, um criminoso incauto que prontamente aproveitou a oportunidade para perpetrar o crime». O segundo, por seu lado, traçando as traves mestras da *entrapment* aduziu que os «*government agents may not originate a criminal design, implant in an innocent person's*

---

<sup>162</sup> «*The subjective test means that the Government is permitted to entrap a person with a criminal record or bad reputation, and then to prosecute him for the manufactured crime, confident that his record or reputation itself will be enough to show that he was predisposed to commit the offense anyway ... In my view, a person's alleged "predisposition" to crime should not expose him to government participation in the criminal transaction that would be otherwise unlawful*».

<sup>163</sup> *United States v. DeLorean*, 561 F. Supp. 797 (1983).

<sup>164</sup> Louis Scholl, 1989: 821.

<sup>165</sup> *Mathews v. United States*, 485 U.S. 58 (1988) e *Jacobson v. United States*, 503 U.S. 540 (1992).

*mind the disposition to commit a criminal act, and then induce commission of the crime so that the Government may prosecute*». No entanto, neste caso a adopção do critério subjectivo foi cumulada com a *reasonable suspicion*, de forma a analisar a predisposição do agente antes da actuação do *undercover agent*.

**VI.** Actualmente, parece-nos que a afirmação de se ter sido *entrapped* se mantém centrado em casos que envolvem o tráfico de estupefacientes e que não se alcançou unanimidade doutrinária ou jurisprudencial, apesar da adopção do critério objectivo no *Model Penal Code*.<sup>166</sup> Ademais, parece ser este o critério que reúne maior adesão entre os Estados, embora seja o subjectivo que maior acolhimento reúne no STFEU.<sup>167</sup>

## **2.2 Análise dos critérios subjectivo e objectivo**

**I.** O desenvolvimento da *entrapment defense* manifesta divergências quanto à respectiva fundamentação. Com efeito, enquanto que o critério subjectivo – que parece ser o que reúne maior acolhimento em Portugal – se foca naquela que era a pré-disposição – ou o *animus* do arguido e não se confunde com a criação de uma oportunidade<sup>168</sup> – o objectivo centra-se na importância e no impacto que a conduta do agente encoberto tem em relação a determinar uma «*reasonable (hypothetical) person to break the law*».<sup>169</sup> Não é pacífica a questão.

**II.** O critério subjectivo presume a alegação e a demonstração pelo arguido de que o crime não teria sido cometido se não se tivesse verificado a actuação policial instigatória prévia.

Exemplificadamente, e atentando no caso *Munoz v. State*<sup>170</sup> o Supremo Tribunal da Florida estabeleceu o critério subjectivo, afirmando que é o arguido quem tem o ónus de demonstrar que foi o agente quem o convenceu a praticar um crime em relação ao qual não

---

<sup>166</sup> Disponível em <https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf>, p. 68 e consultado a 08/12/2020.

<sup>167</sup> Whelan, 1985: 1205, Kenneth M. Lord, 1998: 37, Isabel Oneto, 2005: 42-45 e Catarina Abegão Alves, 2013: 353

<sup>168</sup> Segundo o NY Penal § 40.05 (2017), «*conduct merely affording a person an opportunity to commit an offense does not constitute entrapment*».

<sup>169</sup> Na Califórnia, patente no «*Judicial Council of California Criminal Jury Instructions*», 2020: 939, a *entrapment* afirma-se quando «*a law enforcement engaged in conduct that would cause a normally law-abiding person to commit the crime*». Com efeito, deverá ter-se em atenção a concreta conduta levada a cabo pelo agente e os esforços de persuasão que encetou. Disponível em [https://www.courts.ca.gov/partners/documents/CALCRIM\\_2020.pdf](https://www.courts.ca.gov/partners/documents/CALCRIM_2020.pdf) e consultado a 24/11/2020.

<sup>170</sup> *Munoz v. State* 629 So. 2d 90 (1993).

tinha pré-disposição anterior. Por outras palavras, incumbe-lhe demonstrar que o crime não teria ocorrido, para lá de dúvida razoável, se não tivesse ocorrido a actuação do agente.

Concretizando, e segundo ALVES MEIREIS<sup>171</sup> trata-se de um teste em dois graus sucessivos, devendo ser demonstrado (i) que foram os agentes quem suscitaram no arguido a vontade de cometer o crime e (ii) que este não tinha pré-disposição para cometê-lo. Dissecando o tema, LOUIS SCHOLL avança que o critério em análise implica, em rigor, a análise de quatro passos, a saber: (i) origem da intenção criminosa, (ii) a implantação da vontade delituosa, (iii) a existência de incitamento e (iv) a predisposição para a prática do crime.<sup>172</sup> Assim, resulta que prejudicialmente relevarão os antecedentes criminais do agente e, em geral, a vida deste, incluindo o seu círculo social que possa revelar uma predisposição ao crime.

**III.** É certo que ao critério em causa podem ser pertinentemente dirigidas dúvidas e críticas: (i) pressupõe a confundibilidade entre estar predisposto e estar disposto a cometer um crime, uma vez que «a intenção específica de cometer aquele crime concreto apenas foi formada após e na sequência da provocação policial»,<sup>173</sup> (ii) crimes anteriormente praticados são usados como premissa para concluir pela culpabilidade e pela *entrapment*, o que pode levar a que o agente desconsidere a alegação e (iii) o critério parece permitir respostas circulares, em termos de que «se perguntarmos, ‘porque é que ele fez isso?’’, a resposta é ‘porque estava predisposto a tal’’. Se perguntarmos, ‘porque é que ele estava predisposto a tal’’, a resposta é ‘porque ele fez isso’».<sup>174</sup>

**IV.** No critério objectivo a tónica é colocada, não na pessoa do *defendant*, nos seus estados mentais e no seu histórico delituoso, mas na actuação policial, de modo a aferir o impacto hipotético desta sobre o *normally law-abiding person*.<sup>175</sup> Caso se considere que a actuação se manifestou de forma objectivamente intolerável, não se punirá o *defendant*. Com efeito, são questionados os meios e os fins que estiveram subjacentes à actividade policial.<sup>176</sup> Exemplo de adopção do critério é o *Texas Penal Code, Section §8.06.*, entendendo

---

<sup>171</sup> Alves Meireis, 1999: 102-103.

<sup>172</sup> Louis Scholl, 1989: 813.

<sup>173</sup> *Idem*, 817-818.

<sup>174</sup> Gustavo Vieira, 2020: 98-99.

<sup>175</sup> Assim também, Louis Scholl, 1989: 818, Isabel Oneto, 2005: 44, Catarina Abegão Alves, 2013: 252 e Gustavo Vieira, 2020: 98-99. Próximo deste é o *due process defense*. Sobre o tema, Isabel Oneto, 2005: 45-46.

<sup>176</sup> Gustavo Vieira, 2020: 100.

*entrapment* enquanto «*a defense to prosecution that the actor engaged in the conduct charged because he was induced to do so by a law enforcement agent using persuasion or other means likely to cause persons to commit the offense. Conduct merely affording a person an opportunity to commit an offense does not constitute entrapment*».<sup>177</sup>

Concretizando com base nos casos que descrevemos anteriormente, podemos estar a falar de «insistências reiteradas», de que o caso de *Sherman* é paradigmático, como no aproveitamento de situações de vulnerabilidade dos agentes, como foi no caso de *DeLorean*, ou mesmo através da oferta aos agentes de incentivos financeiros ou a perspectiva segura destes.

No entanto, o critério não é isento de críticas, porquanto (i) é apontado que o homem médio hipotético representa «um vago modelo para avaliar um caso que, por essência, depende das circunstâncias da situação concreta»<sup>178</sup> e (ii) porque este critério presume um ónus da prova totalmente a cargo do arguido com limitações.

V. Os critérios distinguem-se ainda em termos de distribuição do ónus de prova e da admissibilidade de meios probatórios.

Com efeito, quanto ao critério subjectivo – que tem por subjacente que um inocente não deve ser levado à prática do crime por um agente<sup>179</sup> – está-se perante uma repartição do ónus da prova, em termos tais que, se o arguido tem o ónus de demonstrar a provocação de que foi alvo,<sup>180</sup> – daí que se fale em *affirmative defense* – os agentes policiais terão de provar «*beyond a reasonable doubt*» a predisposição daquele. Por sua vez, «vigora a regra da completa liberdade de prova, pois a predisposição do agente é elemento decisivo da defesa».<sup>181</sup>

Contrariamente, se for adoptado o critério objectivo, a tónica não está na distinção entre predisposição e criação de oportunidade, nem na demonstração de eventual culpa do *defendant*, mas sim na adopção do critério *normally law-abiding person* ou *hypothetical-*

---

<sup>177</sup> Ademais, «(b) in this section “law enforcement agent” includes personnel of the state and local law enforcement agencies as well as of the United States and any person acting in accordance with instructions from such agents». Disponível em <https://codes.findlaw.com/tx/penal-code/penal-sect-8-06.html> e consultado a 13/12/2020.

<sup>178</sup> Louis Scholl, 1989: 819.

<sup>179</sup> Catarina Abegão Alves, 2013: 352.

<sup>180</sup> De tal modo que parece contraditório o arguido negar a comissão do crime e afirmar-se *entrapped*, cf. *Mathews v. United States*, cit. nota 165.

<sup>181</sup> Alves Meireis, 1999: 105 e Isabel Oneto, 2005: 43-44. Acrescente-se que, embora se reconheça que o *hearsay* não é «fiável pela jurisprudência norte-americana, ela é autorizada (...) para demonstrar que a polícia tinha boas razões para crer que o arguido já estava envolvido numa actividade criminosa e (...) para demonstrar a predisposição do arguido», segundo Louis Scholl, 1989: 816-817.

*person approach* que permitirá avaliar se a acção da polícia foi ou não objectivamente intolerável.<sup>182</sup> Por conseguinte, o ónus probatório recai inteiramente sobre o arguido, embora limitado, porquanto são excluídas as *hearsay evidence*, as provas indirectas e a prova testemunhal apenas será utilizada se solicitada para demonstrar a predisposição.<sup>183</sup>

### 3. Alemanha: o *Lockspitzel*

I. O ordenamento jurídico alemão não ficou indiferente ao culminar da criminalidade organizada, à necessidade de regular a utilização de métodos ocultos de investigação e, em particular, em excluir a admissibilidade da figura do agente provocador; pois que, partindo de um conceito amplo de homem de confiança – o *V-Mann* – distingue-se o funcionário com identidade fictícia, o particular infiltrado sob o controlo e orientação policiais e o agente provocador (*Lockspitzel*).<sup>184</sup>

À semelhança dos EUA, também no seio deste ordenamento jurídico a delimitação conceptual do agente provocador se deve ao labor criativo da jurisprudência, sendo que é a partir de 1980 que se assiste à recusa da responsabilização do agente que é induzido ao crime pelo agente provocador, uma vez ultrapassados os «limites do permitido em termos de Estado de Direito».<sup>185</sup>

II. Cronologicamente, podemos assinalar dois momentos em que o fundamento emprestado para justificar a irresponsabilidade do agente visado pela acção e provocado não coincide: 1980 e 1984.

No primeiro momento, o fundamento era de índole processual, vingando a ideia de que, perante um agente que cometeu o crime por força do *V-Mann* e sem antecedentes criminais, a pretensão punitiva do Estado haveria caducado por força da proibição de meios enganosos, constante do §136a do StPO.<sup>186</sup> Essa caducidade verificava-se perante, designadamente, «solicitações particularmente fortes e praticamente irresistíveis»; inversamente, se fosse o arguido espontânea e deliberadamente a procurar o agente e a

---

<sup>182</sup> Louis Scholl, 1989: 818.

<sup>183</sup> Catarina Abegão Alves, 2013: 352-353 e Isabel Oneto, 2005: 45.

<sup>184</sup> *Idem*.

<sup>185</sup> Costa Andrade, 2013: 225. Ademais, dá-nos conta que uma decisão do *Reichsgericht* datada de 1912 ajuizou no sentido de que a utilização de agentes provocadores é proibida, desonesta e «incompatível com a reputação das autoridades da justiça penal, que os seus agentes ou colaboradores se prestem a incitar tão perigosamente ao crime, ou mesmo, que apenas deixem subsistir a aparência de terem colocado ao serviço da justiça penal, meios enganosos (*Täuschung*) ou outros meios desleais».

<sup>186</sup> Costa Andrade, 2013: 225, Catarina Abegão Alves, 2013: 355 e Almeida Costa, 2017: 769.

solicitar-lhe droga ou «a prostituta que se mostra disposta a corresponder às solicitações do *V-Mann* que intervém como cliente», essa pretensão punitiva já não se colocaria naqueles termos.<sup>187</sup>

A partir de 1984, por força de uma decisão do BGH de 23/05/1984 substituiu-se o fundamento processual por um substantivo, em termos de medida da pena, prejudicando-se, assim, a invocação da existência de uma proibição de prova. A medida da pena não era, ao contrário do que entendia a jurisprudência, a solução adoptada pela generalidade da doutrina, que não raras vezes colocava a solução no plano da dispensa de pena, advogando pela existência de uma causa pessoal de exclusão.<sup>188</sup>

**III.** Outros autores pretendem localizar o agente provocador no seio das proibições de prova enquadrando a sua actuação no seio duma «solução de coacção» e engano (*Täuschung*) subsumível ao §136a do StPO. Com efeito, o agente levava, segundo LÜDERSSSEN «o suspeito à prática de um novo crime». Destarte, na medida em que considera que caso «o suspeito soubesse exactamente o que o homem de confiança verdadeiramente queria, não teria de forma alguma correspondido aos seus desígnios», conclui que há, por essa razão, «um atentado à liberdade de formação e realização da vontade idêntico ao previsto no §136a) do StPO».<sup>189</sup>

**IV.** A investigação criminal suportada pelo recurso a métodos ocultos presta-se às restrições previstas no §110a do StPO e as proibições de prova – que englobam as proibições de produção, previstas no §136 e no art. 1.º da CRFA e as de utilização – fundam-se numa perspectiva de tutela de protecção dos cidadãos.<sup>190</sup>

Funcionando a provocação como uma prova para a defesa do provocado,<sup>191</sup> o ónus da prova cabe à acusação, sem prejuízo das implicações que advêm de um sistema acusatório mitigado pelo princípio da investigação.

No entanto, acontece que a provocação não pode, segundo a jurisprudência, onde se inclui o BGH e a doutrina maioritárias socorrer-se do §136a do StPO. Abonando a favor de uma interpretação restritiva, segundo a qual aquele não é um meio enganoso, soma-se o

---

<sup>187</sup> Costa Andrade, 2013: 225.

<sup>188</sup> *Idem*, 227.

<sup>189</sup> Lüderssen, *apud* Costa Andrade, 2013: 227.

<sup>190</sup> Sobre o tema, Kai Ambos, 2009: 8, André Lamas Leite, 2013: 17-18, David Silva Ramalho, 2017: 190 e ss e Raquel Goldschmidt, 2020: 473.

<sup>191</sup> Catarina Abegão Alves, 2013: 356.

facto dos métodos proibidos de prova só se aplicarem quando estamos perante um interrogatório formal realizado pelas autoridades policiais ao acusado.<sup>192</sup>

Por conseguinte, a localização da solução no plano das proibições de prova apenas compreende as «situações extremadas», de que é paradigmático o caso do companheiro de cela de 28 de abril de 1987 que, instruído previamente, tinha o objetivo de obter informações sobre os crimes de que o detido estava acusado. No entanto, mesmo nesta situação, a solução foi perspectivada pela «coacção» da situação prisional, em termos tais que «o meio de coerção legítimo que é a prisão preventiva foi abusivamente posto ao serviço de um fim contrário ao direito processual penal. O que configura uma forma de coacção sobre o recluso que não está coberta pelo direito penal e é, por isso, inadmissível»<sup>193</sup> e não sob a forma de «engano» ou de «meio enganoso». Com efeito, o BGH considerou proibido o depoimento prestado pelo companheiro de cela, enquanto *Lockspitzel*, sem prejuízo de valorar enquanto «provas mediatas as informações prestadas pelo informador a terceiros sobre o seu companheiro de cela, após uma ponderação entre a intensidade da provocação estadual e a gravidade do crime».<sup>194</sup>

V. Assim, tem prevalecido uma interpretação restritiva daquele preceito e, em consequência, o *Lockspitzel* não é entendido enquanto método proibido de prova. No entanto, a ser considerado enquanto tal, a teoria da ponderação poderia determinar casuisticamente a valoração probatória, num afloramento a um direito fundamental à segurança. Para outra corrente, ainda que minoritária, o *Lockspitzel* poderá ser enquadrado no §136 do StPO ao abrigo da interpretação de que este «proíbe o recurso a uma manobra fraudulenta»<sup>195</sup> a que o agente provocador se subsume. Pelo exposto, afigura-se incerta a fronteira entre a infiltração e a provocação.

#### **4. Portugal: o agente provocador no RJAE**

Reconhece, a título de exemplo, o Ac. do TRP, de 22/01/2014<sup>196</sup>, que o agente encoberto se trata de uma figura que pode ser usada na investigação criminal desde que se

---

<sup>192</sup> Catarina Abegão Alves, 2013: 356.

<sup>193</sup> Costa Andrade, 2013: 229-230.

<sup>194</sup> Catarina Abegão Alves, 2013: 358.

<sup>195</sup> *Idem.*

<sup>196</sup> Ac. do TRP, de 22/01/2014, cit. nota 22.

mantenha dentro de certos limites. Com efeito, não surpreende que a este, uma vez acauteladas as condições de que depende a sua utilização, seja assinalada uma legitimidade aproblemática.<sup>197</sup> Algo diverso sucede com o agente provocador: subsume-se aos «meios enganosos» da al. a) do n.º 2 do art. 126.º do CPP, configurando um método proibido de prova.

Por conseguinte, e uma vez assente conceptualmente a figura do agente encoberto, vislumbra-se a necessidade de traçar rigorosamente a fronteira entre a actuação legal e a actuação provocatória, tarefa a que a doutrina e a jurisprudência não se dispensaram, importando premissas de outros ordenamentos jurídicos, como o dos EUA, apesar das dificuldades que a aplicação prática encerra. Neste seguimento, temos por pressuposto que o traçar de uma fronteira entre um e outro subentende a resposta à questão de saber que actos pode o agente praticar e ao abrigo de que permissão legal. Desta feita, temos de virar as nossas atenções para o RJAE.

#### **4.1 Cláusula de isenção de responsabilidade**

**I.** No âmbito do RJAE, o art. 6.º configura, a par dos demais que referenciamos *supra*, um requisito de legalidade da actuação do agente tendo, com recurso à epígrafe «Isenção de Responsabilidade», as finalidades **(i)** orientadora de comportamento e **(ii)** delimitativa de responsabilidade. Assim, «o art. 6.º estabelece os limites da intervenção por uma via indirecta».<sup>198</sup>

Quanto à primeira, é pressuposto inarredável que o agente encoberto vai encontrar-se numa «situação eminentemente conflitual».<sup>199</sup> Com efeito, ver-se-á colocado numa situação em que somente pela prática de determinados ilícitos criminais potencialmente se infiltrará no *milieu* criminoso e obterá a confiança dos agentes visados; em consequência, alcançará com maior probabilidade os objectivos probatórios inerentes à acção encoberta que anuiu realizar.

Quanto à segunda, acredita-se que a delimitação da responsabilidade do agente, isto é, a compreensão da amplitude em que o agente se poderá mover, possibilitará «[o] desencorajar[mento] de excessos de zelo ou de comprometimento» dos agentes

---

<sup>197</sup> Assim, Ac. n.º 578/98 do TC cit. nota 47 e Costa Andrade, 2013: 229-230.

<sup>198</sup> Henriques Gaspar, 2004: 45.

<sup>199</sup> Nuno Loureiro, 2015: 92-93.



encobertos.<sup>200</sup> Assim, uma vez definido o âmbito de actuação do agente, ainda que de forma abstracta, – cabendo ao despacho de autorização essa concretização – resultará de forma compreensível o que poderá fazer o agente encoberto e, *a contrario sensu*, o que determinará a aproximação de certas condutas às que caracterizam o agente provocador.

**II.** Segundo o n.º 1 do art. 6.º, – «Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma».

Estes termos levantam várias questões que reclamam resposta, a saber:

- (i) Apesar de se conjecturar uma tendência jurisprudencial e doutrinária para se considerar que o artigo se traduz numa causa de exclusão da ilicitude ou de justificação do facto, que remonta ao «cumprimento de um dever» do art. 31.º, n.º 2 al. c) do CP, o inciso legal «punível» poderá levantar algumas reservas em assumir perentoriamente aquela solução;
- (ii) Impõe esclarecimento em relação à dúvida sobre se o agente pode entrar no domicílio do agente visado, efectuar registos de voz e imagem e apreender correspondência;
- (iii) Levanta a questão de saber se o agente pode praticar factos consumados ou apenas tentados;
- (iv) Obriga a compreender qual a actuação típica permitida ínsita no artigo, de modo a delimitar o engano proibido da desonestidade permitida.

## 4.2 Natureza da isenção

De forma praticamente unânime, a doutrina e a jurisprudência consideram que o art. 6.º encerra uma causa de justificação do facto ou de exclusão da ilicitude.<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> Ac. do TRL de 07/07/1998, (Proc. 0043325), Relator Sousa Nogueira.

<sup>201</sup> Assim, Alves Meireis, 1999: 164, Fernando Gonçalves/Manuel GuedesValente/Manuel Alves, 2001: 268, Isabel Oneto, 2005: 154 e 179, Paulo Pinto de Albuquerque, 2011: 686, Costa Pinto, 2013: 746, Nuno Loureiro, 2015: 92-93 e Duarte Rodrigues Nunes, 2018: 220. Ademais, é de referir que a cláusula em causa não prejudica, uma vez verificados os respectivos pressupostos, a invocação de alguma causa geral de exclusão da ilicitude ou de culpa.

RUI PEREIRA<sup>202</sup> entende que, *prima facie*, seria de adoptar a posição que tem aquele acolhimento, na medida em que os agentes «desempenham uma actividade relevante, apreciada positivamente pela Ordem Jurídica e reconduzível [sic] à lógica da ponderação de interesses, valores ou bens jurídicos conflitantes».<sup>203</sup> No entanto, regista aquelas que são as duas razões que o impedem de concluir por esta via, a saber: **(i)** o facto do art. 6.º permitir a actuação como cúmplice ou co-autor impõe que a isenção de responsabilidade apresente uma dimensão pessoal, determinando que apenas não será punível a conduta do agente encoberto, não beneficiando da mesma justificação o facto praticado pelos co-autores; **(ii)** considera que é discutível uma consideração irrestrita que negue que pessoas vítimas de condutas ilícitas praticadas pelo agente possam reagir em legítima defesa, porquanto a isenção que o abrange justifica o seu facto.

Por estas razões, acaba por considerar que se deve proceder a uma distinção entre causas de justificação em sentido forte e em sentido fraco (estritamente penais), atento que nas últimas se tem vindo a considerar a possibilidade de reacção em legítima defesa, «rompendo-se com o dogma de que não há legítima defesa contra conduta justificada». Neste seguimento, e assumindo a justificação da conduta do agente encoberto no seio daquele fundamento, resultarão uma série de consequências desde logo, **(i)** a responsabilização do Estado pelos prejuízos causados a pessoas inocentes pela acção encoberta.<sup>204</sup> Ademais, **(ii)** a isenção de responsabilidade será privativa do agente encoberto, o que acompanha as finalidades de prevenção e repressão criminais subjacentes à operacionalização de uma acção encoberta, ainda que esteja dependente do cumprimento dos comandos do princípio da proporcionalidade. Destarte, ainda que o art. 6.º não o mencionasse, toda a actuação do agente encoberto deverá ser temperada por aquele comando. Finalmente, e na esteira do mesmo Autor, **(iii)** «é considerada justificada (e não só atingida por erro que exclui o dolo e é eventualmente desculpável – artigos 16.º, n.ºs 2 e 3, do CP), ao abrigo da legítima defesa, a reacção de pessoas inocentes que sejam vítimas de agressões (ou de terceiros que as defendam)».<sup>205</sup>

ISABEL ONETO, por sua vez, adere à tese em análise e fá-lo em termos de afirmar que o agente beneficia de um regime que lhe permite quer a exclusão da responsabilidade em relação a crimes que no decurso da acção venha a praticar, quer o afastamento da

---

<sup>202</sup> Rui Pereira, 2004: 29-30.

<sup>203</sup> Sobre as causas de justificação do facto ou exclusão de ilicitude, Faria Costa, 2015: 270-271, Augusto Silva Dias, 2016: 225-226 e Maria Fernanda Palma, 2018: 221 e ss.

<sup>204</sup> Sobre o tema, Marques da Silva, 2012: 162.

<sup>205</sup> Rui Pereira, 2004: 30-31.

responsabilidade pela prática de um crime de denegação de justiça, atenta a obrigatoriedade de proceder à detenção em flagrante delito.<sup>206</sup>

Por seu lado, COSTA PINTO, apesar de reconhecer a indução que o artigo faz a uma causa de exclusão da punibilidade, atento «não é punível», esclarece que o mesmo artigo apresenta características de uma causa de justificação porque (i) o artigo corresponde a uma «permissão legal de conduta», (ii) são prosseguidos «interesses merecedores de tutela jurídica legitimados por lei» e (iii) só se verifica quando ocorre uma «necessidade de actuação nesses termos (exigência integrada no requisito da proporcionalidade)».<sup>207</sup>

### 4.3 Art. 7.º da Proposta de Lei 79/VIII

O n.º 1 do art. 7.º da Proposta de Lei permitia «a produção de registos fotográficos, cinematográficos, fonográficos, por meio de processo electrónico, ou quaisquer outros registos mecânicos, sem consentimento do visado», no decurso de uma acção encoberta, dependentes de prévia autorização da autoridade judiciária (n.º 2), obedecendo a critérios de adequação e proporcionalidade em relação à gravidade do crime em investigação e ainda de acordo com o interesse da diligência para a descoberta da verdade ou para a prova (n.º 3 e als. a) a c)].

Da não inclusão deste artigo no seio do RJAE não se deve retirar a conclusão peremptória segundo a qual se encontram vedadas a realização de registos de voz e imagem e a apreensão de correspondência, mas que devem subordinar-se à existência de uma autorização autónoma (em relação à acção encoberta), pois se assim não fosse estar-se-ia a atingir bens jurídicos que encontram tutela noutras normas com exigências legais próprias.<sup>208</sup> A mesma resposta é dada quanto à entrada no domicílio do agente visado pelo agente encoberto, cuja tutela constitucional implica um tratamento similar ao de uma busca

---

<sup>206</sup> Isabel Oneto, 2005: 138.

<sup>207</sup> Costa Pinto, 2013: 746. Assim também, Pinto de Albuquerque, 2011: 662.

<sup>208</sup> Isabel Oneto, 2005: 118-120, Nuno Loureiro, 2015: 94-95 e Ac. do STJ de 10/03/2016 cit. nota 115. Assim, a realização de registos de voz e imagem subordina-se ao art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, a apreensão de correspondência aos arts. 179.º e ss do CPP e as escutas telefónicas aos arts. 187.º e ss do CPP. Ressalve-se, no entanto, que tanto a realização de escutas telefónicas como o registo de voz e imagem presumem a utilização em contexto de investigação criminal (187.º, n.º 1 e 6.º, n.º 1, respectivamente). Por essa razão, apenas nas acções encobertas repressivas se poderá equacionar a cumulação da acção propriamente dita com a realização daquelas. Sobre o registo de voz e imagem, Mário Ferreira Monte, 2004: 79-106, Carlos Rodrigues de Almeida, 2004: 107-117 e João Gouveia de Caires, 2014: 273-298. Jurisprudencialmente, cf. Nota Prática n.º 16/2000 do Gabinete Cibercrime da PGR, de Março de 2000: 16. Disponível em [https://cibercrime.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/nota\\_pratica\\_16\\_jurisprudencia\\_p\\_rova\\_digital.pdf](https://cibercrime.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/nota_pratica_16_jurisprudencia_p_rova_digital.pdf). Consultado a 23/12/2020.

domiciliária. Com efeito, não é de relevar o consentimento que o agente visado pela acção possa prestar quanto a essa entrada porquanto, uma vez assente numa falsa representação, não é excludente da ilicitude, nos termos do art. 126.º, n.º 3.<sup>209</sup>

#### **4.4 Âmbito de actuação**

##### **4.4.1 Da prática de actos de execução**

**I.** Resultam dúvidas na passagem do art. 6.º «consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução». Delimite-se, desde já, que dúvida não se coloca ao nível dos actos preparatórios, em relação aos quais vale a regra da não punibilidade, nos termos do art. 21.º do CP, «salvo disposição em contrário». Exemplificadamente, podemos avançar com alguns exemplos de actos preparatórios puníveis em relação com os crimes do catálogo do RJA: é o caso do art. 271.º do CP em relação ao art. 2.º al. q) do RJA e os do 275.º do CP em relação aos da alínea g) do RJA. Assim, a dúvida coloca-se em relação aos actos de execução (art. 22.º, n.º 2 do CP), levantando-se a pertinente questão sobre se o agente pode praticar factos consumados ou apenas se pode movimentar pela tentativa.<sup>210</sup>

**II.** Porque aqueles actos constituem um dos elementos da tentativa, juntamente com aquela que é a decisão de cometer o crime (e reflexamente, com a sua não consumação, nos termos do art. 22.º do CP) poder-se-ia entender que a expressão «actos de execução» (art. 22.º, n.º 2) usada pelo legislador deve ser interpretada no sentido de que o agente apenas pode praticar factos tentados, excluindo-se os factos consumados que tenham sido praticados.<sup>211</sup> ISABEL ONETO acolhe este entendimento, em termos de considerar que «o legislador limitou a acção do agente a ilícitos típicos na forma tentada, não lhe permitindo a consumação em termos de atribuir a existência de um nexos de causalidade entre a acção e o resultado típico». No entanto, não deixa de reconhecer as limitações que tal entendimento importa, *maxime* o risco de que as acções encobertas não sejam bem sucedidas, atento que dificilmente o agente conseguirá obter a confiança dos membros da organização.<sup>212</sup>

---

<sup>209</sup> Pinto de Albuquerque, 2011: 660. Jurisprudencialmente, sobre a tutela do domicílio, cf. Acs. do TC n.ºs 128/92, (Proc. n.º 260/90) e Ac. n.º 319/95 (Proc. 200/94), Relator comum Messias Bento.

<sup>210</sup> Sobre o tema do fundamento e dos limites da punição da tentativa, Maria Fernanda Palma, 2006: 90 e 129, Roxin, 2014: 464 e ss e Acs. do TRP, de 11/04/2018, (Proc. 216/16.8GBFLG.P1), Relatora Maria Deolinda Dionísio e do STJ, de 27/06/2018, (Proc. 138/16.2GFLLE.E1), Relator Gabriel Catarino.

<sup>211</sup> Figueiredo Dias, 2012: 692 e ss e 709 e ss.

<sup>212</sup> Isabel Oneto, 2005: 153.

**III.** Não nos parece que seja esta a melhor solução a adoptar. Com efeito, a restrição da acção do agente à comissão de crimes na forma tentada não encontra compatibilidade diante da inclusão de crimes de perigo abstracto do catálogo do RJAÉ. Como regista alguma doutrina, partindo da configuração do crime de tráfico, enquanto crime de perigo abstracto e um crime-alvo recorrente de acções encobertas, na medida em que se abdica da verificação de uma lesão no bem jurídico ou da existência de um perigo concreto, a consumação ocorre aquando da prática dos primeiros actos de execução.<sup>213</sup> Consequentemente, a tentativa fica prejudicada.

Por outro lado, não haveria compatibilidade tendo em conta o espírito do legislador aquando da discussão e aprovação do RJAÉ, constante da exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 79/VIII e resultante do debate na generalidade da mesma. Estando a acção encoberta vocacionada para a prevenção e repressão da «criminalidade mais grave e ao crime organizado», e contemplando que «a actuação do agente poderá levar à prática de factos que seriam, noutras circunstâncias, ilícitos típicos penais, introduz-se um regime de isenção da responsabilidade criminal por esses factos», não vemos como poderia o legislador pretender dar um passo à frente mediante a fixação de um regime mais restritivo do que o anterior, plasmado no art. 59.º do DL n.º 15/93.<sup>214215</sup> Ademais, aquela tese sempre implicaria um entorpecimento das condições de actuação do agente e da própria acção encoberta, pois que a «assunção das vestes» dos agentes que se movimentam pelo *milieu* comportará a necessidade do agente se prestar à prática de crimes, incluindo dos designados *crimes de castidade*, v.g., um furto, de modo a que se possa infiltrar, permanecer e obter material probatório.<sup>216</sup>

**IV.** Outros importantes argumentos podem ser aduzidos a favor da inclusão da comissão de actos consumados.

---

<sup>213</sup> Nuno Loureiro, 2015: 99 e ss. Sobre o tema, a obra completa de Faria Costa, de 2000, Rui Patrício, 2003: 351-360 e Ingrid Bezerra, 2016: 198 e ss.

<sup>214</sup> (...) «aceitar, detiver, guardar, transportar ou, em sequência e a solicitação de quem se dedique a essas actividades, entregar estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e outros produtos químicos susceptíveis de desvio para o fabrico ilícito de droga ou precursor».

<sup>215</sup> Assim também, Nuno Loureiro, 2015: 101. Ademais, invoca o Ac. do TRL de 22/03/2011 cit. nota 2, que não censurou o agente que praticou o crime de tráfico e o discurso do Ministro da Justiça aquando da discussão na Generalidade da Proposta de Lei n.º 79/VIII que referiu «praticar os actos típicos necessários». Por isso, o Autor presume que, «se fosse intenção do legislador limitar a actuação do agente a factos na forma tentada, este teria consagrado essa opção de forma expressa no texto do preceito do RJAÉ ao invés de recorrer ao conceito de actos de execução (art. 9.º, n.º 3 do Cód. Civil)».

<sup>216</sup> Nuno Loureiro, 2015: 107.

A integração de actos de execução na tentativa não prejudica a sua integração nos factos típicos consumados, porquanto nestes são praticados actos de execução.<sup>217</sup>

Ademais, e a propósito da cumplicidade, caracterizada pela prática de actos de auxílio ao facto do autor,<sup>218</sup> na medida em que é o último quem pratica actos de execução e não o cúmplice, importaria afirmar que a cumplicidade estaria excluída do art. 6.º, como nota NUNO LOUREIRO. No entanto, mesmo que, e o Autor assume esta perspectiva, o legislador pretendesse referir-se a «actos de tentativa» e, neste caso, a «actos de tentativa de cumplicidade», esbarraríamos na premissa da acessoriedade. Com efeito, a punição do cúmplice está dependente do começo da execução do facto pelo autor.<sup>219</sup> Concretiza pois que, assim, estar-se-ia a justificar como não puníveis actos de cumplicidade tentados e a desprover-se de qualquer amparo verdadeiros actos de cumplicidade ancorados no art. 27.º, n.º 1 do CP.

Pelo exposto, conclui-se que o artigo em análise, apesar da formulação dúbia, não tem a pretensão de limitação da justificação, não prejudicando uma interpretação que inclua os actos que se quedem pela tentativa, consumação e actos de cúmplice.<sup>220</sup>

V. Convém registar que, por força do requisito de proporcionalidade dos actos praticados, é exigida a «escolha do acto menos gravoso, a omissão ou retardamento da prática de actos da competência do agente»<sup>221</sup> e a sua actuação fora dos títulos da instigação ou autor mediato do visado. Assim, adaptando esta formulação ao tema em análise, parece-nos que aquilo que se deverá reter é que, por força do princípio da proporcionalidade, se as finalidades prosseguidas pela acção forem bem sucedidas pela prática de actos tentados, então, a prática de actos consumados não beneficiará da estatuição do artigo.

---

<sup>217</sup> Nuno Loureiro, 2015: 100-101.

<sup>218</sup> Figueiredo Dias, 2012: 824 e ss e Almeida Costa, 2017: 883 e ss, exigindo que «a colaboração material ou moral possa reflectir-se na execução dos precisos actos que consubstanciam o cerne do particular ilícito-típico ou, em alternativa, propicie o acesso do autor à lesão do bem jurídico», de modo a que se possa afirmar que o contributo do cúmplice «integra um perigo (ou um aumento do perigo) penalmente relevante».

<sup>219</sup> Nuno Loureiro, 2015: 101.

<sup>220</sup> *Idem*, 103-104.

<sup>221</sup> Pinto de Albuquerque, 2011: 658 e Rui Pereira, 2004: 36-37, que formula critérios para densificar a «a cláusula geral de adequação», a saber: **(i)** existência de bens jurídicos em relação aos quais é não é razoável exigir um sacrifício (art. 34.º, al. c) do CP), **(ii)** a superioridade manifesta dos bens a salvaguardar em relação aos sacrificados e **(iii)** a existência de um grau de perigo de continuação e iminência da actividade criminosa. Sobre a inobservância dos limites legais da acção encoberta, o Autor pertinentemente sugere que tal pode resultar de erro, a enquadrar ou no art. 16.º, n.º 2 ou 17.º do CP ou de uma situação de inexigibilidade, designadamente quando o «agente encoberto é co-autor ou cúmplice de um homicídio porque a alternativa é a sua própria morte», caso em que estaremos perante uma conduta não culposa, ainda que ilícita, subsumível ao art. 35.º do CP. Como avança o Autor, nas restantes situações de excesso, o agente será punível nos termos gerais, sem prejuízo de beneficiar, por exemplo, de atenuação especial, nos termos do art. 72.º, n.º 2, al. b) do CP.

#### 4.4.2 Actuação típica: «comparticipação»

I. Nesta fase importará questionar se o agente poderá ser autor material de um facto típico.

O n.º 1 do art. 6.º, *a contrario sensu*, exclui a autoria mediata e a instigação, apenas contemplando os casos de participação diversos daqueles.

É incontornável a expressão «comparticipação» a que o legislador recorreu para delimitar a actuação permitida e típica do agente. Assim, e em termos literais, a coberto da pretensão justificativa do artigo estarão as hipóteses de co-autoria (art. 26.º, 3.ª alternativa do CP) e de cumplicidade (art. 27.º do CP), atendendo à pluralidade de agentes na realização de um facto típico.<sup>222</sup> Trata-se, em todo o caso, de uma opção legislativa compreensível e que se pretende compatibilizar com as finalidades subjacentes à operacionalização de uma acção encoberta, pelo que «só faria sentido e se justificaria que os actos típicos daquele agente se traduzissem numa cooperação nos factos criminosos que justamente se pretendem provar».<sup>223</sup>

II. Pelo exposto, precipita-se a conclusão de que a autoria imediata singular não estará a coberto do artigo porquanto não há nenhum condómio do facto nesta hipótese, já que, de acordo com o art. 26.º do CP, 1.ª alternativa, é punível como autor «quem executar o facto, *por si mesmo*».<sup>224</sup>

RUI PEREIRA é partidário desta exclusão, em termos de afirmar que «nas hipóteses de autoria singular material o ‘agente encoberto’ é, mais do que ‘agente provocador’ até, o único agente da infracção».<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> Isabel Oneto, 2005: 149, Figueiredo Dias, 2012: 757 e ss e 791 e ss, Nuno Loureiro, 2015: 104 e Almeida Costa, 2017: 728-729 e 938 e ss. Jurisprudencialmente, v.g., Acs. do STJ, de 15/04/2009, (Proc. 09P0583), Relator Fernando Fróis, de 27/06/2012, cit. nota 122 e do TRP, de 08/07/2015, (Proc. 15/14.1PEPRT.P1), Relatora Maria Manuela Paupério. Registe-se que o tema da «comparticipação» tem sofrido novas reflexões, que não cumpre aqui privilegiar, «sendo hoje questionada a própria aceitação, no âmbito dos crimes de domínio, da doutrina do domínio do facto, havendo quem dela se distancie e quem sugira mesmo a substituição das categorias de autoria imediata, autoria mediata, co-autoria, instigação e cumplicidade por outras», parafraseando o Ac. do STJ, de 20/09/2018, (Proc. 1324/15.8T9PRT.P1.S1), Relator Carlos Almeida. Sobre o tema, v.g., Helena Morão, 2014: 297 e ss, João Athayde Varela, 2015: 316 e ss e Susana Aires de Sousa, 2017: 181 e ss.

<sup>223</sup> Consciente desta opção legislativa, Nuno Loureiro, 2015: 104-105 questiona se o agente poderá actuar enquanto autor imediato quando participasse um agente investigado enquanto cúmplice (art. 27.º do CP), porquanto, nessa hipótese, verificar-se-ia uma pluralidade de autores. Acontece que, como o agente vê o seu facto justificado pelo art. 6.º, a teoria da acessoriedade limitada iria revelar a não punibilidade do facto do cúmplice, o que teria por consequência a frustração da finalidade probatória associada à acção.

<sup>224</sup> Figueiredo Dias, 2012: 775 e Almeida Costa, 2017: 925.

<sup>225</sup> Rui Pereira, 2004: 32. Assim também, Maia Costa, 2014: 365 e Nuno Loureiro, 2015: 105.

No entanto, importa dar resposta diversa quando estamos perante as hipóteses de participação necessária e quando o agente propõe, no âmbito de contactos já desenvolvidos com o meio criminoso, vender estupefacientes. Nesta hipótese, para além de se afastar uma eventual instigação, verifica-se um certo consenso doutrinário para se considerar que, nestes casos, estamos perante uma forma de participação, em sentido material, com outro crime.<sup>226</sup>

**III.** Em boa verdade, a letra da lei precipitou-se, não nos parecendo que se devesse ter prejudicado do âmbito (literal) da isenção a situação em que o agente é autor imediato ou material, *maxime*, nas hipóteses de participação necessária e nos designados crimes instrumentais ou *ancillary crimes*. Nos últimos, está em causa a prática de crimes que não têm subjacente um interesse probatório, mas que visam a protecção, a infiltração e a permanência no *milieu* criminoso e a obtenção de confiança em relação ao agente encoberto por parte dos agentes visados. Acontece que, em relação a estes crimes, o art. 6.º não concede, em termos literais, qualquer amparo o que manifestamente poderá determinar, mais do que o entorpecimento, a ineficácia de toda e qualquer acção encoberta, atento que cada vez mais se assinala a existência de provas de castidade ou testes de fidelidade (*chastity tests*).

Além disso, não se pode olvidar que o conhecimento da dinâmica e a obtenção de material probatório subentende tempo, integração no *milieu* criminoso e a obtenção de confiança por parte dos agentes investigados.<sup>227</sup>

**IV.** Impera registar a falta de rigor na formulação do próprio art. 6.º e, se se quiser, no próprio RJA. Destarte, o sentido teleológico deste é o de localizar a realização de acções encobertas no seio de criminalidade organizada e grave, ora prevenindo-se a prática de crimes, ora investigando crimes consumados, em todo o caso obtendo-se material probatório sobre esses factos. Assim, não nos parece que o legislador tenha pretendido atribuir ao RJA termos que fulminariam terminantemente a acção, condenando-a ao fracasso; é que, como bem notou NUNO LOUREIRO<sup>228</sup>, ao chamar-lhe de «crítica decisiva», se estivermos perante uma acção encoberta de finalidade repressiva, a

---

<sup>226</sup> Cavaleiro de Ferreira, 1987: 360 e 363-364, Rui Pereira, 2004: 32, Isabel Oneto, 2005: 149, Nuno Loureiro, 2015: 105-107 e Duarte Rodrigues Nunes, 2018: 221.

<sup>227</sup> No sentido da inclusão da autoria imediata foi o Ac. do STJ, de 11/07/2013, (Proc. 1690/10.1JAPRT.L1.S1), Relator Arménio Sottomayor.

<sup>228</sup> Nuno Loureiro, 2015: 105-106.



comparticipação está vedada de princípio, atento que o crime em investigação já foi cometido.

#### 4.5. Agente provocador enquanto «meio enganoso»

##### 4.5.1 Âmbito da isenção

**I.** Resta-nos saber qual a actuação típica do agente encoberto que é configurada enquanto actuação provocatória e meio enganoso nos termos do art. 126.º, n.º 2 al. a) do CPP. Excluído da cláusula de isenção do art. 6.º é a actuação típica que consubstancie a instigação e a autoria mediata. Com efeito, resulta a opção, por parte do legislador, de «recorrer a conceitos típicos e conhecidos do DP 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 agente encoberto um cuidado acrescido na forma como actua».<sup>229</sup> Pelo exposto, a responsabilidade do agente fica excluída desde que não actue naqueles termos.

**II.** No entanto, tal afirmação vale quando referenciada unicamente ao art. 6.º. Com efeito, o facto da responsabilidade do agente provocador não estar a coberto da isenção, não prejudica a mesma estatuição, ainda que ancorada na invocação de outros fundamentos. Neste seguimento, não se poderá, pois, afirmar que a não isenção da responsabilidade do agente provocador nos termos do art. 6.º determine sequer a sua responsabilização.<sup>230</sup> Com efeito, e de forma reconhecidamente lacunar, existem situações em que o agente encoberto sabe que o projecto delituoso em curso não representa nenhum risco *ex ante* de produção do resultado, atento que este procurou certificar-se «de modo esgotante»,<sup>231</sup>

---

<sup>229</sup> DAR I série N.º 99/VIII/2 2001.06.22: 30, cit. nota 67.

<sup>230</sup> Sobre o tema, Muñoz Conde/García Arán, 2000: 764, Isabel Oneto, 2005: 31 e ss, Nuno Loureiro, 2015: 110, Costa Pinto, 2013: 746-753 e Almeida Costa, 2017: 771 e ss.

<sup>231</sup> Almeida Costa, 2017: 787-788, 809 e ss e 815. A jurisprudência do STFB categoriza estes casos enquanto «crimes putativos por obra de agente provocador», que precede a distinção entre flagrante esperado e flagrante preparado. Se no primeiro caso está-se perante as hipóteses típicas em que os OPC, «tendo conhecimento prévio de que o delito estava prestes a ser cometido, surpreende o agente na prática da ação delitiva», nas segundas está em causa as hipóteses que descrevemos *supra*, com o pressuposto de que «a predisposta vigilância e as demais circunstâncias do caso concreto tornam absoluta a impossibilidade de lesão do interesse jurídico», segundo Damásio Jesus, 2011: 241. Destarte, a «Súmula 145» do STFB prescreve que «não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação». Sobre o tema, na jurisprudência do STFB, <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119> e consultado a

perspectivando-se que «a actuação do agente provocador pode ser vista como a comissão de um ilícito penal sob reserva de desistência», a integrar nos termos do art. 25.º do CP.<sup>232</sup>

Assim, caso o agente encoberto detenha o «domínio-da-ausência-do-perigo» estar-se-á perante tentativas inidóneas, pelo que os factos praticados não constituirão actos de execução (arts. 22.º, n.º 2 e 23.º, n.º 3 do CP) nem as intervenções serão categorizadas em termos de comparticipação, incluindo, pois, a instigação e autoria mediata previstas no art. 6.º.<sup>233</sup>

Pelo contrário, não detendo aquele domínio, o «comportamento do *agent provocateur* continua a revestir o conteúdo de antinormatividade (=«perigo remoto») característico da participação».<sup>234</sup> É sobre este caso que nos ocuparemos.

Assim, a estatuição a retirar do art. 6.º é a de que (i) o agente provocador não está a coberto deste e (ii) a prova obtida por este não pode ser utilizada.

#### 4.5.2 Agente provocador e instigação

I. Prevista nos termos do art. 26.º, n.º 1, 4.<sup>a</sup> alternativa do CP, o instigador é apresentado enquanto aquele que, dolosamente, determina outra pessoa à prática do facto típico, que o executa de forma plenamente responsável do ponto de vista jurídico-penal.<sup>235</sup> No pressuposto de uma interpretação restritiva a esta alternativa, o instigador presume a produção ou criação cabais da decisão de praticar o facto típico.<sup>236</sup> Com efeito, não está em causa a prestação de um incentivo ou um reforço de uma decisão já tomada pois que neste

---

12/12/2020; doutrinariamente, sobre o tema, Luíz Gomes, 2007: 529, Guilherme Nucci, 2010: 199 e Damásio Jesus, 2011: 240-242.

<sup>232</sup> Sobre o tema, Costa Pinto, 2013: 749, que reconhece que os problemas são colocados a propósito dos crimes consumados durante a execução do facto, *maxime*, os crimes de perigo abstracto e quando a desistência não se revela eficaz, consumando-se o crime. Estarão incluídas as hipóteses em que o agente encoberto incita pequenos traficantes a comprarem estupefacientes, de modo a identificar a rede de tráfico e a impedir a revenda da droga que vendeu. Nestas hipóteses, a consumação do crime é ultrapassada «pela descoberta das cúpulas da rede e pela não distribuição pelos consumidores finais». Assim, o agente participa num ilícito penal, embora revelando uma menor ilicitude e culpabilidade, atendendo aos fins que o movem. Ademais, o agente sempre se afirma «enquanto participante que desiste voluntariamente, de forma a impedir que ocorra o resultado não compreendido no tipo ou invertendo o estado lesivo se tal for possível (por exemplo, devolvendo objectos furtados a uma vítima)». Também sobre o tema, Costa Andrade, 2009b: 537, Figueiredo Dias, 2012: 842-857 e Almeida Costa, 2017: 773 e ss e 777.

<sup>233</sup> Almeida Costa, 2017: 816-817.

<sup>234</sup> *Idem*, 741 e 810-811.

<sup>235</sup> Figueiredo Dias, 2012: 799 e 823.

<sup>236</sup> *Idem*, 776-777 e 798.

caso não há espaço para uma instigação, mas antes para uma indução material ou moral, *maxime* cumplicidade, nos termos do art. 27.º.<sup>237</sup>

Ao invés, serão categorizadas enquanto instigação as hipóteses em que o instigador «se necessário inculcando-lhe [ao instigado] a ideia, revelando-lhe a sua possibilidade, as suas vantagens ou o seu interesse, ou aproveitando a sua plena disponibilidade e acompanhando de perto e ao pormenor a tomada de decisão definitiva do executor»,<sup>238</sup> determinaram «no executor a decisão de atentar contra um bem jurídico-penal através da comissão de um concreto ilícito-típico».<sup>239</sup> Ademais, o instigador detém, para além do domínio da decisão da prática do ilícito típico deste, também um duplo dolo: o dolo imputado ao comportamento indutor enquanto condição *sine qua non* e o dolo do instigado, dirigido à prática do facto.<sup>240</sup> Não obstante – «desde que haja execução ou começo de execução» – se o autor material não iniciar a execução do facto, não há relevância a dar ao comportamento determinante do instigador. Com efeito, o art. 26.º exige-o, em termos de que não são puníveis tentativas de instigação.<sup>241</sup>

**II.** No que concerne à autoria mediata, está em causa a execução do facto pelo autor mediato «por intermédio de outrem», nos termos do art. 26.º, 2.ª alternativa do CP. Recorrendo ao princípio da auto-responsabilidade, esta hipótese de autoria verifica-se nas situações em que o homem-da-frente, enquanto «instrumento» e em função da actuação do homem-de-trás, pratica o facto de forma não dolosa e não totalmente responsável.<sup>242</sup> Pelo contrário, se os autores forem ambos responsáveis, não se está no seio da autoria mediata, mas de instigador, co-autor ou cúmplice.<sup>243</sup> Em consequência, «nem sequer faria sentido o

---

<sup>237</sup> No seio do conceito de instigação, presumindo a adopção de um conceito amplo, inclui a «instigação-determinação», a subsumir ao art. 26.º, 4.ª alternativa e a «instigação-auxílio moral», enquadrável no art. 27.º, 2.ª alternativa, enquanto cumplicidade. No seio desta é possível distinguir-se a moral e a material (art. 27.º do CP), sendo de exigir a «prestação pelo cúmplice de um contributo efectivo para o facto do autor», segundo Figueiredo Dias, 2012: 835 e ss. Em todo o caso, a prática do facto pelo autor material não está dependente daquele contributo, «bastando que o acto de cumplicidade aumente as hipóteses de realização típica por parte do autor», mediante um favorecimento ou auxílio material ou moral.

<sup>238</sup> Figueiredo Dias, 2012: 799, Alexandre Lafayette/Víctor de Sá Pereira, 2014: 127 e Almeida Costa, 2017: 1196 e ss.

<sup>239</sup> Figueiredo Dias, 2012: 799.

<sup>240</sup> *Idem*, 810-811.

<sup>241</sup> *Ibidem*, 810 e ss, Marques da Silva, 2015: 193 e Ana Oliveira, 2019: 21. Assim também, jurisprudencialmente, v.g. Ac. do TRC, de 12/09/2007, (Proc. 702/06.8GBCNT-A.C1), Relator Gabriel Catarino, segundo o qual «ao instigador não poderá ser assacada qualquer responsabilidade penal se não tiver havido execução ou começo de execução, quedando de fora a punibilidade da tentativa, ao passo que se se considerar que o arguido actua na veste de autor mediato, então será possível a sua punição como autor do facto típico, na forma tentada».

<sup>242</sup> Figueiredo Dias, 2012: 776, 786 e 803 e ss, Nuno Loureiro, 2015: 108-109 e Míguez Garcia/Castela Rio, 2018: 201 e ss.

<sup>243</sup> Figueiredo Dias, 2012: 786.

agente encoberto instrumentalizar o suspeito criminoso para o incriminar, pois na maioria das vezes esse seria totalmente irresponsável e nas restantes apenas parcialmente responsável».<sup>244</sup>

**III.** Pelo exposto, o *agent provocateur* será um instigador,<sup>245</sup> podendo ser definido enquanto «agente da polícia ou o terceiro a actuar 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 provocado».<sup>246</sup>

#### **4.5.3 Agente provocador enquanto «meio enganoso»**

**I.** A deslealdade que a acção encoberta comporta excede o grau de tolerabilidade quando estamos perante comportamentos que atingem a liberdade de vontade ou de decisão das pessoas.<sup>247</sup> A esses comportamentos é dado o nome de meios enganosos<sup>248</sup> e, uma vez acolhidos no seio do art. 126.º n.º 2 al. a) do CPP, tanto a doutrina como a jurisprudência abonam unanimemente a favor duma redução teleológica do inciso legal, em termos de não impender sobre os agentes um «exigente e irrestrito» dever de esclarecimento<sup>249</sup> ou de se exigir que os agentes de autoridade se tivessem sempre que anunciar em toda e qualquer intervenção, prejudicando severamente qualquer acção.<sup>250</sup>

Em virtude destas considerações, não-de ter-se por incluídas no inciso as formas mais subtis de arдил e manipulação de engano, porquanto mais rapidamente comprometem aquela liberdade,<sup>251</sup> equacionando-se e superando-se os casos mais duvidosos através de

---

<sup>244</sup> Nuno Loureiro, 2015: 108-109. Assim também, Alves Meireis, 1999: 164.

<sup>245</sup> Assim também, Isabel Oneto, 2005: 145-146, Joaquim Loureiro, 2007: 187, Costa Andrade, 2009b: 537 e 2013: 221, Figueiredo Dias, 2012: 812, Costa Pinto, 2013: 746-747, Almeida Costa, 2017: 771, Sandra Pereira, 2017: 141-142 e Duarte Rodrigues Nunes, 2018: 199-200. Quanto à jurisprudência, cf. Acs. TRE, de 04/02/2010, (Proc. 196/08.3JAFAR.E1), Relator Gilberto Cunha, TRL, de 25/05/2010, (Proc. 281/08.1JELSB.L1-5), Relator Pedro Martins. TRC de 07/03/2012, (Proc. 173/11.7GAMMV.C1), Relator Paulo Guerra, TRP, de 05/06/2013, (Proc. 629/12.4GCSTS.P1), Relatora Maria dos Prazeres Silva, STJ de 17/04/2015, (Proc. 1/13.9YGLSB.S1), Relator Raul Borges e TRG, de 13/01/2020, (Proc. 1012/16.8T9STS.G1), Relatora Teresa Coimbra.

<sup>246</sup> Nuno Loureiro, 2015: 109. Assim também, Figueiredo Dias, 2012: 812-813.

<sup>247</sup> Por todos, Pedro Soares de Albergaria, 2019: 45-47, Ac. do TC n.º 578/98 cit. nota 47 e do TRL, de 29/11/2006, (Proc. n.º 9060/2006-3), Relator Carlos Sousa.

<sup>248</sup> Segundo o Ac. do TC n.º 210/2017, (Proc. n.º 89/2017), Relator Almeida Ribeiro, «a noção de «provas obtidas por meios enganosos» [é] um conceito indeterminado, cujo preenchimento residual implica a valorização jurisdicional das circunstâncias do caso».

<sup>249</sup> Costa Andrade, 2013: 236. Assim também, Ac. do TC n.º 578/98, cit. nota 47.

<sup>250</sup> Assim, Ac. do TC n.º 578/98, cit. nota 47.

<sup>251</sup> Costa Andrade, 2013: 235.

um «critério privilegiado» que impõe a proibição aos meios enganosos que sejam «susceptíveis de colocar o arguido numa situação de coacção idêntica à dos demais métodos proibidos de prova».<sup>252</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE, por sua vez, refere que a prova que seja obtida mediante o uso de meios enganosos compreende «a mentira ardilosa e propositada sobre os elementos do processo relevantes para a situação processual do arguido, como, por exemplo, a mentira sobre a existência de uma confissão de um co-arguido ou de um depoimento comprometedor de uma testemunha (...) a colocação na cela<sup>253</sup> do arguido um agente de autoridade com ocultação da sua identidade e profissão ou de alguém a mando da autoridade, com vista a provocar uma confissão do arguido» (...) de tal modo que não pode ser valorada em audiência de julgamento «nem a gravação audiográfica ou videográfica oculta daquela confissão, nem o depoimento deste agente ou pessoa a mando da autoridade». Assinala ainda que, do ponto de vista da jurisprudência alemã, esta exclui «a omissão ao arguido de informação constante do processo». Finalmente, reconhece que o agente provocador constitui um meio enganoso.

**II.** Não haveria nenhum fundamento que corroborasse a consideração de que o agente encoberto constituía um meio enganoso com o sentido teleológico subjacente ao art. 126.º n.º 2, al. a) do CPP. Não obstante, não deixa de ser verdade que há um aproveitamento de um erro, de uma falsa representação da realidade, de uma deslealdade semelhante às escutas telefónicas para efeitos de investigação e sucesso probatórios, mas aqui agravada.<sup>254255</sup> O que separa a legalidade da ilegalidade é a forma como o erro é

---

<sup>252</sup> Costa Andrade, 2013: 235.

<sup>253</sup> Pinto de Albuquerque, 2011: 325. Para além de se tratar de uma acção puramente repressiva, assinala-se ainda a indignidade e coerção próprias da experiência prisional, segundo Mittermaier, *apud* Costa Andrade, 2013: 230. Por outras palavras, verifica-se um aproveitamento indigno das circunstâncias em que o arguido se encontra, porquanto se apresentará potencialmente fragilizado e disponível para dialogar. Quanto à prática judiciária do TEDH sobre a matéria evidencia-se com toda a pertinência o caso Allan v. Reino Unido, (2002), Queixa n.º 48539/99, em que o TEDH teve de aferir da legitimidade, à luz do art. 6.º da CEDH, do depoimento de um informante da polícia (e instruído por ela) que fora colocado na cela do acusado com o intuito de obter deste declarações incriminatórias. Não podendo pronunciar-se, em específico, sobre regras de admissibilidade da prova, o Tribunal visou determinar se o procedimento, como um todo, se revelou equitativo ou justo. Sobre o tema, Joana Costa, 2011: 158.

<sup>254</sup> É de registar a existência de diferente grau de controlo na realização de uma acção encoberta e de uma escuta telefónica. Com efeito, a última depende de autorização do JIC, o OPC deve disponibilizar quinzenalmente os registos das intercepções e gravações realizadas e está previsto um prazo de três meses para o seu término, embora renovável; enquanto a acção encoberta prevê um sistema repartido de autorização, problemático ao nível de deferimento tácito e sem previsão, quer da necessidade de remissão de relatórios intercalares, quer de um prazo para o término da sua realização. São diferentes modalidades de controlo, na escuta e na acção encoberta, tidas por nós por incompreensíveis atendendo à maior danosidade e à existência de maiores riscos na segunda que na primeira.

<sup>255</sup> Costa Andrade, 2010: 277-278. Assim também, Ac. do TC n.º 578/98, cit. nota 47. Curioso é o quadro fáctico oferecido pelo Ac. n.º 76/2001 do TC (Proc. 508/99), Relator Guilherme da Fonseca, em que não

aproveitado, pois que um erro usado para efeitos de instigação e condenação – verificando-se um nexo de causalidade entre a actuação instigadora do agente encoberto e o cometimento do crime pelo agente visado – não é mais aproblemático. Assim se esclarece que o agente encoberto não é um meio enganoso na acepção que justifica a proibição do método por de forma dolosa e persistente ocultar firmemente a sua qualidade junto dos agentes visados e ferindo «padrões éticos de lealdade processual em busca de um bem maior».<sup>256</sup> Com efeito, há que avaliar qual foi «a essencialidade e causalidade do engano sobre a liberdade de determinação do agente provocado e a sua relação com os elementos obtidos».<sup>257</sup>

Destarte, no caso do agente provocador estamos perante uma precipitação do crime, porquanto a vontade de delinquir do agente visado decorreu enquanto consequência causal da actividade desenvolvida pelo agente provocador.<sup>258</sup> Assim, guiado por propósitos repressivos, a conduta provocatória do agente encoberto determinou a resolução criminosa no agente visado, o autor material, pretendendo que este alcance o estágio da tentativa.<sup>259</sup>

**III.** O engano imputado ao agente provocador resulta ainda do facto de a actuação do agente se circunscrever à vontade de que o crime seja cometido com o fim exclusivo de o punir.<sup>260</sup> Com efeito, o agente visado pela acção, em virtude do engano relativo à sua qualidade e fins (e identidade, quando aplicável), age enquanto comprador ou vendedor, no caso dos crimes de tráfico, convicto de que o vendedor ou comprador que tem à sua frente não prossegue finalidades preventivas ou repressivas, sendo alguém alheio ao Estado.<sup>261</sup> Por conseguinte, o agente provocador cria o domínio da vontade do autor material, o agente visado, de modo terminante à prática de um delito e finalística e

---

estava em causa uma actuação provocatória, nem sequer a operacionalização de uma acção encoberta, mas tão só uma operação de vigia policial, não atentatória da liberdade de declaração do agente – não configurando, assim, um «meio enganoso – já que «havia sido estabelecido o acordo quanto à quantia a pagar para pôr em andamento o processo de reembolso do IVA».

<sup>256</sup> Frederico Pellucci, 2020: 244.

<sup>257</sup> Costa Pinto, 2013: 745. Assim também, Ac. do TRE, de 20/09/2011, cit. nota 3, segundo o qual «mais se apurou da prova produzida, que o arguido (...) não teria colaborado na operação de transporte da cocaína apreendida à ordem do processo, caso não tivesse sido seduzido pela oferta de dinheiro proposta pelo agente encoberto (...), que funcionou como angariador» (...) Mais se apurou, *in casu*, uma forma particularmente intensa de provocação, em que não só se verificou uma conduta de impulso ou instigação de uma actividade criminosa, como o Estado, através dos seus agentes, assegurou, sempre, o domínio funcional do facto criminoso, de modo a permitir a sua neutralização e a punição dos implicados».

<sup>258</sup> Assim, Henriques Gaspar, 2004: 46, Marques da Silva, 2011: 233, Sandra Pereira, 2017: 142, Costa Pinto, 2013: 745, José Mouraz Lopes, 2017: 48 e Acs. do TRP, de 26/05/2015, (Proc. 191/14.3JELSB.P1), Relatora Maria dos Prazeres Silva e do STJ, de 17/04/2015, cit. nota 245.

<sup>259</sup> Costa Pinto, 2013: 747 e Figueiredo Dias, 2006: 812.

<sup>260</sup> *Idem*, 750.

<sup>261</sup> Ac. do TRC, de 07/03/2012, cit. nota 245.

exclusivamente dirigido à obtenção da sua condenação.<sup>262</sup> Assim, «a jurisprudência do STJ tem vindo a entender, de modo pacífico, que o recurso à figura do(s) agente(s) provocador(es) consubstancia um método proibido de obtenção de prova, na medida em que esta prova é obtida mediante meios enganosos, ou seja, em que os suspeitos (ou arguidos) da investigação criminal, de modo astucioso, são chamados a executar e a participar em actos ilícitos, resultantes da própria iniciativa do agente provocador, que se apresenta com uma identidade falsa ou fictícia e/ou que não deixa conhecer essa sua qualidade, com a finalidade de os incriminar e de recolher provas que atestem a sua culpabilidade em juízo».<sup>263</sup>

Nestes termos, surge o elemento de inaceitabilidade associado ao agente provocador, de que FERNANDA PALMA traça assertivamente, em termos de que «sem ele, o crime não se verificar[ia] naquelas condições de tempo, lugar e modo».<sup>264</sup>

#### 4.5.4 Critérios subjectivo e objectivo

I. Tal como vinha sendo firmado pela teorização da *entrapment defense*, também a doutrina e a jurisprudência portuguesas têm vindo pacificamente a proceder a uma distinção entre os casos em que a intenção criminosa foi criada de raiz, dos casos em que o sujeito está (implícita ou potencialmente) inclinado a delinquir, de tal forma que a actuação do agente apenas põe em marcha aquela decisão, não se figurando enquanto instigação.<sup>265</sup> Por outras palavras, «tudo estará, pois, em analisar perante cada situação concreta, qual o *animus* do agente (...) onde não havia nada, em termos de vontade ou predisposição à prática de um crime, surge uma tal vontade».<sup>266</sup>

Elucidativo desta distinção é a situação paradigmática do agente encoberto que propõe a compra ou a venda de estupefacientes ao agente visado. Seria precipitado avançar que estamos perante uma instigação porquanto poderemos estar perante hipóteses que se inserem numa fase avançada de contactos ou quando o agente está pré-disposto a cometer

---

<sup>262</sup> Assim também, Rui Pereira, 2004: 32, Isabel Oneto, 2005: 145-146, Alves Meireis, 2006: 97, Paulo Pinto de Sousa, 2010: 235, Pinto de Albuquerque, 2011: 325 e ss, Costa Andrade, 2013: 221 e ss e Sandra Pereira, 2017: 142 e ss.

<sup>263</sup> Ac. do STJ, de 17/04/2015, cit. nota 245.

<sup>264</sup> Em Artigo de Opinião assinado pela Autora em <https://www.cmjornal.pt/opiniao/detalhe/agente-provocador> e consultado a 21/12/2020.

<sup>265</sup> Assim, Acs. do STJ de 20/02/2003, cit. nota 3 e de 30/10/2003, (Proc. 03P2032), Relator Carmona da Mota, do TRL de 27/05/1997, (Proc. 0079795), Relator Simões Ribeiro e do TRC, de 07/03/2012, cit. nota 245.

<sup>266</sup> Ac. do TRL, de 25/05/2010, cit. nota 245.

o delito, situação de avaliação difícil.<sup>267</sup><sup>268</sup> Assim, a existência de uma resolução anterior é elemento de frágil consistência.

Optando pela provocação encontramos o Ac. do STJ de 15/01/97<sup>269</sup>, decidido na vigência do DL n.º 15/93, num caso com um elemento semelhante ao caso *Sherman v. U.S.*: a insistência. Um elemento policial dirigiu-se ao arguido interpelando-o insistentemente para lhe vender heroína, detendo-o, posteriormente, aquando da entrega do produto. O STJ, confrontado, entendeu, em termos que acompanhamos, que se estava perante uma «actuação meramente repressiva, dirigida à punição de um crime que se pretende provocar».

**II.** Subentende-se assim qual é o critério tendencialmente usado para afirmar a provocação: o critério subjectivo. Em relação ao critério em apreço valem as considerações críticas feitas a propósito da teoria da *entrapment defense* com alguns acrescentos importantes.

Da leitura do art. 6.º, parece resultar a adopção de um critério misto. Com efeito, se o artigo parece centrar-se na actuação do agente encoberto, exigindo que não se quede pela instigação e que os actos que por ele sejam praticados se mostrem proporcionais aos fins visados pela acção, não deixa de ser verdade que o apelo feito ao conceito de instigação, equiparando-o ao agente provocador, é uma manifestação do critério subjectivo.<sup>270</sup>

**III.** Apesar das dúvidas a que conduz o critério subjectivo aquando da averiguação pela origem da vontade de delinquir do agente,<sup>271</sup> têm vindo a ser invocados elementos que permitam a atenuação dessas dúvidas, tais como a (in)existência de suspeitas fundadas e concretas, apuradas *ex ante*, de que o suspeito se dedica à prática de crimes em

---

<sup>267</sup> Isabel Oneto, 2005: 149.

<sup>268</sup> Assinale-se ainda, mas não ainda no seio do tráfico de estupefacientes, o Ac. do TRC de 07/03/2012, cit. nota 245, segundo o qual «o arguido sabia que estava na presença de agentes da autoridade (...) encontrando-se estes com o traje profissional, bem sabendo que sobre os mesmos impende uma obrigação legal de agir quando constatarem qualquer ilegalidade (...) ao iniciar a condução após a conversa que diz ter tido com os agentes policiais, no sentido de o mesmo ter de conduzir para legitimar a feitura de um teste quantitativo de álcool, o arguido (foi dito pelo mesmo que foi ele que solicitou a realização do teste, que insistiu, nesse sentido, pois queria obter um talão que demonstrasse que não estava sob o efeito do álcool) tinha perfeita consciência de que aquelas pessoas eram agentes da autoridade e que, caso o teste revelasse uma taxa de alcoolemia superior à legalmente admitida, os mesmos teriam de actuar de acordo com a lei».

<sup>269</sup> Ac. do STJ, de 15/01/1997, (Proc. 96P870), Relator Ribeiro Coelho. Adicionalmente, a legitimar uma provocação ao crime, Ac. do STJ, de 30/10/2002, (Proc. 02P2118), Relator Pires Salpico (susceptível de resultar em condenação como no Caso Teixeira de Castro c. Portugal, de 09-06-1998, Queixa n.º 25829/94), mas já não, perante um quadro fáctico semelhante, o Ac. do TRL, de 25/05/2010, cit. nota 245.

<sup>270</sup> A favor da inclusão de um critério complexo, Henriques Gaspar, 2004: 52. Partidário da adopção de um critério subjectivo, Nuno Loureiro, 2015: 111-114, advogando que já era o critério adoptado antes da entrada em vigor do RJAÉ pela jurisprudência.

<sup>271</sup> Capítulo III, 2.2, Ponto III.



investigação, como faz o TEDH.<sup>272</sup> Assim, caso se disponha de indícios de que o agente se dedicava, v.g., ao tráfico de estupefacientes, através da interceptação de uma chamada telefónica, a provocação poderia ser afastada.<sup>273</sup> Dessa forma, demonstra-se que o agente já se encontrava previamente disposto a cometer um crime e que, por isso, o agente encoberto mais não terá praticado do que actos vocacionados a desvendar uma intenção previamente criada e a que foi concreta e fundadamente alheio.

Este critério, no entanto, não é isento de críticas: (i) a existência de indícios concretos de que um agente se dedica a um determinado crime não permite concluir pela predisposição para praticar um crime em concreto já no decurso de uma acção encoberta, porquanto tal não invalida que aquele crime tenha sido antecedido de ardil intolerável;<sup>274</sup> por outro lado, (ii) parece-nos que se pode abrir caminho para a afirmação de um precedente perigoso: a utilização de métodos ocultos para justificar a não utilização de «meios enganosos» noutros métodos ocultos<sup>275</sup> e (iii) a dúvida levanta-se a propósito do momento temporal relevante para aferir da dedicação à prática de crimes a investigar.

Aferir a predisposição não pode ignorar o enfoque na actuação levada a cabo pelo agente encoberto, patente no critério objectivo, em termos de apurar se os agentes *«do not confine themselves to investigating criminal activity in an essentially passive manner, but exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed, in order to make it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute a prosecution»*.<sup>276</sup>

**IV. O normally law-abiding person** põe num único saco múltiplas situações, recorrendo a um critério pouco delimitador. Em todo o caso, assentando a sua análise na conduta policial

---

<sup>272</sup> Segundo o caso *Lagutin e Outros v. Rússia*, (2014) Queixas n.ºs 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 e 7451/09, «*the authorities must be able to demonstrate that they had good reasons for mounting the covert operation. In particular, they should be in possession of concrete and objective evidence showing that initial steps have been taken to commit the acts constituting the offence for which the applicant is subsequently prosecuted*». Mas também procurando avaliar se a conduta do agente encoberto «*remained within the limits of “essentially passive” behaviour or went beyond them, acting as agents provocateurs*». Assim também, *Eurofinacom v. France* (2004), Queixa n.º. 58753/00, *Shannon v. the United Kingdom* (2004), Queixa n.º. 67537/01, *Ramanauskas, v. Lithuania*, (2008), Queixa n.º 74420/01. Sobre o tema, Lijana Stariene, 2009: 264 e ss.

<sup>273</sup> Catarina Abegão Alves, 2013: 365.

<sup>274</sup> *Idem*, «a verdade é que na sequência da revista realizada a Teixeira de Castro foram encontradas provas do crime, mas nada pode comprovar que estas não tivessem sido resultado dos contatos insistentes feitos previamente pelos agentes para adquirir a droga».

<sup>275</sup> Catarina Abegão Alves, 2013: 365, «o critério de indícios razoáveis poderá servir como um requisito para a autorização de ações ocultas, pois pressupõe um controlo anterior da autoridade judicial. Todavia, a incerteza da sua comprovação deverá levar a que não possa ser invocado para afastar as situações de provocação».

<sup>276</sup> *Ramanauskas v. Lithuania*, cit. nota 272.

e não nos estados mentais do arguido, parte de «dados empírico-materiais».<sup>277</sup> Com efeito, por não pretender encontrar em registos criminais uma presença ou ausência de predisposição, não suscita problemas ao nível do princípio *in dubio pro reo*. Assenta assim, quer na acção desenvolvida pelos agentes encobertos, quer nos fins com que actuaram, em função de um critério que alguma doutrina entende que arrisca ao afastamento da provocação porque o «homem médio tinha o dever de se controlar».<sup>278</sup> No entanto, o critério em causa deve exigir que seja o homem médio colocado nas mesmas circunstâncias do agente visado,<sup>279</sup> sofrendo da actuação reiterada do agente encoberto, solicitando insistentemente por determinado produto ilícito, valendo-se da amizade e da «camaradagem vivida» e aproveitando-se das circunstâncias e de estados que lhe sejam conhecidos de vulnerabilidade em que o agente, ora financeira, ora do ponto de vista terapêutico se encontrava. Assim, serão analisados os «concretos atos do agente, bem como a influência destes para a formação dos factos e para a prática do crime», sendo *mister* aferir da causalidade da conduta do agente encoberto na prática delituosa do agente visado.

Ainda que possam existir casos em que uma eventual predisposição possa denotar-se de forma mais clarividente e segura «e a actuação do infiltrado apenas acompanha ou, no limite, põe em marcha uma decisão previamente tomada»<sup>280</sup>, condenações anteriores, a má reputação do arguido ou os meios que frequenta constituem premissas demasiadamente frágeis, pelo menos se consideradas individualmente, sem que se atente primacialmente na actuação concreta policial.

V. Acontece que, à necessidade de perseguir eficazmente fenómenos de criminalidade como os previstos no RJAe confronta-se o dever de excluir o uso de certos métodos, como é o caso do agente provocador. Destarte, este acaba por afectar invariavelmente a integridade moral do agente, violando-se, nestes termos, o art. 25.º da CRP e o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*.<sup>281</sup>

Ora, o agente, se não fosse por força daquela intervenção, o crime não teria sido cometido. Que Estado seria este que pretendia a punição de quem determinou a vontade de delinquir? Com efeito, aponta-se «a imoralidade do Estado que favorece o crime para o

---

<sup>277</sup> Catarina Abegão Alves, 2013: 368.

<sup>278</sup> *Idem*.

<sup>279</sup> Assim também, Susana Aires de Sousa, 2018: 523 e ss e 573-576 e Pedro Soares de Albergaria, 2019: 47.

<sup>280</sup> Henriques Gaspar, 2004: 46.

<sup>281</sup> Acs. do TC n.º 578/98, cit. nota 47 e do TRE, de 20/09/2011, cit. nota 3. Apesar de maioritariamente se recusar a figura do agente provocador, há quem a admita, em situações muito particulares, como Ferreira Monte, 1997: 202, Catarina Abegão Alves, 2013: 376-377 e Duarte Rodrigues Nunes, 2015: 509.

punir».<sup>282</sup> Ademais, há que reconhecer a fraqueza humana, pois que a provocação pode determinar agentes que não praticariam ilícitos se não regidos por acções provocatórias, que se façam valer, v.g., da «camaradagem vivida», do aproveitamento de «situações de vulnerabilidade», de modo a «salvar o sonho do empresário» ou da vulnerabilidade própria dos que estão terapêuticas para o tratamento de adições. Nestas circunstâncias não está o Estado munido de legitimidade para punir.<sup>283</sup>

**VI.** Pelo exposto, a provocação cria o crime e o próprio criminoso, gerando, em consequência, o seu próprio objecto,<sup>284</sup> pelo que se subsume aos «meios enganosos» a que se reporta a al. a) do n.º 2 do art. 126.º do CPP e infligindo o n.º 8 do art. 32.º da CRP.

Cumpra ainda aferir **(i)** qual o efeito jurídico-probatório associado à provocação, **(ii)** quais os respectivos regimes de sindicância horizontal e vertical e **(iii)** responder à questão de saber sobre se a eventual prova obtida na sequência da provocação padece de algum vício e, se respondida afirmativamente, com que fundamento e em que termos.

---

<sup>282</sup> Moraes Rocha, 1994: 190-191.

<sup>283</sup> Assim, Alves Mereis, 1999: 204-205 e 215 e Costa Pinto, 2013: 751-752.

<sup>284</sup> Ac. do TRP, de 07/05/2014, cit. nota 117.

## CAPÍTULO IV – A PROVOCAÇÃO ENQUANTO PROIBIÇÃO DE PROVA

### 1. Enquadramento

**I.** Assente que a provocação poderá ser objecto de um juízo de censurabilidade, há que apurar as implicações em matéria de prova, em particular, sobre se a provocação pode ser vista enquanto proibição de prova e quais são os efeitos jurídicos que decorrem.

**II.** Porque teleologicamente visam a prevenção de decisões condenatórias assentes na valoração de meios proibidos de prova,<sup>285</sup> as proibições de prova (*Beweisverbote*), expressão avançada por Beling em 1903, são normas de garantia do acusado. Com efeito, são um mecanismo de protecção dos direitos fundamentais e, consequentemente, de garantia constitucional, a reconduzir aos termos do art. 32.º da CRP.<sup>286</sup> Enquanto «instrumentos de protecção de direitos individuais, mas também de interesses de carácter supra-individual, que encontram representação no Estado e na comunidade»,<sup>287</sup> consubstanciam barreiras à determinação da verdade. Destarte, localizam-se no seio de um «campo de tensão» entre, por um lado, a prossecução da justiça penal e, por outro, o respeito e a garantia dos direitos fundamentais.<sup>288</sup>

**III.** Imputando-lhes este sentido também o faz o direito germânico, na medida em que entende que as *Beweisverbote* são corolários dos direitos fundamentais, atenta a necessidade de «manter a integridade e legitimidade da actividade jurisdicional e do processo penal, e não punir, necessariamente, a actividade persecutória policial».<sup>289</sup> As *Beweisverbote* têm por destinatários quer os OPC como qualquer particular, sendo o conteúdo do material probatório primacial, e não o modo processual com que foram obtidos, ao contrário dos EUA, porquanto neste apenas se dirigem aos primeiros e revela a o modo como a prova é obtida e não o seu conteúdo,<sup>290</sup> o que se compreenderá atento que

---

<sup>285</sup> André Lamas Leite, 2004: 11-12 e Costa Andrade, 2013: 63.

<sup>286</sup> Jesus Teixeira, 2014: 60. Assim também, Helena Morão, 2006: 584, Mata-Mouros, 2011: 291, Costa Andrade, 2013: 83, David Silva Ramalho, 2017: 186, Luís Oliveira, 2017: 257, Vânia Costa Ramos, 2019: 769 e Raquel Goldschmidt, 2020: 577.

<sup>287</sup> Por todos, Helena Morão, 2006: 586.

<sup>288</sup> André Lamas Leite, 2004: 12. Sobre o tema, Muñoz Conde, 1998: 71, Karl-Heinz Gössel, 2007: 144-148, Ernst Beling, 2009: 47-53 e Kai Ambos, 2009: 61 e ss. Para uma visão comparada, Teresa Armenta Deu, 2011: 35 e ss.

<sup>289</sup> Diego Tinoco de Carvalho, 2020: 476. Sobre o tema, Mata-Mouros, 2011: 291 e 308 e ss.

<sup>290</sup> Assim, André Lamas Leite, 2004: 15, Costa Andrade, 2013: 136, Diego Tinoco de Carvalho, 2020: 476 e Diogo Cipriano, 2020: 499 e ss.

a «intervenção de agentes ocultos não está sujeita a controlo judicial. O seu sistema é de aferição judicial *a posteriori*, em julgamento».<sup>291</sup>

IV. Do lado do direito norte-americano, às *exclusionary rules* é-lhes imputado um sentido de limitação à actividade investigatória policial.<sup>292</sup> Assinala-se que, se num primeiro momento as *exclusionary rules* assentavam na ordenação e dissuasão de práticas ilegais policiais, tendo por fundamento uma violação da Constituição federal, num segundo momento esse efeito dissuasor é submetido a um *balancing test*.<sup>293</sup> Com efeito, observa-se que as *exclusionary rules* são cada vez mais vistas não como remédios necessários, mas como limitações indesejáveis à actividade policial. Para além da «desconstitucionalização» ocorrida, em 2006, no caso *Hudson v. Michigan*<sup>294</sup> vão surgindo argumentos baseados na ideia de profissionalização e modernização policial que contribuem para ponderar a desnecessidade da regra da exclusão. Por outro lado, parece existir um outro argumento contra a vigência da regra ou, pelo menos, que abona a favor da sua restrição: o custo político-criminal e a sua potencial impopularidade. De certa forma, compreende-se que tal entendimento vigore no seio deste ordenamento jurídico, atento que, ao contrário de outros ordenamentos, como o português, o espanhol, o grego, o turco ou o argentino, aquele não teve uma experiência militar que anexasse às regras de exclusão uma teleologia assente na protecção de direitos fundamentais.<sup>295</sup> Ademais, «*where the violent crime rate remains significant, concerns about enforcing the criminal law weigh more heavily in the balance*».<sup>296</sup>

V. Em termos de delimitação, no seio das proibições de produção de prova encontramos, entre outros<sup>297</sup>, os métodos de prova proibidos, regulados no art. 126.º do CPP, em relação aos quais se procede a uma distinção entre métodos absoluta e relativamente proibidos, estando o agente provocador subsumido ao primeiro grupo. Esta afirmação não permite a pretensão, que seria em todo o caso precipitada, de que só o agente provocador poderá, no

---

<sup>291</sup> Catarina Abegão Alves, 2013: 358.

<sup>292</sup> Resultante, desde logo, de *Calandra v. United States*, 414 U.S. 338 (1974) e *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006). Assim também, *Jenia Turner*, 2014: 821, *Richard Re*, 2014: 1887 e *Raquel Goldschmidt*, 2020: 476.

<sup>293</sup> Assim, *Raquel Goldschmidt*, 2020: 470-471. Sobre o tema, *Mark E. Cammack*, 2013: 3 e ss.

<sup>294</sup> *Hudson v. Michigan*, cit. nota 292.

<sup>295</sup> *Jenia Turner*, 2014: 829 e ss e *Stephen C. Thaman*, 2011: 691-735.

<sup>296</sup> *Idem*, 822.

<sup>297</sup> Sobre o tema, *Roxin*, 2000: 190-194, *Kai Ambos*, 2009: 65-66, *Marques da Silva*, 2011: 170, *Paulo de Sousa Mendes*, 2015: 177 e ss e *David Silva Ramalho*, 2017: 190 e ss.

seio das acções encobertas, consubstanciar um método proibido. Com efeito, o agente pode incorrer num método proibido de prova sem ser agente provocador, situação essa que ocorre nos casos paradigmáticos de, v.g., submeter o sujeito a tortura ou a coacção, com assento no n.º 1 do art. 126.º do CPP.

O Direito português procedeu a uma delimitação de direitos fundamentais cuja violação implica a nulidade (de fonte constitucional) da prova obtida, termos do n.º 8 do art. 32.º da CRP.<sup>298</sup> Por conseguinte, o art. 126.º do CPP é uma concretização do art. 32.º, n.º 8 da CRP.<sup>299300</sup>

Outros ordenamentos não procederam à delimitação constitucional que o legislador português efectuou, em termos de criar um regime reforçado reconduzido à dignidade da pessoa humana.<sup>301</sup> Destarte, em Espanha, por exemplo, não se optou pela consagração de uma norma constitucional, mas de uma norma ordinária sem delimitação específica dos direitos fundamentais em causa, em termos de que «*En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*».<sup>302</sup>

---

<sup>298</sup> Segundo o Ac. do TRL, de 13/12/2006, (Proc. 2876/2006-5), Relatora Ana Sebastião, «este preceito traduz a consagração constitucional do princípio das proibições de prova também consagrado nos textos do direito internacional, nomeadamente nos arts. 5.º e 12.º da DUDH, arts. 3.º e 8.º, da CEDH e art. 7.º do PIDCP». Por seu lado, o Ac. do TRE, de 03/06/2008, (Proc. 1991/07-1), Relator António Latas, «a consagração das proibições de prova radica (...) por parte do legislador, de um conjunto de bens jurídico-penais que, em absoluto (proibições absolutas) ou em termos relativos (proibições relativas), não podem ser lesados pela prossecução das finalidades próprias do processo penal, *maxime*, a procura da verdade material». Sobre o tema da aplicação analógica do art. 32.º, n.º 8 da CRP ao Processo Civil, v.g., Miguel Teixeira de Sousa, 2020: 3 e ss.

<sup>299</sup> São designadas por Helena Morão, 2006: 589-590 enquanto proibições de prova em sentido próprio, sendo o critério fundamental o da «afecção do núcleo valorativo dos direitos elencados no art. 32/8 da Lei Fundamental». Deste modo, exclui deste elenco a violação da proibição do testemunho de ouvir dizer (art. 129.º do CPP) ou a violação dos limites consagrados para o depoimento indirecto, atento que, em ambos, o critério em causa reporta-se ao n.º 5 do art. 32.º da CRP, estando em causa a violação das «garantias de respeito pelos princípios da imediação e do contra-interrogatório na fase de julgamento». Por conseguinte, uma vez definido o critério fundamental, a Autora admite que o art. 32.º, n.º 8 da CRP não é taxativo, sendo de admitir a aplicação analógica perante direitos em estreita conexão com a dignidade da pessoa humana e situados «num contexto de especial fragilidade na relação com o poder em matéria probatória». Assim também, Pedro Soares de Albergaria, 2019: 39.

<sup>300</sup> Augusto Silva Dias/Rui Soares Pereira, 2019: 91 ressaltam que «as nulidades de fonte constitucional não são uma novidade» porquanto se aplicam directamente, vinculando entidades públicas e privadas. Assim, os Autores consideram que as nulidades de fonte constitucional encontram, no seio do art. 32.º, n.º 8 um reforço de tutela.

<sup>301</sup> Assim, Santos Cabral, 2016: 398 e Acs. do STJ de 20/02/2008, (Proc. 07P4553), Relator Armindo Monteiro e do TRC, de 26/06/2013, (Proc. 220/11.2GBTND.C1), Relator Correia Pinto.

<sup>302</sup> Art. 11.º, n.º 1 da Lei Orgânica 6/1985, de 1 de Julho, do Poder Judicial. Sobre o tema, Fernando Cabello, 2018: 66. Em 2017, por sentença do Tribunal Constitucional Espanhol (n.º 116/2017, de 23/02/2017) foi afirmado que a norma visava a «dissuasão de excessos e condutas ilegais de agentes estatais encarregados da persecução penal», nas palavras de Diego Tinoco de Carvalho, 2020: 479. Ademais, o legislador alemão cingiu-se a determinar a proibição de valoração das declarações obtidas à custa da violação dessa proibição, no § 136a).

**VI.** Chegados até aqui, cumpre dar resposta às seguintes questões:

- (i) O regime das proibições de prova é autónomo ou subsume-se ao regime das nulidades processuais?
- (ii) Qual o efeito jurídico associado à provocação, enquanto meio enganoso?
- (iii) Se a provocação determinar um avanço investigatório, a proibição de valoração que se impõe às provas obtidas por via de provocação também se estende às provas mediatas?

Uma vez definidas as condições em que um agente encoberto se converte num agente provocador, cabe aferir quais são as consequências jurídico-probatórias que daí advêm. Assim, a clarificação daquelas questões permitirá responder ao segundo problema jurídico identificado.

## **2. Art. 126.º do CPP: defesa pela autonomia dogmática e jurídica**

**I.** O art. 32.º, n.º 8 da CRP criou um regime específico e reforçado para a tutela de direitos fundamentais especificamente determinados, em tais termos que se poderia imediatamente reconhecer aí a autonomia dogmática e jurídica das proibições de prova. Obsta, no entanto, a esse reconhecimento a sanção utilizada – «nulas» – na norma constitucional e na norma infraconstitucional do art. 126.º do CPP que vem potencializar dúvidas sobre se o regime das nulidades processuais é o regime aplicável às proibições de prova. Por outro lado, poder-se-ia *prima facie* avançar que, no que concerne ao regime do efeito-à-distância, este não encontra acolhimento no seio do regime previsto para as proibições de prova, o que levaria o jurista a recorrer ao art. 122.º.

**II.** O n.º 3 do art. 118.º do CPP, ao prescrever que «As disposições do presente título [título V- Das nulidades] não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova», revela um princípio essencial nesta matéria: o princípio do tratamento autónomo

das proibições de prova, que indicia que há lugar à aplicação de um regime autónomo não enquadrável no Título V.<sup>303304</sup>

À harmonização terminológica resultante do confronto dos arts. 32.º, n.º 8 da CRP e 126.º, n.ºs 1 e 3 do CPP soma-se o entendimento de que o termo «nulas» não foi utilizado em termos técnicos ou rigorosos, mas em termos «simbólicos».<sup>305</sup> Vejamos as premissas subjacentes a esta autonomização, tendo por referência primacial a linha de raciocínio de LUÍS OLVEIRA.<sup>306</sup>

- (i) Com recurso a um argumento de ordem sistemática, se as proibições de prova devessem ser reconduzidas ao regime das nulidades, não faria qualquer sentido que não se encontrassem expressamente previstas no âmbito do título V – inteiramente dedicado às nulidades e irregularidades dos actos – de modo a que não estivessem, como efectivamente estão, reguladas no Livro III – Da Prova.
- (ii) Segundo MANUEL GUEDES VALENTE, a interpretação do sentido «nulas» no enunciado do art. 126.º deve estar harmonizado com a epígrafe deste, de tal forma que deve ser interpretado enquanto «proibidas». Desta forma, a interpretação do enunciado corresponderá ao fim teleológico subjacente.<sup>307</sup>
- (iii) O termo «nulas» tem um sentido próprio, oferecido aquando da Reforma de 2007 – que visou superar «uma dúvida interpretativa»<sup>308</sup> – constante do n.º 3 do art. 126.º: «não podendo ser utilizadas». Acontece que este inciso assume especial relevância para LUÍS OLVEIRA, na medida em que permite afirmar a sede de independência do regime (ou seja, a não subsunção às nulidades) e, em consequência, a própria indispensabilidade do 118.º n.º 3.<sup>309</sup>
- (iv) Enquanto que as nulidades são definidas segundo critérios de validade, as proibições de prova servem-se de uma perspectiva de admissibilidade. Destarte,

---

<sup>303</sup> Assim também, André Lamas Leite, 2004: 49, João Conde Correia, 2006: 177, Costa Andrade, 2009a: 327, Pinto de Albuquerque, 2011: 299, Paulo de Sousa Mendes, 2015: 187, Henriques Gaspar, 2016: 346 e David Silva Ramalho, 2017: 189. Jurisprudencialmente, v.g., Acs. do STJ de 18/05/2006, (Proc. 06P1394), Relator Santos Carvalho e de 15/11/2007, (Proc. 07P3236), com o mesmo Relator, Santos Carvalho.

<sup>304</sup> São, essencialmente, três as correntes doutrinárias que procuram explicar o sentido do art. 118.º, n.º 3 do CPP, a saber: (i) a primeira defende que os artigos 118.º e ss não se aplicam às proibições de prova, sendo estas autónomas do regime das nulidades processuais e geradoras de uma impossibilidade total de utilização; (ii) uma segunda corrente defende que as proibições de prova, embora transcendam o regime das nulidades, interpenetram-se, segundo Costa Andrade, 2013: 194; (iii) e uma terceira corrente, que embora reconheça que as proibições de prova são autónomas das nulidades, sujeita aos efeitos decorrentes da nulidade insanável a utilização de uma prova proibida, como Marques da Silva, 2010: 177.

<sup>305</sup> João Conde Correia, 2006: 188 e Luís Oliveira, 2017: 264 e ss.

<sup>306</sup> Luís Oliveira, 2017: 264 e ss.

<sup>307</sup> Manuel Guedes Valente, 2004: 371 e 420.

<sup>308</sup> Proposta de Lei n.º 109/X, cit. nota 67.

<sup>309</sup> Luís Oliveira, 2017: 265.



«antes mesmo de se obter uma determinada prova para o processo, o investigador criminal ou os sujeitos processuais devem aferir da idoneidade dessa prova, pois ela pode nem sequer ser tolerável pelo ordenamento jurídico, se for desconforme aos fins do processo».<sup>310</sup> Sob a mesma ambulação, MARQUES DA SILVA para quem a proibição significa «que dado meio de prova não pode ser tido em conta no processo», concluindo que «o n.º 3 do art. 118.º deve ser interpretado como ressalva das disposições sobre nulidades, por se tratar de realidades diversas».<sup>311</sup>

- (v) Enquanto que as nulidades derivam de vícios formais dos actos processuais «em que são violadas disposições relativas ao quem, quando, onde e como devem os actos processuais ser produzidos», as proibições de prova derivam de vícios substanciais, dada a violação de bens jurídicos fundamentais, resultantes da dignidade da pessoa humana.<sup>312</sup> Assim acompanha o TC, no Ac. n.º 429/95, segundo o qual «as nulidades a que se referem os arts. 118.º e 123.º do CPP reportam-se apenas aos vícios formais, isto é, à inobservância das prescrições legais estabelecidas para a prática dos actos processuais».<sup>313</sup>
- (vi) Outra distinção importante prende-se com o facto de as nulidades estarem sujeitas aos princípios quer da legalidade, quer da taxatividade, fundadas numa lógica de economia processual, ao passo que as proibições de prova estão assentes no princípio da dignidade da pessoa humana, implicando a utilização de conceitos indeterminados, de modo a que permitir acoplar todas as situações que merecem tutela. Neste seguimento, LUÍS OLIVEIRA conclui que o art. 126.º «(i) não se aplica a um único meio de prova, mas a muitos, (ii) a proibição de obtenção de prova não se aplica só ao Estado, estende-se a qualquer pessoa;<sup>314</sup> e ainda (iii) a proibição visa proteger qualquer indivíduo, não apenas o Estado».<sup>315</sup>

---

<sup>310</sup> Luís Oliveira, 2017: 265-266.

<sup>311</sup> Marques da Silva, 2010: 117.

<sup>312</sup> Luís Oliveira, 2017: 266.

<sup>313</sup> Ac. do TC n.º 429/95, de 6 de Julho de 1995, (Proc. n.º 520/94), Relator Vítor Nunes de Almeida.

<sup>314</sup> Sobre o tema, José Neves da Costa, 2019: 190 e ss e Diego Tinoco de Carvalho, 2020: 455 e ss, que entende que a aplicação das proibições de prova a particulares depende (i) se a conduta destes pode ser equiparada a uma «actuação estatal persecutória», (ii) da avaliação do grau de afectação gerado num direito fundamental, (iii) a seriedade da violação, (iv) gravidade do crime, (v) e a credibilidade da prova e (vi) se a utilização da prova implicaria uma «violação dos direitos do réu a um julgamento justo».

<sup>315</sup> Luís Oliveira, 2017: 266.

- (vii) Por seu lado, se se entendesse que as proibições de prova se reconduziriam ao regime das nulidades, o jurista seria forçado a concluir que estariam em causa nulidades sanáveis, atento que a regra é a da sanabilidade, «salvo disposição expressa em contrário», o que colide com a previsão da al. e) do n.º 1 do art. 449.º do CPP, que admite o recurso de revisão de sentença condenatória transitada em julgado.
- (viii) Ademais, o art. 126.º do CPP foi perspectivado com o inciso «são nulas» e, atentando-se noutras normas a que se tem reportado a previsão de proibições de prova (arts. 174.º, n.º 4, 177.º, n.º 1, 179.º, n.º 2 e 190.º), em relação às quais se determinou com o inciso «sob pena de nulidade», seríamos forçados a concluir que todos aqueles casos consubstanciariam, presumindo um sentido rigoroso com que «nulas» foi inscrito no 126.º, casos de nulidade sanável. Ora, tal interpretação arrepia a CRP.<sup>316</sup>
- (ix) Se o TC parece ter adoptado esta tese, aquando do Ac. n.º 192/2001<sup>317</sup> – tendo referido que as nulidades «são substancialmente diversas das nulidades enumeradas no art. 32.º, n.º 8 da CRP» – também outros ordenamentos jurídicos tendem nesse sentido. A título de exemplo, em Itália procede-se à distinção entre a *inutilizabilidade* das nulidades processuais<sup>318</sup> e em Espanha distingue-se a nulidade resultante do art. 11.º, n.º 1 da LOPJ e a nulidade geral do art. 283.º, n.º 3.<sup>319</sup>

O regime processual adstrito às proibições de prova é ainda um importante elemento distintivo, que cumpre conhecer, onde se inclui a resposta à segunda questão que formulámos: saber qual é o efeito jurídico associado à provocação.

---

<sup>316</sup> Luís Oliveira, 2017: 266.

<sup>317</sup> Ac. do TC n.º 192/2001, (Proc. n.º 517/00), Relator Artur Maurício.

<sup>318</sup> O *Codice di Procedura Penale* italiano preceitua no art. 191.º, n.º 1, inserido na *Parte Prima, Libro Terzo* - «*Prove*» sob a epígrafe «*Prove illegittimamente acquisite*» que «*Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*». Sobre o tema neste ordenamento jurídico, v.g., Novella Galantini, 1992: 4 e ss, Paolo Tonini, 2002: 76 e ss e Paolo Tonini/Carlotta Conti, 2012: 95 e ss.

<sup>319</sup> Nota 302.

### 3. Efeito jurídico associado à provocação e regime

#### 3.1 Efeito jurídico

I. O TEDH, embora reconhecendo as necessidades de recurso a medidas de investigação ocultas, recusa que o incitamento ao crime possa ser usado em favor do interesse público na administração da justiça. Assim sendo, «*the actions of undercover agents must seek to investigate ongoing criminal activity in an essentially passive manner and not exert an influence such as to incite the commission of a greater offence than the one the individual was already planning to commit without such incitement*».<sup>320</sup>

Assim, e com base no labor do TEDH no caso Teixeira de Castro v. Portugal,<sup>321</sup> a não utilização dos elementos probatórios obtidos em sequência da provocação não poderiam ser utilizados, «pois tal resultaria em submeter o acusado ao risco de ficar *ab initio* definitivamente privado de um julgamento justo e equitativo».<sup>322</sup> Com efeito, na medida em que a prática do crime deriva causalmente da provocação, «não só a prova obtida por meio da provocação indevida tem de ser excluída, mas a própria prossecução penal da vítima da provocação é considerada uma violação do *fair trial* e por isso o caso tem de ser encerrado».<sup>323</sup>

Neste seguimento, e alicerçado no art. 6.º da CEDH que consagra o direito a um processo equitativo – o *fair trial*<sup>324</sup> – o TEDH tem considerado que os Estados devem reparar a violação, prevendo um remédio efectivo.<sup>325</sup>

---

<sup>320</sup> «Guide on Article 6 of the Convention – Right to a Fair Trial», disponível em [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf), p. 42. Consultado a 04/12/2020.

<sup>321</sup> Teixeira de Castro v. Portugal, de 09/06/1998, cit. nota 269.

<sup>322</sup> Sobre o tema, Vânia Costa Ramos, 2017: 755.

<sup>323</sup> Vânia Costa Ramos, 2019: 755.

<sup>324</sup> Segundo Paulo de Sousa Mendes, 2019: 69, «o TEDH prefere olhar para caso como se fosse único, apreciando o conjunto dos procedimentos adotados em todas as instâncias judiciais, a fim de decidir nesse caso sobre a possível violação do princípio do processo equitativo».

<sup>325</sup> Vânia Costa Ramos, 2017: 748-750 e 754 e ss e 2019: 195. Como regista a Autora, «a CEDH não contém qualquer norma expressa ditando a exclusão da prova obtida ilicitamente». Segundo o próprio TEDH, sobre o caso Schenk v. Switzerland (1988), Queixa n.º 00010862/84, «[o] art. 6.º (...) garante o direito a um processo justo, mas não estabelece quaisquer regras propriamente ditas sobre a admissibilidade da prova, que permanece assim primordialmente matéria regulada ao abrigo do direito nacional. O Tribunal não pode assim, como princípio e em abstracto, excluir que a prova ilicitamente obtida do tipo daquela em causa no presente processo seja admissível». Com efeito, estará em causa a análise sobre se o processo onde tenha sido utilizada prova obtida ilicitamente foi *fair as a whole*. Concluindo-se negativamente, tal «obriga à exclusão da prova obtida através da violação já que quando a utilização tenha impacto na condenação torna o julgamento *unfair*». Por conseguinte, a Autora aponta que não é possível a afirmação de um princípio geral de que não estejam consagradas regras de exclusão porquanto o conceito de *fairness* consolidou a existência de uma «dogmática de exclusão da prova». Para a profundidade que à análise do tema é devida, Vânia Costa Ramos, 2019: 745 e ss.

**II.** A provocação, enquanto método enganoso, encontra acolhimento nos termos do n.º 1 e 2, al. a), do art. 126.º do CPP, sendo, assim, um método proibido de prova.

Após prescrever que «são nulas», o legislador logo que cuidou de incluir «não podendo ser utilizadas». Com efeito, optou por um regime que assenta na distinção entre proibições de produção e de valoração de prova.<sup>326</sup> Sob tal ambulação, a proibição de produção daquela prova impõe-se e, caso essa prova já tenha sido produzida, a sua valoração será proibida. Por esta razão, as provas não poderão sustentar qualquer decisão e deverão ser desanexadas dos autos.<sup>327328</sup>

**III.** Por conseguinte, conjecturam-se duas hipóteses sobre o que aconteceria: **(i)** se aquela prova constituísse o único suporte probatório ou **(ii)** caso concorresse com outros.<sup>329</sup>

Na primeira, dar-se-ia a absolvição do provocado, não sendo de olvidar os casos, defendidos por alguma doutrina e jurisprudência, em que se possa registar uma exclusão da ligação entre o vício e a prova derivada ou obtida mediatamente, em que a sanção devida à proibição de prova se considere sanada.

A concorrência com outros elementos probatórios é, para além da hipótese mais frequente, a que mais problemas poderá levantar atento o risco de reinterpretação que os demais elementos lícitos podem sofrer por força daquela prova, ainda que proibida. Destarte, COSTA ANDRADE chama a atenção para o perigo dos restantes métodos sofrerem uma «reinterpretação do significado e da valência probatória» por força daquele método entretanto considerado proibido. Esta hipótese, particularmente relevante em casos de recursos, implica que se proceda ao reenvio, nos termos dos arts. 426.º, 431.º e 436.º do CPP.<sup>330</sup>

---

<sup>326</sup> João Conde Correia, 2006: 192, Costa Andrade, 2013: 191 e Miguel Teixeira de Sousa, 2020: 2.

<sup>327</sup> Assim, Alves Meireis, 1999: 233, Paolo Tonini, 2002: 189, para quem se trata de uma «prova legal em sentido negativo», Paulo de Sousa Mendes, 2015: 142, Figueiredo Dias, 2016: 6, segundo o qual «a consequência, em definitivo, da violação das espécies indicadas de proibição de prova será a da recusa de valoração no processo da prova alcançada», Pedro Soares de Albergaria, 2019: 63 e Vânia Costa Ramos, 2019: 760 e 771. Assim também, Ac. n.º 578/98 do TC, cit. nota 47. Ressalve-se, no entanto, a existência de proibições de prova cuja sanção não é a proibição de valoração, não associando, aliás, uma consequência: arts. 172.º, n.º 1 e 175.º, n.º 1 do CPP.

<sup>328</sup> Questão diversa é a valoração de prova proibida já produzida a favor do arguido, nos casos em que tal proibição decorre da violação de um direito do próprio arguido e cuja valoração implica a sua absolvição. «Neste caso, ao dano decorrente do direito violado com a intromissão arbitrária na respectiva esfera somar-se-ia a injúria da condenação», argumento de Pedro Soares de Albergaria, 2019: 68.

<sup>329</sup> Conjecturadas por Santos Cabral, 2016: 407.

<sup>330</sup> Costa Andrade, 2013: 65 e ss e Santos Cabral, 2016: 407. Ademais, segundo o Ac. do TRP, de 07/05/2014, cit. nota 117, «o vício da insuficiência *supra* apontado porque relativo à questão de saber se existiu ou não uma acção encoberta por parte da Polícia Judiciária, e em caso afirmativo em que concreta acção ou acções a mesma se traduziu e em que medida tais actos foram ou não determinantes do arguido à prática dos factos

IV. Em jeito de conclusão, somos partidários de que estamos perante uma nulidade *sui generis* reforçada, que terá por efeito uma proibição de utilização, tal como essa prova não existisse,<sup>331</sup> ao abrigo de um princípio de inutilizabilidade.<sup>332</sup>

Esta cominação, para além de afectar o depoimento do agente provocador, afecta os actos subsequentes, ou seja, as provas que tenham sido obtidas por intermédio e por causa daquela actuação, sem prejuízo do n.º 4 do art. 126.º do CPP, que assume a «função de avisar órgãos de perseguição criminal de que ninguém está acima da lei, dizendo alto e bom som que não há diferenças de estatuto entre os representantes da lei e da ordem e os cidadãos delinquentes».<sup>333</sup>

Por conseguinte, caso a decisão se funde em provas nulas por intervenção de agente provocador, esta será passível de recurso, não sem antes se poder sindicarmos horizontalmente. Vejamos em que termos.

### **3.2 Regime jurídico: decorrência *ex lege* e sindicabilidade**

I. Nos termos dos arts. 119.º e 120.º do CPP as nulidades carecem de declaração judicial e por vezes estão sujeitas a arguição dentro de prazos específicos, sendo que esta declaração constitui um requisito ou condição de invalidade. Por essa razão, aquando do trânsito em julgado da decisão de condenação, a nulidade, mesmo que insanável, converter-se-á em acto válido.

As proibições de prova, por seu lado, decorrem *ex lege*, ou seja, resultam de mero efeito da lei, não estando subordinadas a qualquer prazo. Com efeito, «o facto de [no art. 126.º do CPP] não se mencionar nem a necessidade de invocação do vício pelos interessados, nem a possibilidade da sua sanção, constitui (...) uma omissão eloquente. Ou seja, estabelece-se, no fundo, um regime implícito: perante a importância fundamental dos valores em causa, a dependência de arguição dos interessados para a relevância do vício e

---

descritos, (...) afecta os factos estruturantes da decisão recorrida, não podendo ser suprido por esta Relação nos termos do artº 426º nº1 do CPP e como tal determina o reenvio do processo para novo julgamento».

<sup>331</sup> Segundo o Ac. do STJ, de 06/05/2004, (Proc. 04P774), Relator Pereira Madeira, «a nulidade dos métodos proibidos importa sempre, quanto à sua admissibilidade, a proibição da sua utilização e, quanto ao seu valor, a irrelevância dos métodos proibidos porventura utilizados».

<sup>332</sup> Michele Morello, 2000: 856 e ss. Assim também, Augusto Silva Dias/Rui Soares Pereira, 2019: 92.

<sup>333</sup> Paulo de Sousa Mendes, 2015: 154.

a possibilidade da sua sanção, a existirem, teriam de estar previstos». <sup>334</sup> Dessa forma, estamos perante um silêncio ou omissão legislativa propositada. <sup>335</sup>

Como reconhece pertinentemente LUÍS OLIVEIRA <sup>336</sup>, naturalmente que se o Tribunal e os restantes sujeitos processuais não se derem conta de uma prova proibida esta, para além de estar a ser utilizada, está a surtir efeitos. No entanto, não prejudica a possibilidade de, sem dependência de qualquer prazo, se demonstrar o seu uso indevido.

**II.** Esta é uma interpretação que arrepiam quem defende que no n.º 3 a consequência só pode ser conhecida por via de requerimento, por força de um pretense regime distinto para aquele número no confronto com os restantes. Com efeito, caso o agente encoberto não incorra na provocação ao crime, em termos de se sujeitar à al. a) do n.º 2, poderá incorrer nos termos do n.º 3 do art. 126.º do CPP, caso, equacione-se, se insira no domicílio do agente visado pela acção sem que esteja previamente autorizado para tal.

Ancorado no inciso legal «abusiva» constante do n.º 8 do art. 32.º da CRP e na lei ordinária do CPP, e alegando uma diferença ética que é encontrada entre os n.ºs 1, 2 e 3 do art. 126.º, alguma doutrina e jurisprudência avança que se está perante um «regime complexo» que determina um regime jurídico e de sindicância distintos, em termos de que os casos previstos nos n.ºs 1 e 2 estão a coberto de uma nulidade insanável e o n.º 3 de uma nulidade sanável pelo consentimento do titular do direito, indiscriminando uma prestação *ex ante* ou *ex post*. <sup>337</sup> Ademais, é entendido que o estabelecimento de uma equiparação de efeitos entre os n.ºs 1, 2 e 3 arrepiaria a CRP, no art. 34.º, n.ºs 2 e 3, que acolhe o princípio da relevância do visado nas intromissões nos direitos à privacidade.

**III.** Não podemos acompanhar esta linha de raciocínio.

Para além de se evidenciarem reservas em assumir um diferente desvalor ético entre aqueles números <sup>338</sup>, dificilmente, desde logo do ponto de vista literal, se poderá encontrar um diferente desvalor normativo, sob pena de se incorrer numa interpretação *contra legem*. Com efeito, além do art. 32.º, n.º 8 se referir às duas constelações sem operar qualquer distinção, o inciso «abusiva» é concretizado, como aliás todo o art. 32.º n.º 8 é, nos termos

---

<sup>334</sup> Helena Morão, 2006: 596.

<sup>335</sup> João Conde Correia, 2006: 200 para quem o silêncio terá um outro significado: o de convocar a doutrina e a jurisprudência para determinar soluções casuísticas.

<sup>336</sup> Luís Oliveira, 2017: 277.

<sup>337</sup> Pinto de Albuquerque, 2011: 320-321 e Santos Cabral, 2016: 404-406.

<sup>338</sup> Acompanhamos, assim, as considerações de Cláudio Lima Rodrigues, 2013: 11, Paulo de Sousa Mendes, 2015: 190, Augusto Silva Dias/Rui Soares Pereira, 2019: 93-94 e Pedro Soares de Albergaria, 2019: 53-55.

infraconstitucionais. Nessa medida, as provas referentes aos direitos disponíveis do n.º 3 serão consideradas abusivas, e por isso cobertas de proibição de prova, caso tenham sido obtidas fora dos casos previstos na lei (ou seja, em violação de regimes legais de obtenção de provas)<sup>339</sup> ou sem o consentimento do respectivo titular, consentimento este que está pensado para o momento da obtenção da prova e não para o seu resultado.<sup>340</sup> Com efeito, segundo esta orientação está em causa um consentimento que, para além de livre e esclarecido, deverá ser prévio, estando o consentimento *ex post* ferido de ineficácia, pelo que não terá o efeito de sanar os vícios da prova. Assim, não nos parece, como advoga aquela posição que se vem criticando, que o princípio da relevância da vontade do visado seja ferido.

Por conseguinte, aquele é um entendimento que, para além de presumir erroneamente que a CRP determinou uma hierarquia de valores no seu n.º 8,<sup>341</sup> ignora a letra da CRP e, em consonância, prejudica o princípio da interpretação das leis em conformidade com aquela.<sup>342</sup> Ademais, tal entendimento parece esquecer a alteração introduzida no n.º 3 do art. 126.º do CPP e a indiferenciação estabelecida na al. e) do n.º 1, do art. 449.º do CPP.

Aquela alteração, para além de equiparar os efeitos em termos literais expressos, visou a ultrapassagem de «uma barreira interpretativa».<sup>343</sup> Assim, e onde a lei não distinguiu, e cremos que não o fez, não deve, pois, o intérprete distinguir.

---

<sup>339</sup> Os métodos de prova proibidos não se confundem com a violação de formalidades relativas à obtenção de provas. Com efeito, as últimas dizem respeito à disciplinação dos «processos e modos como a prova deve ser regularmente levada a cabo», segundo Costa Andrade, 2013: 85, cuja violação se localizará entre a irregularidade e a nulidade, nos termos dos arts. 118.º e ss do CPP. Por sua vez, segundo João Conde Correia, 2006: 189, na medida em que as proibições de prova denunciam uma «compressão dos direitos fundamentais em termos não consentâneos com a autorização constitucional», o intérprete e aplicador do direito terão de atentar na «razão subjacente a determinada regulação processual e certo princípio ou norma constitucional», segundo Pedro Soares de Albergaria, 2019: 57-59. Assim também, André Lamas Leite, 2004: 18, Helena Morão, 2006: 586, Cláudio Lima Rodrigues, 2013: 4 e Santos Cabral, 2016: 408. Com efeito, é de incluir normas que estabeleçam «prazos e cadências de controlo judicial de execução de intercepções», o que determina que, no seio do art. 188.º do CPP, ainda que sob a epígrafe «formalidades» se não-de ter por inclusas verdadeiras proibições de prova. O mesmo raciocínio é de aplicar ao RJAE, quanto aos crimes do catálogo do art. 2.º, a reserva de controlo jurisdicional e a delimitação exigida quanto aos agentes visados pela acção, cuja ultrapassagem será de subsumir ao n.º 3 do art. 126.º, porquanto estão «ressalvados os casos previstos na lei».

<sup>340</sup> Acompanhamos, assim, Helena Morão, 2006: 595 e Augusto Silva Dias/Rui Soares Pereira, 2019: 93. Assim também, Pedro Soares de Albergaria, 2019: 61-62. Contra, dando relevância ao consentimento *ex post*, Paulo Pinto de Albuquerque, 2011: 335.

<sup>341</sup> Segundo Pedro Soares de Albergaria, 2019: 65, as intromissões referidas no n.º 3 também dizem respeito à comunidade, tanto que, para além de conhecimento officioso, a todo o tempo, são insanáveis, nos termos do art. 449.º, n.º 1, al. e).

<sup>342</sup> Helena Morão, 2006: 598 e Nogueira de Brito, 2017: 222-228.

<sup>343</sup> Preâmbulo do Anteprojecto de Revisão do CPP apresentado pela Unidade de Missão para a Reforma Penal, p. 5 disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d76574339305a58683062334d76634842734d5441354c5667755a47396a&fich=ppl109-X.doc&Inline=true> e consultado a 12/12/2020.

Parece ser este o sentido que avançou o STJ, no Acórdão de 30/11/2017, ao reconhecer que «independentemente do sentido da nulidade ali prevista, o certo é que a norma constitucional não distingue consequências para a violação dos direitos ali previstos. E o mesmo acontece agora e desde a reforma de 2007, (...) com a lei ordinária».<sup>344</sup>

**IV.** Assim, com a introdução do inciso será de considerar com segurança que o n.º 3 determina, quer um efeito em todo semelhante aos n.ºs 1 e 2 e a subsunção a um mesmo regime de sindicância, «dado que se assim não fosse o resultado final ficaria na dependência de interesses individuais, quando é hoje tido por assente que muitos dos valores subjacentes às proibições de prova apresentam uma dimensão que ultrapassa o interesse particular de um indivíduo».<sup>345</sup> Assim sendo, não acompanhamos também o argumento de que «se o titular do direito pode consentir na intromissão na esfera jurídica do seu direito, ele também pode renunciar expressamente à arguição».<sup>346</sup> Prestado o consentimento *ex ante*, não haverá vício a que o tribunal possa conhecer oficiosamente, dado que foi sanado; se foi prestado *ex post*, é ineficaz e, por isso, pode ser conhecido oficiosamente.<sup>347</sup>

**V.** Pelo exposto, a distinção operada nos n.ºs 1 e 3 do art. 126.º do CPP terá por fundamento apenas na «indisponibilidade e na disponibilidade dos bens jurídicos que neles são tutelados, o que faz com que as provas absolutamente proibidas sejam sempre inadmissíveis, enquanto as provas relativamente proibidas poderão vir a ser obtidas desde que tenha sido obtido o mesmo consentimento do lesado [não se ignora, pois, o princípio da relevância da vontade do visado] ou nos casos expressamente previstos na lei».<sup>348349</sup>

**VI.** Essa demonstração e necessária exclusão – atenta a possibilidade de erro na «representação da proibição ou porque não atentou no vício que inquina a prova ou porque entendeu não se tratar de prova proibida e assim a acabe por valorar como se sã fosse»<sup>350</sup>

---

<sup>344</sup> Ac. do STJ, de 30/11/2017, (Proc. 123/13.6JAPRT.P1-A.S1), Relator Souto de Moura.

<sup>345</sup> Cláudio Lima Rodrigues, 2013: 11-12.

<sup>346</sup> Pinto de Albuquerque, 2011: 336.

<sup>347</sup> Segundo o Ac. do TC n.º 507/94, (Proc. 129/93), Relator Ribeiro Mendes, o consentimento terá de provir do «visado com a diligência». No que concerne aos co-domiciliados, Pedro Soares de Albergaria, 2019: 62.

<sup>348</sup> Luís Oliveira, 2017: 278. O Autor considera que estamos perante uma inexistência jurídica, não sem antes antecipar as críticas que, pertinentemente, se poderão levantar em pp. 281 e ss.

<sup>349</sup> Tal como veremos *infra*, o entendimento que se tem do n.º 3 do art. 126.º do CPP determinará, quer a sujeição a um regime de nulidade e sindicância diferentes, quer a um regime de efeito-à-distância mais benévolo que nos n.ºs 1 e 2.

<sup>350</sup> Pedro Soares de Albergaria, 2019: 75.



– pode ocorrer em qualquer fase processual,<sup>351</sup> por iniciativa do MP, excluindo-a do despacho de acusação (art. 283.º do CPP), pelo JIC, se for aberta a fase instrutória (286.º e ss do CPP) e na fase de julgamento, nos termos do n.º 2 do art. 310.º do CPP.

**VII.** A Reforma Penal de 2007 introduziu um regime importante, em termos de sindicabilidade vertical, assente na al. e) do n.º 1, do art. 449.º do CPP<sup>352</sup>, que permite a revisão de sentença quando «se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.ºs 1 a 3 do art. 126.º».<sup>353</sup>

Historicamente, pode aduzir-se que esta solução se prende com a vontade do legislador em querer traçar a distinção entre as proibições de prova e as nulidades, de tal modo que esta era uma solução que respeitava «escrupulosamente o art. 32.º, n.º 8 da Constituição e o princípio da inutilizabilidade da prova proibida, consagrado no artigo 126.º, n.º 1 do CPP».<sup>354</sup> Ademais, estará ainda em causa a adopção da Recomendação R (2000), de 02/01/2000, que convidou que os Estados, nos seus ordenamentos, adoptassem uma forma de reabertura processual nos casos em que «a violação constatada em virtude de erros ou falhas processuais é de uma gravidade tal que suscita fortes dúvidas sobre a decisão final do processo nacional».<sup>355</sup> Destarte, segundo o art. 29.º, n.º 6 da CRP, «os cidadãos injustamente condenados têm direito (...) à revisão da sentença».

Está em causa a possibilidade de recurso extraordinário, a todo o tempo, mediante apresentação de requerimento, impondo-se a conclusão de que as proibições de prova

---

<sup>351</sup> Assim também, o n.º 2 do art. 191.º (cit. nota 318), «*L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento*».

<sup>352</sup> Segundo o Ac. do STJ de 11/02/2015, (Proc. 182/13.1PAVFX.S1), Relatora Helena Moniz, «o recurso extraordinário de revisão de sentença transitada em julgado, com consagração constitucional no artigo 29.º, n.º 6, da Lei Fundamental, constitui um meio processual vocacionado para reagir contra clamorosos e intoleráveis erros judiciais ou casos de flagrante injustiça, fazendo prevalecer o princípio da justiça material sobre a segurança do direito e a força do caso julgado. Estes princípios essenciais do Estado de Direito cedem perante novos factos ou a verificação da existência de erros fundamentais de julgamento adequados a porem em causa a justiça da decisão».

<sup>353</sup> Duramente criticada por Pinto de Albuquerque, 2011: 1200-1202 e Santos Cabral, 2016: 406-407, alegando que se configura enquanto recurso ordinário encapotado que coloca em causa o princípio da segurança jurídica, reputando-o, assim, de inconstitucional. Note-se que Paulo de Sousa Mendes, 2015: 151 encontrava solução, antes da introdução da al. e), na al. d), por analogia, recorrendo, para o efeito, ao art. 4.º do CPP.

<sup>354</sup> Acta n.º 21 do Conselho da Unidade de Missão para a Reforma Penal, disponível em <https://tretas.org/ReformadoSistemadeJusti%C3%A7aPenal2007?action=AttachFile&do=get&target=Acta+21+da+Unidade+de+Miss%C3%A3o+para+a+Reforma+Penal.pdf> pp. 5-6, consultado a 05/12/2020 e na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 109/X, p. 15, cit. nota 67.

<sup>355</sup> Disponível em [http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/recomendacao\\_r\\_2000\\_2\\_do\\_comite\\_de\\_ministros.pdf](http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/recomendacao_r_2000_2_do_comite_de_ministros.pdf), p. 3 e consultado a 05/12/2020.

resistem ao caso julgado. Tal alínea não encontra solução paralela para as nulidades, nem mesmo as insanáveis, que se sanam invariavelmente com o trânsito em julgado.

**VIII.** O recurso de revisão deverá ser articulado com o recurso ordinário através da interpretação da expressão «se se descobrir», em termos de avaliar de que perspectiva esse conhecimento releva: se do tribunal, se do arguido ou se de ambos, entendendo-se, em todo o caso, que terá de ser um conhecimento posterior ao trânsito em julgado.<sup>356</sup> Dúvidas não se colocam nos casos em que nem o arguido, nem o tribunal se aperceberam da utilização de provas proibidas, mas quando o desconhecimento é do tribunal e não do arguido, que embora conhecendo, não se manifestou, retardando a alegação para a interposição do recurso em análise.

Em nosso entendimento, aquela articulação deverá ir ao encontro do âmago das proibições de prova e do fundamento do recurso de revisão. Afirmar que o recurso de revisão está vedado porque o arguido, tendo correctamente subsumido a proibição à prova obtida, não suscitou a questão ou não recorreu ordinariamente, ao abrigo de uma tática processual e de modo dilatório deve trazer cautelas.<sup>357</sup> A não ser que tal conhecimento resulte dos autos, afirmar que actuou ao abrigo de uma tática processual ou que avaliou debilmente a situação jurídica, afigura-se difícil.<sup>358</sup> Com efeito, e enquanto partidários da tese que defende que a justiça da condenação é o vector último de qualquer decisão<sup>359</sup>, parece-nos que a tónica se há-de colocar, não no arguido, mas sim no conhecimento do tribunal. Assim, se este não se pronunciou sobre o vício, então a existência de prova proibida não foi conhecida e, por isso, não foi descoberta.<sup>360</sup> Desta forma, abrir-se-á caminho para a legitimidade de interposição, pelo arguido, de recurso de revisão.

Em todo o caso, deve registar-se que, se esse conhecimento derivar dos autos, deverá, querendo, recorrer ordinariamente, sob pena do pedido se revelar manifestamente improcedente, v.g., na hipótese «em que o fundamento do recurso reside na utilização, durante a investigação, de um “agente provocador”, se esse fundamento foi precisamente

---

<sup>356</sup> Sobre o tema, v.g., Acs. do STJ, de 28/10/2009, (Proc. 40/03.8TELSB.C.S1), Relator Pires da Graça, de 26/11/2009, (Proc. n.º 193/01.4TBBERG-G.S1) e de 08/04/2010, (Proc. n.º 12749/04.4TDLSB-A.S1), Relator comum Santos Carvalho, Maia Gonçalves, 2009: 1059 e ss, Cláudio Lima Rodrigues, 2013: 13 e ss, Pereira Madeira, 2016: 1506-1510 e larga jurisprudência ali citada.

<sup>357</sup> São posições apegadas «à defesa do caso julgado e que atribui uma forte auto-responsabilidade aos restantes sujeitos processuais, com base numa ideia de estrita lealdade processual (...) querendo que ela funcione como uma válvula de escape do sistema», segundo Cláudio Lima Rodrigues, 2013: 17-18.

<sup>358</sup> Seguimos assim, de perto, João Conde Correia, 2010: 593 e ss e 601.

<sup>359</sup> *Idem*, 593 e Cláudio Lima Rodrigues, 2013: 18.

<sup>360</sup> Cláudio Lima Rodrigues, 2013: 18, nota 60. Não bastando a «mera invocação do uso de prova proibida», segundo Pereira Madeira, 2016: 1509.

invocado em anterior recurso de revisão já apreciado pelo STJ, que a negou, por manifestamente infundada»<sup>361</sup> ou na hipótese em que se tenha usado do recurso de revisão após a arguição da «nulidade» da prova e do recurso ordinário (e tendo a questão suscitada sido tratada, concluindo-se no sentido que a prova obtida não seria nula porque o agente não seria um agente provocador, mas um agente encoberto). Neste caso, o recurso ordinário é o que se afigurava como o adequado porquanto a questão já haveria sido suscitada e, por isso, não se poderia afirmar o «descobrimento» ínsito no art. 449.º, n.º 1, al e) do CPP. No entanto, mesmo após o recurso ordinário, o recurso de revisão sempre estaria vedado porquanto este presume uma «novidade», não a improcedência de recursos ordinários.<sup>362</sup>

---

<sup>361</sup> Ac. do STJ, de 25/06/2009, (Proc. 97/01.6JELSB-I.S1), Relator Maia Costa.

<sup>362</sup> Ac. do STJ, de 09/01/2013, (Proc. 709/00.9JASTB-J.S1), Relator Raul Borges.

## CAPÍTULO V – O EFEITO-À-DISTÂNCIA DA PROVA OBTIDA MEDIANTE PROVOCAÇÃO

### 1. Colocação do problema e traços gerais de Direito Comparado

I. Poder-se-á conjecturar que a actuação provocadora do agente permitiu a recolha de outros meios de prova que contribuem para a incriminação do agente, v.g., a confissão dos arguidos em audiência, a recolha de imagem e som, a vigilância dos agentes e a realização de intercepções telefónicas, que só foram alcançados por força daquela provocação. Particularizando, quando se obtém uma busca domiciliária autorizada apenas e «só porque anteriormente [o agente] tinha incitado o provocado a vender-lhe droga e espera agora encontrar uma quantidade maior na sua residência».<sup>363</sup>

Aquela que é a questão a que importa dar resposta é a de saber se esta prova secundária, que dependeu da prova primária, será também contaminada por aquela invalidade – que se traduz numa proibição de valoração – ainda que tenha possibilitado o avanço da investigação.<sup>364</sup> Estamos, pois, no campo do efeito-à-distância das proibições de prova.

II. De forma reconhecidamente lacunar, o efeito-à-distância tem a sua génese no direito norte-americano, em particular no STFEU, proclamado pela primeira vez no caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*, em 1920.<sup>365</sup> No entanto, só em 1939, aquando do caso *Nardone v. United States*,<sup>366</sup> Felix Frankfurter utilizou a paradigmática metáfora *fruit of the poisonous tree doctrine* (teoria da árvore «venenosa» e não «envenenada»). Ambos viriam a afirmar a regra de exclusão ou *exclusionary rule*, em termos de que «a prova obtida pela acusação através da violação dos direitos constitucionais do acusado, não pode ser usada contra este».<sup>367</sup> Sanciona-se a recolha de prova obtida ilicitamente, pelos OPC ou por terceiros desde que actuem sob o controlo daqueles, através da proibição da sua valoração, por força de um «imperativo de integridade judiciária»<sup>368</sup> e da violação da *Fourth Amendment* constitucional.<sup>369</sup>

---

<sup>363</sup> Alves Meireis, 1999: 234.

<sup>364</sup> Helena Morão, 2006: 545.

<sup>365</sup> *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920). Sobre o caso, Jerold Israel/Wayne LaFave, 1993: 286.

<sup>366</sup> *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).

<sup>367</sup> Ac. n.º 578/98 do TC, cit. nota 47. Sobre o tema, André Lamas Leite, 2004: 14.

<sup>368</sup> *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

<sup>369</sup> Diego Tinoco de Carvalho, 2020: 469.

Ademais, a regra foi estendida às provas reflexamente obtidas, erigindo-se, assim, o princípio do efeito-à-distância das *exclusionary rules*. Ao contrário daquilo que se poderia fazer entender, esta projecção prospectiva de efeitos nunca foi afirmada em termos absolutos, tanto que nem na origem esteve em causa uma teorização desprovida de excepções ou desvios. Destarte, em *Silverthorne* foi consagrada uma excepção ao efeito-à-distância: a *independent source exception* (excepção da fonte independente).

**III.** No que concerne ao Direito alemão, o *Fernwirkung* das proibições de prova não se coloca de forma tão linear, atento que sobre o caso do companheiro de cela<sup>370</sup> recursou-se o efeito-à-distância, com fundamento na eficácia do combate à criminalidade,<sup>371</sup> ao arripio do decidido no caso *Traube*, em 1980. Estando em causa uma escuta telefónica ilegal, o BGH afirmou o efeito-à-distância, baseando-se numa equiparação ou equivalência entre as provas directa e indirectamente obtidas por métodos ilícitos,<sup>372</sup> considerando ainda que, «à luz da Constituição não há nenhuma diferença essencial entre (...) expor-se à perseguição penal na base de meios de prova obtidos de forma imediata ou mediata».<sup>373</sup> Assim, comunicou a proibição de valoração da prova inicial às provas derivadas.

Essencialmente, parecem existir três posições sobre o *Fernwirkung*, a saber: (i) a que defende a sua existência, (ii) a que a nega e (iii) a que, em termos intermédios, apela a uma ponderação. A primeira, defendida por autores como HENKEL, OTTO e GRÜNWALD é ancorada no pressuposto de que o *Fernwirkung* é que possibilitaria «purificar o processo da nódoa (*Makel*) da ilegalidade, consumada com a violação da proibição de prova»<sup>374</sup>. A segunda orientação, seguida por MEYER, BRADLEY e SCHÄFER nega-o com base em fundamentos político-criminais, como a paralisação da actividade investigatória e o comprometimento da eficácia da justiça, em termos de afirmar que o *Fernwirkung* traduziria uma «afronta inescapável às exigências da justiça».<sup>375</sup> A terceira posição, liderada por autores como ROGALL, HANACK e, entre nós, por FIGUEIREDO DIAS, privilegia a adopção de uma ponderação de interesses, «fazendo, nomeadamente, relevar o

---

<sup>370</sup> Em Ponto 3, IV.

<sup>371</sup> Para maiores desenvolvimentos, incluindo da *common law* inglesa e dos ordenamentos brasileiro e espanhol, Helena Morão, 2006: 578 e ss.

<sup>372</sup> *Idem*.

<sup>373</sup> Costa Andrade, 2013: 181.

<sup>374</sup> Henkel, *apud* Costa Andrade, 2013: 176 e André Lamas Leite, 2004: 35.

<sup>375</sup> André Lamas Leite, 2004: 35. Sobre o tema, Costa Andrade, 2013: 172 e ss e Raquel Goldschmidt, 2020: 472-476.

interesse concreto na perseguição penal, a gravidade da violação legal, bem como a dignidade de tutela e a carência da tutela do interesse sacrificado».<sup>376</sup>

**IV.** Feitas estas considerações cumpre atentar particularmente na perspectiva do direito nacional, a saber:

- (i) No fundamento jurídico do efeito-à-distância;
- (ii) No critério atribuidor da contaminação;
- (iii) Nas exceções apontadas ao efeito.

## **2. Efeito-à-distância no direito português**

### **2.1 Fundamento legal**

**I.** O art. 18.º da CRP determina a aplicação directa das normas que reconhecem e garantem direitos, liberdades e garantias.<sup>377</sup> Com efeito, é pressuposto inarredável que estas não constituem normas que possam ter-se por «enfraquecidas, imperfeitas ou programáticas que só adquirem operacionalidade jurídica através de leis de regulamentação», de tal ordem que «os direitos, liberdades e garantias não estão, *prima facie*, dependentes de lei concretizadora».<sup>378</sup> Ademais, no momento de concretização infraconstitucional que o legislador opere está-lhe vedado o estabelecimento de normas que sejam contrárias aos direitos, liberdades e garantias, devendo, ao invés, compatibilizar o direito ordinário com aqueles.<sup>379</sup> Por esta razão, o efeito-à-distância deverá ser materializado em «normas legais probatórias reguladoras do processo penal do modo mais conforme aos direitos, liberdades e garantias constantes da Lei Fundamental».<sup>380</sup>

---

<sup>376</sup> Rogal, *apud* Costa Andrade, 2013: 100, André Lamas Leite, 2004: 36, Figueiredo Dias, 2016: 11 e Raquel Goldschmidt, 2020: 475.

<sup>377</sup> Com efeito, Augusto Silva Dias/Rui Soares Pereira, 2019: 91 ressaltam que «as nulidades de fonte constitucional não são uma novidade» porquanto se aplicam directamente, vinculando entidades públicas e privadas.

<sup>378</sup> Gomes Canotilho/Vital Moreira, 2007: 382.

<sup>379</sup> Gomes Canotilho, 1990: 95.

<sup>380</sup> Jesus Teixeira, 2014: 69. Assim também, Gomes Canotilho, 1990: 96 e Helena Morão, 2006: 599-600.

**II.** O efeito-à-distância encontra fundamento constitucional, nos termos do art. 32.º, n.º 8 da CRP. Concorrem para esta afirmação, a saber: **(i)** um argumento de coerência ou de harmonização prática, segundo o qual não faria sentido fundar as proibições de prova na Constituição e sustentar um regime jurídico autónomo, mas invocar o art. 122.º do CPP enquanto fundamento do efeito remoto, inserido sistematicamente no Título V - «Das Nulidades»,<sup>381</sup> **(ii)** literal, baseado quer no facto do n.º 1 ser considerado enquanto cláusula geral que condensa de todas as garantias do arguido<sup>382</sup> e ainda no teor do n.º 8, que preceitua que são nulas «todas as provas obtidas» sem que qualquer inciso de diferenciação seja acrescentado quanto ao imediatismo ou mediatismo das provas<sup>383</sup> e **(iii)** um argumento assente no princípio da máxima efectividade, proveniente da teoria da interpretação das normas constitucionais, que obriga o intérprete a «considerar as consequências a que conduz cada interpretação e escolher aquela que realize os fins a que a Constituição tem em vista ao prever tal norma».<sup>384</sup>

## 2.2 Critério de contaminação

**I.** De modo a aferir pela contaminação da prova imediata obtida por força do agente provocador, ter-se-á de verificar um nexo de causalidade entre aquela e o meio de prova alcançado.<sup>385</sup> Assim, deverá verificar-se um nexo de antijuridicidade ou um grau de dependência da prova mediata em relação à imediata, recorrendo-se, para o efeito, a considerações de causalidade, em termos de se verificar «um nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa entre a prova proibida e a restante prova».<sup>386</sup> De modo a se indagar daquele nexo há, pois, que proceder a uma necessária ponderação «do nexo que liga a prova proibida e a prova mediata dela resultante, de acordo com o princípio de que

---

<sup>381</sup> No seio do argumento de incoerência apresentado, assinala-se uma diferença entre o art. 32.º n.º 8 e o art. 122.º: enquanto que no primeiro vigora uma regra de exclusão régia, no segundo a primazia é dada ao aproveitamento. Ora, estando as proibições de prova teleologicamente fundadas na tutela de direitos fundamentais, outro não poderia ser o fundamento do efeito-à-distância que não um constitucional.

<sup>382</sup> Gomes Canotilho/Vital Moreira, 2007: 382 e 516. Assim também, Jesus Teixeira, 2014: 66

<sup>383</sup> Aduzido por Helena Morão, 2006: 597.

<sup>384</sup> Helena Morão, 2006: 598, Jorge Miranda, 2008: 366 e Jesus Teixeira, 2014: 65, que considera que é do n.º 1, do art. 32.º que se pode retirar o fundamento legal do efeito-à-distância. Luís Oliveira, 2017: 286, por seu lado, considera que apenas se pode retirar aquele fundamento do n.º 1 porquanto «o n.º 8 é, porém, uma mera concretização daquilo que já decorria do próprio n.º 1 (...) Ora, se o processo penal tem de assegurar todas as garantias de defesa, então, uma delas terá de ser o efeito-à-distância das proibições de prova». Destarte, segundo o Ac. do TC 198/2004, (Proc. n.º 39/04), Relator Rui Moura Ramos, o n.º 8 sublinha e torna indiscutível o direito à exclusão. No mesmo sentido, Ac. do STJ, de 12/03/2009, (Proc. 09P0395), Relator Santos Cabral.

<sup>385</sup> Assim, Ac. do TC 198/2004, cit. nota 384.

<sup>386</sup> Pinto de Albuquerque, 2011: 322 e ss.

o efeito-à-distância da produção de prova é tanto maior quanto mais grave for a proibição de prova violada». <sup>387</sup>

**II.** Ora, tal nexó foi precisamente considerado verificado no Ac. do TRP, de 04/07/2012. <sup>388</sup> Neste Aresto registou-se que, se a árvore venenosa, i.e., a actuação do agente provocado não tivesse sido plantada, não teria havido frutos. Destarte, «se foi devido à confiança gerada pelo agente provocador e à indução por este para a prática dos crimes pelos arguidos, todos os atos que se lhe seguiram e que foram objeto de vigilâncias, escutas telefónicas, recolha de som e imagem, apreensões, etc., estão indissociavelmente conexionados lógica e cronologicamente com a prévia actuação do agente provocador (...) Todos aqueles meios de prova foram diretamente desencadeados pela prova proibida, sendo esta causa necessária e determinante daqueles».

Concluindo pela subsistência daquele nexó decidiu que, uma vez cominadas de nulidade todas as provas obtidas, «deixa de haver qualquer prova dos factos dados como provados e que integrariam os elementos objetivos e subjetivos dos ilícitos criminais imputados aos arguidos, o que acarreta a impossibilidade de se concluir pela prática de qualquer crime por parte daqueles, impondo-se a sua absolvição, com a consequente revogação da decisão recorrida». Não obstante, não deixou de procurar avaliar pela interrupção do nexó causal, através da procedência de alguma excepção que permitisse a valoração da prova mediata. Vejamos que excepções são essas e de que premissas se servem para afirmar o afastamento da cominação às provas mediatas e consequente possibilidade de valoração.

### **3. Excepções ou delimitações?**

O efeito-à-distância viu-se acompanhado da particularização das circunstâncias que levavam ao afastamento do seu efeito, a saber: **(i)** *independent source exception* ou fonte independente, **(ii)** *inevitable discovery limitation* ou descoberta inevitável, **(iii)** *purged taint limitation* ou mácula ou nódula dissipada e **(iv)** a ponderação de interesses. São estas as construções interpretativas que o ordenamento português tem adoptado. <sup>389</sup>

---

<sup>387</sup> Pinto de Albuquerque, 2011: 322.

<sup>388</sup> Ac. do TRP, de 04/07/2012, (Proc. 251/06.4JAPRT.P1), Relatora Eduarda Lobo.

<sup>389</sup> Erigidas paradigmaticamente no Ac. do TC n.º 198/04, cit. nota 384, apesar de fundar o efeito nos termos do art. 122.º do CPP. Excepção não adoptada em qualquer decisão portuguesa é a *good faith exception*. Esta assenta na premissa de que a construção jurisprudencial de regras de excepção contribuiu para desincentivar a reincidência de actuações ilícitas policiais. Acontece que, nos casos em que se demonstre que a actuação



### 3.1 Fonte independente

I. Da excepção fonte independente, reconhecida pela primeira vez em 1920, em decisão redigida por Oliver Wendell Holmes Jr.,<sup>390</sup> e invocada nos casos *Wong Sun v. United States*, de 1963 e *Segura v. United States*, de 1984,<sup>391</sup> retira-se a ideia de que há um percurso probatório actual que se destaca e autonomiza totalmente do percurso anterior e inválido, permitindo que as mesmas provas possam ser igualmente obtidas.<sup>392</sup> Com efeito, tal construção «visa colocar a polícia na mesma situação em que estaria se a prova não houvesse sido obtida impropriamente».<sup>393</sup> É o que ocorre no caso de o agente encoberto promover uma busca domiciliária sem qualquer autorização judicial a casa de um arguido com o objectivo de apreender a droga aí localizada e, paralelamente, ser autorizada uma busca domiciliária por despacho da autoridade judiciária. Este último percurso, actual e lícito, não revela qualquer «relação de causalidade entre o comportamento ilícito inicial e a prova mediatemente obtida», pelo que a prova recolhida é válida.<sup>394</sup>

II. É pertinente fazer aqui uma precisão porquanto poderão afigurar-se situações em que o processo anterior proibido inspirou terminantemente a realização de um processo paralelo ou alternativo. Com efeito, a prova proveniente de um percurso independente da prova imediata e viciada só será verdadeiramente independente no sentido rigoroso e único do termo se não estiver, de modo algum, ancorada em «elementos informativos que foram utilizados após a violação do instituto das proibições de prova».<sup>395</sup> Por outras palavras, a fonte é independente se não se basear em elementos da fonte imediata. Ora, se não for esse

---

investigatória decorreu de boa fé – v.g., o polícia actuou acreditando que tinha autorização legal para proceder a uma busca – não haverá lugar à exclusão da prova. Assim, *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

<sup>390</sup> Caso cit. nota 365. Este foi o caso, enquanto precedente judicial, que constituiu «a pedra angular (...) para o arranque da doutrina *«fruit of the poisonous tree doctrine»*, segundo Jesus Teixeira, 2014: 93.

<sup>391</sup> *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963), segundo o qual *«the exclusionary rule has no application (...) when (...) the Government learned of the evidence from an independent source»* e *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984), em que «se abordou a questão de uma busca inicial sem mandado (...) mas não a própria droga, a que se seguiu uma segunda busca com mandado (baseado este numa ‘causa provável’ anterior à primeira busca) em que a droga foi efectivamente encontrada», na súmula de Jesus Teixeira, 2014: 94. Viria a ser considerado que a droga apreendida na segunda busca consubstanciava prova válida, atento que era proveniente de uma fonte independente.

<sup>392</sup> Helena Morão, 2006: 613-614, Paulo de Sousa Mendes, 2013: 221, Jesus Teixeira, 2014: 91-97, Santos Cabral, 2016: 410 e Pedro Soares de Albergaria, 2019: 71-72.

<sup>393</sup> Jeffrey Jenkins, 2009: 286.

<sup>394</sup> Ac. do STJ, de 12/03/2009, cit. nota 384. Tal excepção é consagrada expressamente no § 1.º do art. 157 do CPPB. Já a descoberta inevitável é acolhida no § 2.º.

<sup>395</sup> Acompanhamos, de perto, Jesus Teixeira, 2014: 95 nas dúvidas que levanta. Parece ser precisamente este o sentido que Helena Morão, 2006: 614 imprime à «excepção» em causa, ao exigir que «provenham de um processo de conhecimento independente e efectivo, uma vez que não há nestas situações qualquer relação de causalidade entre o comportamento ilícito inicial e a prova mediatemente obtida».

o caso, considerar a fonte como «independente» parece ser uma categorização precipitada e estar-se-á a abrir caminho para a frustração das finalidades subjacentes às proibições de prova e do efeito-à-distância.

### 3.2 Descoberta inevitável e os percursos hipotéticos de investigação

I. A descoberta inevitável distingue-se da fonte independente, desde logo por não assentar sob um percurso actual, mas hipotético, alicerçando os seus antecedentes no caso paradigmático *Nix v. Williams*, conhecido por *Williams II*.<sup>396</sup> Em causa estava um interrogatório ilegal não precedido da leitura dos *Miranda Warnings*<sup>397</sup> e que levou o arguido a confessar a localização do cadáver da vítima. O Tribunal viria a considerar que o cadáver seria inevitavelmente descoberto, através de buscas que estariam já em curso, pese embora essa revelação fosse ocorrer mais tarde. Com efeito, considerou que «quando a acusação logra estabelecer, por critérios de preponderância da prova, que determinada informação, em última análise ou inevitavelmente, teria sido descoberta por meios legais, neste caso buscas que estavam em curso, então o fundamento da dissuasão [de procedimentos ilegais] apresenta uma base tão reduzida que não impede a admissão da prova».

Para esta teorização<sup>398</sup> ter-se-á de demonstrar que uma actividade investigatória hipotética – e, portanto, não levada a cabo – iria ocorrer e que com grande probabilidade *would inevitably* alcançar o mesmo resultado, *maxime* os mesmos elementos probatórios inquinados pela actividade provocadora.<sup>399</sup>

II. São pertinentemente levantadas reservas a esta teorização. Desde logo, como alguma doutrina tem reconhecido, «num primeiro momento admite que se exclua um meio de prova que advenha de um meio de investigação ilegal e, num segundo momento, já permite que a prova possa ser valorada e admitida desde que demonstrável num plano meramente hipotético», o que, para além de constituir uma contradição, «permite deixar entrar pela

---

<sup>396</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

<sup>397</sup> «*You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law. You have the right to an attorney. If you cannot afford an attorney, one will be provided for you. Do you understand the rights I have just read to you? With these rights in mind, do you wish to speak to me?*».

<sup>398</sup> Reconhecida nos Acs. do STJ, de 12-03-2009, cit. nota 384, TRL de 13/07/2010, (Proc. 7/2/00.9JFLSB.L1-5), Relator Carlos Espírito Santo e TRP, de 04/07/2012, cit. nota 387. Doutrinariamente, é entre nós aceite por v.g., André Lamas Leite, 2004: 37 e ss, Cláudio Lima Rodrigues, 2013: 31, Costa Andrade, 2013: 316, Paulo de Sousa Mendes, 2013: 224 e Pedro Soares de Albergaria, 2019: 73-74.

<sup>399</sup> Jesus Teixeira, 2014: 98.

janela o que se proibiu de entrar pela porta».<sup>400</sup> Ademais, se a exceção em causa presume a admissibilidade de valoração de provas que seriam inevitavelmente descobertas, então os OPC deveriam, ainda que tal implicasse maior tempo e a sujeição a eventuais pressões,<sup>401</sup> dado o mediatismo que podem nortear certos casos tornados públicos, recorrer a meios de investigação lícitos, actuais e efectivos.

**III.** Os percursos hipotéticos de investigação – que representam, processualmente, a doutrina substantiva dos comportamentos lícitos alternativos – afastariam o efeito-à-distância sempre que «com base num juízo de causalidade hipotética, fosse possível afirmar que os órgãos de polícia criminal teriam, com elevado grau de probabilidade, chegado à prova secundária através de outro método de obtenção de prova, que não colidisse com as proibições de prova».<sup>402</sup>

São colocadas divergências quanto ao grau de certeza que se deve exigir ao percurso hipotético. Se no caso *Williams II* o STFEU definiu uma *preponderance of the evidence* superior a 50%, no caso *United States v. Griffin*<sup>403</sup> rejeitou a inevitabilidade da descoberta com base numa *probable cause*.<sup>404</sup> O BGH, por seu lado, entende que «é suficiente, para a admissão da valoração da prova mediata, que possa dizer-se que não se consegue demonstrar que sem a violação da lei os órgãos de polícia criminal não teriam tido acesso às provas».<sup>405</sup> Doutrinariamente, enquanto ROXIN defende um grau de probabilidade máximo, COSTA ANDRADE, em linha com BEULKE, é partidário de uma posição que defende a existência de um grau de convicção equiparado àquele que é necessário para uma condenação, defendendo uma valoração *pro reo* em situações de dúvida.<sup>406</sup>

**IV.** A fragilidade desta exceção parece-nos evidente.

Para além de comungarem das reservas feitas a propósito da descoberta inevitável, os percursos hipotéticos de investigação implicam que as proibições de prova e os seus efeitos externos se vejam a braços de uma «co-natural incerteza e, sobretudo, dos riscos político-

---

<sup>400</sup> Alinhamos, assim, de perto, com Jesus Teixeira, 2014: 99-100.

<sup>401</sup> Jesus Teixeira, 2014: 101.

<sup>402</sup> Cláudio Lima Rodrigues, 2013: 29-30.

<sup>403</sup> *United States v. Griffin*: 303 U.S. 226 (1938).

<sup>404</sup> Paulo de Sousa Mendes, 2013: 222.

<sup>405</sup> André Lamas Leite, 2004: 37-38.

<sup>406</sup> Costa Andrade, 2013: 316.

criminais inerentes a estes juízos hipotéticos, que poderiam facilitar acções ilegais e mesmo abusos do uso da força por parte da polícia». <sup>407</sup>

HELENA MORÃO segue este entendimento, reputando-o, em termos que subscrevemos, de inaceitável. Com efeito, as consequências práticas que advêm da excepção afectam aquele que é o conteúdo essencial da garantia constitucional contida no art. 32.º, n.º 8 da CRP. Ademais, a relevância dada aos processos hipotéticos de investigação traduz um incentivo ao recurso a métodos proibidos de prova, que frustra o efeito dissuasor e a função orientadora da prevenção geral, conduzindo à renúncia a meios lícitos e alternativos de investigação. <sup>408</sup>

Pelo exposto, é de negar a admissibilidade das excepções.

### 3.3 Mácula dissipada

I. Em *Nardone v. United States*, de 1939 <sup>409</sup> viriam a ser traçados os elementos de outra «excepção» ao efeito-à-distância, acolhidos em maior detalhe em *Wong Sun v. United States* de 1963, <sup>410</sup> em termos de considerar que os elementos probatórios foram obtidos «através de meios suficientemente distinguíveis dos métodos originários e que por essa via permitem expurgar a mancha resultante da primeira violação». Com efeito, a *purged taint limitation* ou mácula ou nódula dissipada determina que uma prova que derive de uma outra ilegal possa ser aceite caso «os meios de alcançar aquela representem uma forte autonomia relativamente a esta, em termos tais que produzam uma decisiva atenuação da ilegalidade precedente». <sup>411</sup>

Inserese no seio desta excepção o caso paradigmático de confissão posterior do arguido. <sup>412</sup> Conjecture-se a hipótese em que temos um arguido que foi devidamente informado e esclarecido que as provas carreadas ao processo pela actuação do agente

---

<sup>407</sup> Pinto de Albuquerque, 2011: 339.

<sup>408</sup> Helena Morão, 2006: 611-612. Assim também, Pedro Soares de Albergaria, 2019: 67 e, aparentemente, Santos Cabral, 2016: 411-413, atento que conclui, no «ponto 14» apenas pela admissibilidade de provas derivadas de processo independente e efectivo.

<sup>409</sup> Cit. nota 366.

<sup>410</sup> Cit. nota 391.

<sup>411</sup> Jesus Teixeira, 2014: 101-102. Assim também, Helena Morão, 2006: 615-618, Teresa Armenta Deu, 2009: 122 e ss, Santos Cabral, 2016: 411-412 e Pedro Soares de Albergaria, 2019: 72

<sup>412</sup> Foi esse o quadro fáctico ocorrido em *Wong Sun*, em que o suspeito, em interrogatório numa esquadra, terá proferido declarações incriminatórias, sem que tivessem sido antecedidas da leitura dos *Miranda Warnings*. Por essa razão, terá sido libertado. No entanto, acabou por retornar posteriormente à esquadra, reiterando as declarações que haveria prestado, voluntária e livremente e acompanhadas da leitura ou advertência prévia dos *Miranda Warnings*.

provocador estariam inquinadas. O arguido, se informado destas circunstâncias, poderá livremente confessar os factos, caso em que se verificará uma «limpeza do processo», dada a ocorrência de um «acontecimento superveniente, traduzido numa actuação do próprio arguido».<sup>413</sup>

Este quadro fáctico assentou no Ac. n.º 198/2004 do TC, tendo sido entendido que o co-arguido recorrente não haveria sido esclarecido da nulidade das escutas que o incriminavam, de modo a que não considerou que a confissão feita de modo livre e informado, pois «se os arguidos impugnaram a legalidade das escutas telefónicas desde a fase da instrução e o tribunal de julgamento não lhes deu razão antes da prestação de declarações auto-incriminatórias, é razoável concluir que só as prestaram por terem achado que não traziam nada de novo ao material probatório que já constava do processo: gravações, flagrante delito e apreensão de estupefacientes».<sup>414</sup>

**II.** Assim, não se poderá considerar que aquela confissão – enquanto contributo de desfavor do próprio<sup>415</sup> – tenha decorrido de um acto de vontade, *an independent act of free will*, sob pena de violação do princípio do *nemo tenetur se ipsum prodere*, que obriga à consideração de que o arguido é um sujeito processual e que não pode ser coagido a contribuir de forma activa para a sua acusação.<sup>416</sup> Diante disso, «só como expressão da sua liberdade pode alguém contribuir para a própria condenação».<sup>417</sup> Com efeito, o princípio da presunção de inocência e, em particular, o princípio da preservação da dignidade pessoal determina que «a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade».<sup>418</sup> Assim se antecipa que não acompanhamos as reservas que JESUS TEIXEIRA aduz em desfavor da «excepção» a saber: **(i)** a segunda confissão terá sido feita em termos posteriores à violação dos seus direitos de defesa, pelo que se corre o risco de esta ser prestada em «estado de reserva» e com «receio do que lhe poderia acontecer» e **(ii)** que a valoração desta arredaria o instituto das proibições de prova.<sup>419</sup>

No nosso entendimento, e em relação à última reserva apontada, não vemos como pode a «excepção» em causa traduzir um arredar do instituto das proibições de prova e do efeito-

---

<sup>413</sup> Helena Morão, 2006: 615-616.

<sup>414</sup> Helena Morão, 2012: 723.

<sup>415</sup> Costa Andrade, 2013: 121. No sentido da adesão a esta excepção foi o Ac. do TRC, de 07/10/2015, (Proc. 174/13.0GAVZL.C1), Relatora Maria José Nogueira. Também o *Tribunal Constitucional de España* adota «*la excepción de la confesión voluntaria del inculpado*». Assim, Fernando Cabello, 2018: 152-155.

<sup>416</sup> Costa Andrade, 2013: 87.

<sup>417</sup> *Idem*.

<sup>418</sup> Figueiredo Dias, 1999: 446 e ss.

<sup>419</sup> Jesus Teixeira, 2014: 106-108.

à-distância porquanto não se pode sequer considerar enquanto «excepção». Com efeito, a mácula dissipada surge com independência e autonomia, sem qualquernexo ao processo inicial em relação ao qual não se podem produzir nem valorar os elementos probatórios. Assim, não se pode pretender excepcionar o que não é excepcionável porquanto é alheio e paralelo àquele processo.

Quanto à primeira reserva, entendemos que a admissibilidade da valoração desta prova está pressuposta na liberdade e no voluntarismo com que o agente se dispôs a prestar declarações auto-incriminatórias, ainda que ocorram num momento posterior a uma auto-incriminação ou a um processo inquinado, tal como a inutilizabilidade derivada da actuação provocatória do agente para as provas mediamente obtidas por causa e na sequência daquela. Ora, se o agente se apresenta de forma livre, voluntária e esclarecida sobre a invalidade das provas obtidas atenta a subsunção aos arts. 18.º, 32.º, n.ºs 1 e 8 da CRP e arts. 125.º e 126.º, n.ºs 1 e 2, al. a) do CPP não se afigura nenhum risco de que esteja a fazê-lo por «recrear que algo lhe aconteça»; se é exigido um «*independent act of free will*» não parece ter-se por compatível um «estado de reserva».

**III.** Questão diversa são as declarações proferidas pelo arguido enquanto exercício de um direito de defesa e não enquanto forma de «limpeza do processo», como considerado na Sentença do Tribunal Judicial de Oeiras, de 5 de Março de 5/03/1993<sup>420</sup>, que considerou que a busca domiciliária constituía um fruto proibido da actuação provocadora do agente encoberto e que as declarações proferidas na audiência de julgamento pelo agente provocado também estariam inquinadas, porquanto traduziam o exercício do seu direito de defesa (dando conta de como os factos ocorreram, alegando que teria sido alvo de uma «cilada»), e não de declarações confessórias.

**IV.** Ademais, é de realçar que, a propósito da densificação que tem sido feita pelo TEDH ao *nemo tenetur se ipsum accusare*, tem sido entendido que o privilégio contra a auto-incriminação não prejudica a auto-incriminação, porquanto «ninguém está impedido de confessar ou apresentar provas contra si mesmo, desde que o faça livremente».<sup>421</sup> Com base neste pressuposto, o TEDH apreciou o caso *Gäfgen v. Alemanha*.<sup>422</sup> Concordando com a

---

<sup>420</sup> Descrita por Helena Morão, 2006: 617-618 e notas 111 e 113, onde transcreve a respectiva fundamentação da Sentença.

<sup>421</sup> Sobre o tema, Paulo de Sousa Mendes, 2019: 74-75.

<sup>422</sup> *Gäfgen v. Alemanha* (2010), Queixa n.º 22978/05. A propósito do princípio da não auto-incriminação, destaca-se a passagem «[o] direito a não auto-incriminar-se, em particular, pressupõe que a acusação num

exclusão da confissão e das restantes declarações do arguido aquando da investigação porquanto estariam viciadas por coação (136a do StPo), efectuada pelo tribunal regional de Frankfurt am Main, o TEDH rejeitou que a confissão (posterior) em julgamento estaria consequencialmente viciada. Com efeito, esta confissão teria sido antecedida do acesso a «informação qualificada», rejeitando aqui o *Fernwirkung*, mas impondo-o em relação aos primeiros elementos, enquanto remédio.

### 3.4 Ponderação de interesses

I. O recurso a uma ponderação casuística de interesses (*Abwägungslehre*) para afastar o efeito-à-distância é alcançado através da distinção entre os n.ºs 1, 2 e 3 do art. 126.º do CPP – nos termos e com os fundamentos de rejeição que procurámos explicar *supra* – sendo paradigmático a testemunhar tal entendimento o Ac. do STJ de 31/01/2008.<sup>423</sup> Assim, para alguma doutrina, o n.º 3 do art. 126.º enquanto «proibição relativa» é susceptível de balanceamento com outros direitos ou interesses considerados atendíveis.<sup>424</sup> Assim sendo, é de precisar que o agente encoberto, enquanto meio enganoso, por estar previsto nos termos do n.º 2, al. a), não estará, por princípio, a coberto de eventual ponderação, ao invés dos casos enquadráveis nos termos do n.º 3, como a hipótese de o agente encoberto entrar no domicílio do agente visado pela acção sem que esteja autorizado legalmente e sem que se possa fazer valer do consentimento excludente do mesmo número, atento que não se poderá consentir um cenário que não se está verdadeiramente a representar, atento o desconhecimento da verdadeira qualidade e finalidade do agente encoberto.

II. De forma reconhecidamente lacunar – atento que pretendemos privilegiar o espaço que a ponderação de interesses tem no seio do ordenamento português no âmbito das proibições de prova dependentes – é de referir que esta é uma posição conciliatória de grande acolhimento no seio do ordenamento alemão, devido primacialmente ao BVerGE, por ter assumido que «a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito susceptível de ser levado à balança da ponderação com os direitos

---

caso penal procure provar o seu caso contra o acusado sem recorrer a prova obtida por métodos de coerção ou opressão a despeito da vontade do acusado». O caso é analisado em João Gomes de Sousa, 2010: 31 e ss.

<sup>423</sup> Ac. do STJ de 31/01/2008, (Proc. 06P4805), Relator Carmona da Mota. Sobre o tema, Jesus Teixeira, 2014: 75 e ss, Diego Tinoco de Carvalho, 2020: 475-476 e Diogo Cipriano, 2020: 499-505.

<sup>424</sup> Segundo Miguel Teixeira de Sousa, 2020: 10, está em causa «a necessidade de ponderar o *ius puniendi* do Estado e os direitos fundamentais do arguido ou acusado ou, num plano mais geral, o interesse do Estado no combate ao crime e os direitos fundamentais dos cidadãos».

fundamentais».<sup>425</sup> Entre nós,<sup>426</sup> tendo por pano de fundo a criminalidade grave e organizada, padecente de características particulares e que motiva a colocação de desafios vários, numa fase inicial descritos, alguma doutrina tem entendido que é preciso considerar casuisticamente os valores que estão em casa, «já que os interesses da busca da verdade material e da punição dos reais culpados, em especial no âmbito dos crimes mais graves, são valores igualmente constitutivos do princípio do Estado de Direito».<sup>427</sup>

**III.** Uma orientação contrária – a que aderimos – dirá que «tal linha de argumentação contraria o conteúdo de sentido das proibições de prova e, com ele, a tutela dos direitos fundamentais bem como os próprios fundamentos do Estado de Direito», para não falar que, em termos político-criminais a aceitação do efeito-à-distância permite a «prevenção e repressão de condutas ilícitas por parte dos órgãos de investigação».<sup>428</sup>

Com efeito, parecem evidentes os riscos de incerteza e insegurança que aquela orientação potencia, dada a ausência de critérios ou orientações gerais<sup>429</sup> que poderão ficar mais ou menos permeáveis às prioridades político-criminais vigentes num determinado intervalo temporal. Por conseguinte, o enfraquecimento do efeito das proibições de prova acarreta consigo o enfraquecimento do próprio arguido e das suas garantias de defesa, onde está incluído o efeito-à-distância.

**IV.** Para além do advérbio «igualmente», constante do n.º 3 do art. 126.º do CPP, estabelecer um paralelismo com os n.ºs 1 e 2,<sup>430</sup> a introdução do inciso legal «não podendo ser utilizadas» pretendeu esclarecer a subsunção dos dois grupos éticos a um mesmo quadro normativo, não tendo o legislador ordinário feito mais do que acompanhar o que já tinha prescrito a CRP e que, em todo o caso, já o vinculava, nos termos do art.º 18.º, n.º 1.

Por outro lado, deve ter-se em atenção que o inciso «abusiva», constante do art. 32.º, n.º 8 da CRP está presente na formulação do art. 126.º, n.º 3 do CPP, pelo que dispensa uma pretensa necessidade de interpretar o número em causa em conformidade com a Constituição.<sup>431</sup> O art. 126.º, n.º 3 do CPP contém uma regra excepcional, quando ressalva da cominação definida os «casos previstos na lei», convocando o princípio da

---

<sup>425</sup> Costa Andrade, 2013: 30 e Mata-Mouros, 2011: 315.

<sup>426</sup> Por todos, Simas Santos/Leal Henriques, 2008: 672 e Maia Gonçalves, 2009: 315.

<sup>427</sup> Helena Morão, 2006: 601-602. Sobre o tema, Jesus Teixeira, 2014: 37 e Santos Cabral, 2016: 402.

<sup>428</sup> *Idem*, 580. Assim também, Mata-Mouros, 2011: 317 e Jesus Teixeira, 2014: 38 e ss.

<sup>429</sup> Diogo Cipriano, 2020: 504.

<sup>430</sup> Miguel Teixeira de Sousa, 2020: 11.

<sup>431</sup> *Idem*.



proporcionalidade para dar resposta à licitude, v.g., «se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter», nos termos do n.º 1, do art. 187.º do CPP. Assim, «a aplicação do critério de proporcionalidade surge no âmbito da exceção (que permite a intromissão na vida privada), e não na regra (que não permite essa intromissão)». <sup>432</sup>

V. Assim, não nos parece que a CRP tenha alguma vez visado a prescrição de consequências diversas para a violação daqueles números. Por estas razões, no seio do direito português, um entendimento que assente nesta ponderação parece invariavelmente ignorar que a lei, desde logo, a constitucional, em termos de proibições de prova «determina as suas consequências em termos que não apelam para uma ponderação com os valores subjectivados (...) e no interesse da realização da justiça penal». <sup>433</sup>

Ademais, o regime instituído representa uma «expressão codificada dos juízos de ponderação assumidos e sancionados pelo legislador», em cumprimento do princípio da separação de poderes, tanto que temos um regime de privilégio para a perseguição daquela criminalidade, com assento nos arts. 143.º, n.º 4, 174.º, n.º 4, al. c), 177.º, n.º 2 e 187.º, n.º 2, al. a) do CPP, pelo que «o intérprete e aplicador do direito não estão legitimados a comprometer ou a ultrapassar, a coberto de programas próprios de ponderação de interesses». <sup>434</sup>

Por outras palavras, a teorização parece fazer decair a importância das proibições de prova a favor de interesses que, embora importantes, não têm quesitos legais para afastar os efeitos que, em termos régios e externos, decorrem das proibições. Assim sendo, parece-nos que o efeito-à-distância carece de ponderação apenas ao nível de aferição do nexó de antijuridicidade, e não a uma ponderação nos termos do n.º 3. Por tal, as provas referentes aos direitos disponíveis do n.º 3 serão inutilizáveis caso tenham sido obtidas fora dos casos previstos na lei, *maxime* em violação de regimes legais de obtenção de provas ou sem o consentimento do respectivo titular prestado prévia, livre, voluntária e esclarecidamente, o que não é, por certo, o caso do agente que «autoriza», por hipótese mediante convite, a que o agente encoberto aceda ao seu domicílio.

---

<sup>432</sup> Miguel Teixeira de Sousa, 2020: 11.

<sup>433</sup> Costa Andrade, 2013: 201 e Thaman, 2013: 442.

<sup>434</sup> *Idem*, 202. Contra, Figueiredo Dias, 2016: 11 e ss.

**VI.** Parece-nos que só a fonte independente e a mácula dissipada se poderão verdadeiramente considerar enquanto (pretensas) excepções válidas ao efeito-à-distância decorrente das proibições de prova e, por inerência, da actuação provocadora levada a cabo.

No entanto, ensaia-se que tanto a fonte independente como a mácula dissipada não se poderão ver enquanto excepções ou limitações propriamente ditas ao efeito-à-distância. Destarte, HELENA MORÃO é assertiva em avançar que quer num caso quer noutro não se verifica uma quebra do nexos de imputação entre a prova imediata e a prova mediata, porquanto esta não deixa de estar associada ao comportamento ilícito inicial, *in casu*, à provocação do agente. E, em relação a esta, como procurámos demonstrar, quer a lei constitucional, quer a lei ordinária determinam uma proibição de valoração que atinge, sem distinção e regimento, elementos quer imediatos, quer mediatos, atenta a causalidade e consequencialidade verificada; pelo contrário, no seio da fonte independente ou na mácula dissipada estamos perante meios probatórios que se revelam de modo terminantemente autónomo e independente em relação ao meio enganoso e proibido, e em relação ao qual recai uma proibição de valoração. Por conseguinte, são aqueles meios, e apenas aqueles, que são susceptíveis de valoração.<sup>435</sup>

Assim, não se verifica qualquer quebra do nexos de antijuridicidade porquanto, em relação a estes, não se pode afirmar um vínculo em relação à provocação que se teria de ter por pressuposto à afirmação de se estar perante uma «excepção» ao efeito-à-distância.

---

<sup>435</sup> Helena Morão, 2006: 619.

## CONCLUSÕES

- I. A associação da contemporaneidade, quer à globalização, quer à criminalidade antecipa a entrada num campo de polarização de interesses e de uma multiplicidade de desafios. Uma vez viradas as atenções para o Processo Penal, a ele é reclamada a repressão da criminalidade, de modo a dispersar os medos que afligem a comunidade e a insegurança que a assola, atenta a sua inserção no seio da «sociedade de riscos». Destaca-se o facto de as necessidades investigatórias de prevenção e repressão criminais não reclamarem os tradicionais métodos de obtenção de prova, mas métodos com maior potencialidade probatória e, reflexamente, mais intrusivos de direitos fundamentais. Os métodos dissimulados ou ocultos, onde se inclui a acção encoberta, apesar de necessários, não dispensam o preenchimento de uma série pressupostos cuja verificação cumulativa determina a legalidade da utilização do método. Com efeito, a sua utilização não pode ser feita forma incauta apenas porque a eficácia se afigura potencialmente garantida.
- II. Na análise dos pressupostos previstos no RJAÉ não se pode olvidar que a sua consagração foi antecedida das preocupações advindas da criminalidade organizada em todo o caso vertidas nas discussões sobre a proposta de lei de que aquele regime resultou. Ademais, por força dos comandos da proporcionalidade, é de considerar que à previsão de um crime no elenco do art. 2.º deverá ser cumulada a exigência de que os indícios da sua prática estejam inseridos num contexto de gravidade e organização. Com efeito, o recurso a um método oculto com a danosidade do agente encoberto não terá tido por *background* a prevenção ou a repressão de crimes associados a delinquências desorganizadas.
- III. O agente encoberto deverá ser entendido enquanto agente de autoridade ou o particular sob o controlo daquela que procura aproximar-se e travar directamente relações ou contactos com o agente investigado, de modo a integrar-se no *milieu* criminoso e a prevenir ou a reprimir os crimes previstos no art. 2.º, mediante a obtenção de material probatório, ocultando dolosa e persistentemente a sua qualidade, intenção e, quando aplicável, identidade.
- IV. É manifesta a formulação dúbia resultante do art. 6.º do RAJE que tenderia, com recurso a uma interpretação literal, a negar a prática de actos consumados e a actuação do agente

enquanto autor imediato singular. Quanto à primeira, negar a sua comissão implicaria afirmar que o texto legal não encontrava qualquer compatibilidade diante do espírito que presidia o legislador aquando da discussão e aprovação do RJAE e com a inclusão de crimes de perigo abstracto no art. 2.º. Ademais, precipitaria a consideração de que o legislador pretendeu a consagração de um regime mais restritivo do que o anterior. Quanto à segunda, negar a autoria imediata singular corresponderia à afirmação de que o legislador, tendo presente as necessidades de prevenção e repressão de criminalidades particulares e as dificuldades de integração no *milieu*, pretendeu entorpecer o regime instituído e fulminar a acção encoberta ao fracasso.

- V.** Este método oculto contém uma dose de deslealdade que se tornará intolerável (e proibida) caso se configure num meio enganoso com o sentido teleológico do art. 126.º, n.ºs 1 e 2, al. a) do CPP. Com efeito, o agente encoberto não configura um meio enganoso por, de forma dolosa e persistente, o mesmo ocultar firmemente a sua qualidade e os seus propósitos. Um erro e um arдил usados para efeitos de instigação e condenação – verificando-se um nexo de causalidade entre a actuação instigadora do agente encoberto e o cometimento do crime pelo agente visado – não é mais aporemático.
- VI.** De forma a distinguir a actividade encoberta legal da provocatória parece-nos que se deverá atentar primacialmente para aquela que foi a actuação policial levada a cabo e a influência exercida no agente visado pela acção. Procurar encontrar-se uma pré-disposição do arguido para o crime parte de premissas frágeis que não permitem concluir pela total ausência contributiva, causal e determinante do agente encoberto para o dolo criminoso do agente visado pela acção. Assim, guiado por propósitos repressivos, a conduta do agente encoberto provocou, determinou e instigou o agente ao crime.
- VII.** A provocação, enquanto método enganoso, constitui um método proibido de obtenção de prova, o que determina a proibição de produção e de valoração da prova obtida. Assim, não poderão as provas desta forma obtidas servir de fundamento para a formação de convicção.
- VIII.** Teleologicamente assentes na tutela de direitos fundamentais, as proibições de prova, com fundamento no art. 32.º, n.º 8 da CRP, têm como efeito jurídico uma nulidade

reforçada, assente numa proibição de valoração, que torna as provas ilicitamente obtidas inutilizáveis, consequência extensível indistintamente a todos os números do art. 126.º do CPP.

- IX.** É de se concluir por uma autonomia dogmática e jurídica das proibições de prova em relação às nulidades processuais, a qual assume relevância para as consequências da provocação. Com recurso a argumentos literais e a argumentos baseados num regime processual traduzido por um silêncio propositado do legislador, o regime das proibições de prova não é ancorado no regime das nulidades processuais, de tal modo que não é de afirmar uma relação de dependência entre ambos os regimes.
- X.** A provocação constitui uma proibição de prova e esta, juntamente com os seus efeitos, traduz uma forma de defesa do arguido que surge, como qualquer método proibido de prova constante do art. 126.º do CPP, com um reforço de protecção, através da possibilidade de interposição de recurso extraordinário de revisão de decisão condenatória, transitada em julgado fundada, no todo ou em parte, com recurso à provocação, nos termos do art. 449.º, n.º 1 al. e) do CPP. A harmonização prática deste com o recurso ordinário passa pela interpretação da expressão «se se descobrir». Deverá interpretar-se na perspectiva de conhecimento do tribunal e não do arguido.
- XI.** A inutilizabilidade de provas mediatas e causais da provocação do agente não é atacada por nenhuma pretensa excepção ao efeito-à-distância. A única ponderação legalmente admissível passa pela avaliação da existência de umnexo de antijuridicidade entre a prova imediata proibida e a mediata.
- XII.** Existem duas delimitações autónomas e independentes da prova inutilizável e, por isso, lícitas e valoráveis: a fonte independente e a mácula dissipada. Só as características essenciais acopladas a estas delimitações permitirão a salvaguarda da segurança e a certeza jurídicas e preservar o núcleo essencial das proibições de prova. Em todo o caso, não estão em causa «excepções» no sentido rigoroso e único do termo.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Albergaria, Pedro Soares/Gama, António, Latas, António/Correia, João Conde/Lopes, José Mouraz/Triunfante, Luís Lemos/Dias, Maria do Carmo Silva/Mesquita, Paulo Dá/Milheiro, Tiago Caiado,  
*Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, Artigos 124.º a 190.º, Almedina.

Albrecht, Hans-Jörg,  
(2009) “Vigilância das Telecomunicações: Análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos”, in Mário Ferreira Monte (Dir.), et al. (Ed.), *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por Ocasão dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, pp. 725–743.

Albuquerque, Paulo Pinto de,  
(2011) *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora.

Almeida, Carlos Rodrigues de,  
(2004) “O Registo de Voz e de Imagem – Notas ao Artigo 6.º da Lei N.º 5/2002, de 11 de Janeiro”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, pp. 107-117.

Alves, Catarina Abegão,  
(2013) “Agente Infiltrado ou Provocador? Um Problema de Proibições de Prova à Luz do Caso Teixeira de Castro v. Portugal”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 16, Coimbra, pp. 345-390.

Ambos, Kai,  
(2009) “Las Prohibiciones de Utilización de Pruebas en el Proceso Penal Alemán. Fundamentación Teórica y Sistematización”, in *Revista de Derecho Procesal Penal*, n.º 7, 2009, pp. 1-51.

(2020) *Fundamentos de Direito Probatório em Matéria Penal*, Tirant Lo Blanch Brasil, 1.<sup>a</sup> Edição.

Andrade, Manuel da Costa,

(2009a) *Bruscamente no Verão Passado. A Reforma do Código de Processo Penal – Observações Críticas sobre uma Lei que Podia e Devia ter Sido Diferente*, Coimbra, Coimbra Editora.

(2009b) “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, Coimbra Editora, pp. 525-551.

(2010) “Escutas Telefónicas, Conhecimentos Fortuitos e Primeiro Ministro”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3962, 139, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 269-289.

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

Andrade, Vieira de,

(2004) *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina.

Antunes, Manuel António Ferreira,

(1992) “A Criminalidade Organizada: Perspectivas”, in *Polícia e Justiça – Revista do Instituto Nacional de Polícia e de Ciências Criminais*, n.ºs 3-4, Junho-Dezembro, pp. 53-74.

Armstrong, Gary/Hobbs, Dick,

(1995) “High tackles and Professional Fouls: The Policing of Soccer Hooliganism”, in *Undercover. Police Surveillance in Comparative Perspective*, Edited by Cyrille Fijnaut & Gary Max, The Hague-London-Boston, Kluwer, pp. 175-190.

Azevedo, Sérgio,

(2017) “A Segurança como Direito, Liberdade e Garantia”, in *Revista de Direito e Segurança*, Ano V, N.º 10, Julho-Dezembro, pp. 197-224.

Barbosa, Emerson Silva,

(2018) ‘‘Alguns Problemas da Verdade no Processo Penal’’, in *RDPJ*, Ano 2, N.º 3, Jan-Jun, Brasília, pp. 75-111.

Beling, Ernst,

(2009) ‘‘Las Prohibiciones de Prueba como Limite a la Averiguación de la Verdade en el Proceso Penal’’, in *Las Prohibiciones Probatorias*, Bogotá: Temis, pp. 1-56.

Bezerra, Ingrid,

(2016) ‘‘Crimes de Perigo Abstracto na Sociedade do Risco’’, in *Revista de Criminologias e Política Criminais*, Brasília, Vol. 2, N.º 1, (Jan-Jun), pp. 191-208.

Brito, José de Sousa e,

(1984) ‘‘Medida da Pena no Novo Código Penal’’, in *Boletim da Faculdade de Direito – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, Coimbra, pp. 555-588.

(2002) ‘‘Os Fins das Penas no Código Penal’’, in *Problemas Fundamentais do Direito Penal – Homenagem a Claus Roxin*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, pp. 155-175.

Brito, Maria Beatriz Seabra de,

(2018) *Novas Tecnologias e Legalidade da Prova em Processo Penal - Natureza e Enquadramento do GPS como Método de Obtenção de Prova*, Almedina.

Brito, Miguel Nogueira de,

(2017) *Introdução ao Estudo do Direito*, AAFDL, Lisboa.

Cabral, José António Henriques dos Santos/Gaspar, António da Silva Henriques/Costa, Eduardo Maia/Mendes, António Jorge de Oliveira/Madeira, António Pereira/Graça, António Pires Henriques da,

(2016) *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina.

Cabello, Fernando Alday López,

(2018) *La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita en Españã, Estudio Comparado con la Actualidad Mexicana*, Universitat de Girona. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=183192>. Consultado a 11/03/2019.



Caffarena, Borja Mapelli,

(1996) “Problemas de la Execución Penal Frente la Criminalidad Organizada”, in *La Criminalidad Organizada Ante la Justicia*, Universidade de Sevilha, pp. 53-68.

Caeiro, Pedro,

(2015) "Algumas Considerações Sobre a Dimensão Substantiva do Chamado 'Direito Penal do Inimigo' e a sua Incidência na Investigação Criminal", in *III Congresso de Investigação Criminal. Investigação Criminal - Novas Perspetivas e Desafios*, Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária / Universidade de Coimbra, pp. 125-136

Caires, João Gouveia de,

(2014) “O Registo de Som e Imagem e as Escutas Ambientais”, in *Direito da investigação criminal e da prova*, (Coord. Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes), Coimbra, Almedina, pp. 273-298.

(2019) “Métodos Ocultos na Criminalidade Económico-Financeira: Entre a (A)tipicidade e a Cumulação”, in *Julgar*, Coimbra, N.º 38 (Maio-Agosto 2019), pp. 45-84.

Cammack, Mark E.,

(2013) “The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule”, in *Exclusionary Rules in Comparative Law, Ius Gentium – Comparative Perspectives on Law and Justice*, (Org. Stephen C. Thaman), Vol. XX, Springer, pp. 2-32.

Canotilho, J. J. Gomes,

(1990) “Anotação ao Acórdão N.º 70/90 do Tribunal Constitucional”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, N.º 3792 (Ano 123), pp. 89-96.

(2003) *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina.

Canotilho, J. J. Gomes/Moreira, Vital,

(1991) *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra.

(2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra.

Carlos, André/Friede, Reis,

(2014) *Aspectos Jurídico-operacionais do Agente Infiltrado*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

Carvalho, Américo Taipa de,

(2008) *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais Teoria Geral do Crime*, Coimbra Editora.

Carvalho, Diego Tinoco de,

(2020) ‘‘A Prova Ilícita Obtida por Particulares’’, in *Novos Desafios da Prova Penal* (Coord. Paulo de Sousa Mendes/Rui Soares Pereira), Almedina, pp. 453-485.

Castrilho, Urbano,

(2003) *La Prueba Ilícita Penal – Estudio Jurisprudencial*, 3.<sup>a</sup> edição, Navarra: Editorial Aranzadi.

Cipriano, Diogo,

(2020) ‘‘Prova Comparada: o Caso Liechtenstein LGT (2008), in *Novos Desafios da Prova Penal* (Coord. Paulo de Sousa Mendes/Rui Soares Pereira), Almedina, pp. 487-532.

Conde, Muñoz,

(1998) ‘‘La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal’’, in *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N<sup>o</sup> 1, pp. 63-98.

Conde, Muñoz/Arán, García,

(2000) *Derecho Penal – Parte General*, 4.<sup>a</sup> Ed., Tirant to Blanch, Valência.

Cordero, Isidoro Blanco/Paz, Isabel García de,

(2000) ‘‘Principales Instrumentos Internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) Relativos al Crimen Organizado: la Defenición de la Participación en una Organización Criminal y los Problemas de Aplicación de la Ley Penal en el Espacio’’ in *Revista Penal*, Universidad de Castilha – La Mancha, N.<sup>o</sup> 6, pp. 3-14.

Correia, João Conde,

(2006) ‘‘A Distinção entre Prova Proibida por Violação dos Direitos Fundamentais e Prova Nula Numa Perspectiva Essencialmente Jurisprudencial’’, in *Revista do CEJ*, N.º 4, 1.º Semestre, pp. 175-202.

(2007) ‘‘ Questões Práticas Relativas à Utilização de Diários Íntimos Como Meio de Prova em Processo Penal’’, in *Revista do CEJ*, N.º 6, 1.º semestre, pp. 139-160.

(2010) *O Mito do Caso Julgado» e a Revisão Propter Nova*, Coimbra Editora.

(2014) ‘‘Prova Digital: as Leis que Temos e a Lei que Devíamos Ter’’ in *Revista do Ministério Público*, N.º 139, Julho-Setembro, pp. 29-59.

Costa, António Manuel de Almeida,

(2017) *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Comparticipação em Direito Penal*. Tomo II, Almedina. Reimpressão de 2014.

Costa, Eduardo Maia,

(2000) ‘‘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, n.º 81, pp. 155-174.

(2003) ‘‘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, n.º 93, pp. 161-172.

(2014) ‘‘Acções Encobertas (Alguns Problemas, Algumas Soluções)’’, in AA.VV., *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra: Coimbra Editora.

Costa, Joana,

(2011) ‘‘O Princípio do *Nemo Tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem’’, in *Revista do Ministério Público*, n.º 128, Outubro-Dezembro, pp. 117-183.

Costa, José de Faria,

(1992) ‘‘O Branqueamento de Capitais: Algumas Reflexões à Luz do Direito Penal e da Política Criminal’’, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, n.º 68, pp. 59-86.

(2000) *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, (Reimpressão).

(2015) *Noções Fundamentais de Direito Penal*, Coimbra Editora.

Costa, José Neves da,

(2013) “Do Aproveitamento em Processo Penal das Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, n.º 16, Coimbra, pp. 295-344.

(2019) “Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares”, in *Prova Penal Teórica e Prática*, (Coord. Paulo de Sousa Mendes/Rui Soares Pereira), Almedina, pp. 159-194.

Crespo, Eduardo Demetrio,

(2017) “A Metamorfose do Direito Penal do Estado de Direito”, in *Católica Law Review*, Vol. I, N.º 3, Novembro, pp. 71-89.

Cueva, Lucas Murillo de la,

(2007) “Perspectivas del Derecho a la Autodeterminación Informativa”, in *Revista de Internet, Derecho y Política*, N.º 5, pp. 18-32.

Cuevas, Kennedy Marie,

(2019) Evaluation Of Confidential Informant Programs In Legal Settings: Why Do 10 When You Can Send A Friend?” in *Electronic Theses and Dissertations*, University of Mississippi, disponível em <https://egrove.olemiss.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2919&context=etd>. Consultado a 18/11/2020.

Cunha, José Damião da,

(2006) “Dos Meios de Obtenção da Prova Face à Autonomia Técnica e Tática dos Órgãos de Polícia Criminal”, in *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, (Coord. Manuel Guedes Valente), Almedina, pp. 62-80.

(2017) *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Universidade Católica.

Deu, Teresa Armenta,

(2011) *La Prueba Ilícita: Un estudio Comparado*, 2.ª edição, Madrid: Marcial Pons.

Dias, Augusto Silva,

(2016) *Crimes Culturalmente Motivados - O Direito Penal Ante a Estranha Multiplicidade Das Sociedades Contemporâneas*, Almedina.

Dias, Augusto da Silva/Pereira, Rui Soares,

(2018) *Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Prévios ao Inquérito e de Fases Administrativas Preliminares no Processo Penal*, Almedina.

Dias, Augusto da Silva/Ramos, Vânia Costa,

(2009) *O Direito à Não Auto-inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Dias, Jorge de Figueiredo,

(1983) "Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilicitude e a Culpa", in *Jornadas de Direito Criminal I*, (Org. Centro de Estudos Judiciários), pp. 41-83.

(1988) *Direito Processual Penal*, Lições coligidas por Maria João Antunes, Polic., Coimbra.

(1996) "Do Princípio da Objectividade ao Princípio da Lealdade do Comportamento do Ministério Público no Processo Penal", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, N.º 3860, Coimbra, pp. 344-350.

(2001) *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, Coimbra.

(2008) "A Criminalidade Organizada: do Fenómeno ao Conceito Jurídico-Penal", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*, V. 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 11-30.

(2009) "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*, (Coordenação Mário Ferreira Monte et.al.), Escola de Direito da Universidade do Minho, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 805-819.

(2012) *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora.

(2016) "Revisitação de Algumas Ideias-mestras da Teoria das Proibições de Prova em Processo Penal (Também à Luz da Jurisprudência Constitucional Portuguesa)", in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 146.º, N.º 4000, Setembro-Outubro, pp. 3-16.

Ela, Beth,

(1974) “Criminal Law-Entrapment-Predisposition of Defendant Crucial Factor in Entrapment Defense”, in *Cornell Law Review*, Vol. 59, pp. 546-568.

Fernandes, Hélène,

(2011) “O Direito Penal do Inimigo: Reconfiguração do Estado de Direito?”, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/84854/2/24705.pdf>. Consultado a 07/01/2019.

Ferreira, Cavaleiro de,

(1987) *Lições de Direito Penal*, Editorial Verbo, 2.<sup>a</sup> Edição.

Galantini, Novella,

(1992) *L’Inutilizzabilità della Prova nel Processo Penale*, 1.<sup>a</sup> Ed., Padova, Cedam.

Garcia, M. Miguez/Rio, J. M. Castela,

(2018) *Código Penal, Parte Geral e Especial*, 2.<sup>a</sup> Edição, Almedina.

Garcia, Elena Martínez,

(2003) *Eficacia de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal*, Valência.

Gaspar, António Henriques,

(2004) “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, pp. 43-53.

Gayraud, Jean-François,

(2012) *A Fraude e a Criminalidade Organizada na União Europeia*, Observatório de Economia e Gestão de Fraude, disponível em <https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2013/05/wp010.pdf>. Consultado a 11/11/2020.

Giannelli, Paul,

(1997) “Entrapment”, in *Faculty Publications*, Faculty of Law, Case Western Reserve University, pp. 1-8. Disponível em [https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://search.yahoo.com/&httpsredir=1&article=1320&context=faculty\\_publications](https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://search.yahoo.com/&httpsredir=1&article=1320&context=faculty_publications). Consultado a 18/01/2019.

Goldschmidt, Raquel,

(2020) “A Regulação dos Mercados Financeiros e Processo Penal: Informações Obtidas pelas Entidades Administrativas e a sua Admissibilidade Probatória em Processo”, in *Novos Desafios da Prova Penal* (Coord. Paulo de Sousa Mendes/Rui Soares Pereira), Almedina, pp. 533-592.

Gomes, Luiz Flávio,

(2007) *Direito Penal: Parte Geral*, Vol. 2., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Gomes, Márcio Schlee,

(2017) “Discurso sobre Verdade, Certeza e Dúvida no Tribunal de Júri”, in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, N.º 82, Jan-Abr, pp. 15-34.

Gonçalves, Fernando/Alves, Manuel João

(2009) *A Prova do Crime; Meios Legais para a sua Obtenção*, Almedina.

Gonçalves, Fernando/Valente, Manuel Monteiro Guedes/Alves, Manuel João,

(2001) *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado – Comentado e Anotado – Legislação Complementar*, Coimbra, Almedina.

Gonçalves, Maia,

(2009) *Código de Processo Penal – Anotado e Legislação Complementar*, Almedina, 17.<sup>a</sup> Edição.

Gonzalez-castell, Adán Carrizo,

(2009) “El Agente Infiltrado en España y Portugal – Estudio Comparado a la Luz de las Garantías de los Principios Constitucionales”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa – Interferências e Ingerências Mútuas*, (Coord. Manuel Guedes

Valente), Centro de Investigação do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Almedina, pp. 185-219.

Gössel, Karl-Heinz,

(2007) *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, Tomo I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzioni Editores.

Hassemer, Winfried,

(2004) “Processo Penal e Direitos Fundamentais”, in *Jornadas de Processo Penal e Direitos Fundamentais*, (coord. Maria Fernanda Palma e tradução por Augusto Silva Dias), Almedina, pp. 16-25.

Healey, Tim,

(1978) *Grandes Espiões*, Mem Martins: Publicações Europa-América.

Israel, Jerold/LaFave, Wayne,

(1993) *Criminal Procedure, Constitutional Limitations in a Nutshell*, West Academic Publishing.

Jakobs, Günther/Canio Melliá, Manuel,

(2003) *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Thomson Civitas.

Jenkins, Jeffrey,

(2009) *American Courts – A Procedural Approach*, Jones and Bartletts Publishers, LLC, Sudbury, MA.

Jesus, Damásio de,

(2011) *Direito Penal, Parte Geral*, 32.<sup>a</sup> Edição, Editora Saraiva.

Justo, Ana Rita de Melo,

(2006) “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, n.º 3, pp. 497-512.



Krey, Volker F.,

(2001) “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, n.º 290, Braga, pp. 209-228.

Lafayette, Alexandre/Pereira, Víctor de Sá,

(2014) *Código Penal Anotado e Comentado*, Quid Juris.

Leite, André Lamas,

(2004) “As Escutas Telefónicas – Algumas Reflexões em Redor do seu Regime e das Consequências Processuais Derivadas da Respectiva Violação”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, A.1, pp. 9-58.

Lord, Kenneth M.,

(1998) “Entrapment and Due Process: Moving Toward a Dual System of Defenses”, in *Florida State University Law Review*, Vol. 25, N.º 3, pp. 463-518. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/217315971.pdf> e consultado a 08/12/2020.

Lopes, José Mouraz,

(2006) “O Crime Económico Fiscal e o Processo Penal”, in *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, (Coord. Manuel Guedes Valente), Almedina, pp. 143-152.

(2017) *Manual de Gestão para a Investigação Criminal no Âmbito da Criminalidade Organizada, Corrupção, Branqueamento de Capitais e Tráfico de Estupefacientes*, Camões - Instituto da Cooperação e da Língua, I.P, disponível em [https://www.paced-paloptl.com/uploads/publicacoes\\_ficheiros/paced\\_manual\\_investigacaocriminal\\_jml\\_vf.pdf](https://www.paced-paloptl.com/uploads/publicacoes_ficheiros/paced_manual_investigacaocriminal_jml_vf.pdf). Consultado a 19/11/2020.

Loureiro, Joaquim,

(2007) *Agente Infiltrado? Agente Provocador! Reflexões sobre o 1.º Acórdão do T.E.D. Homem – 9.Junho.1998, Condenação do Estado Português*, Coimbra, Almedina.

Loureiro, Nuno Miguel,

(2015) “A Responsabilidade Penal do Agente Encoberto”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 36º, n.º 142, pp. 79-120.

Maillard, Jean de,

(1995) *Crimes e Leis*, Instituto Piaget, Lisboa.

Martín, Luis Gracia,

(2005) “El Trazado Histórico Iusfilosófico y Teórico-político del Derecho Penal del Enemigo” in Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra: Aranzadi, pp. 447-492.

Martins, Lourenço,

(1984) *Droga; Prevenção e Tratamento; Combate ao Tráfico*, Livraria Almedina, Coimbra.

(2007) “Luta Contra o Tráfico de Droga – Necessidades da Investigação e Sistema Garantístico” in *Revista do Ministério Público*, Ano 28, N.º 111, 2007, pp. 37-55.

Mata-Mouros, Fátima,

(2000) “Infiltrados Fora da Lei”, in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, N.º 18, pp. 57-65.

(2001) “O Agente Infiltrado”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 22º, N.º 85, pp. 105-120.

(2011) *Juiz das Liberdades - Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Almedina.

Meireis, Manuel Augusto Alves,

(1999) *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra, Almedina.

(2006) “Homens de Confiança”. Será o Caminho?”, in *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, Coordenação Manuel Monteiro Guedes Valente, Almedina, pp. 81-101.

Meireles, Mário Pedro Seixas,

(2020) *Da Associação Criminosa à Criminalidade Organizada – No Ordenamento Jurídico-Penal Português*, Gestlegal.

Mendes, Oliveira/Cabral, José António Henriques dos Santos/Gaspar, António da Silva Henriques/Costa, Eduardo Maia/Madeira, António Pereira/Graça, António Pires Henriques da,

(2016) *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina.

Mendes, Paulo de Sousa,

(2004) “As Proibições de provas no processo penal”, in *Jornadas de Processo Penal e Direitos Fundamentais*, (Coord. Maria Fernanda Palma), Almedina, 2004, pp. 133-154.

(2013) “A Questão do Aproveitamento Probatório das Declarações Processuais do Arguido Anteriores ao Julgamento”. Disponível em [http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias\\_e\\_Eventos/Sousa\\_Mendes\\_Aproveitamento\\_das\\_declaracoes\\_do\\_arguido\\_anteriores\\_ao\\_julgamento.pdf](http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/Sousa_Mendes_Aproveitamento_das_declaracoes_do_arguido_anteriores_ao_julgamento.pdf). Consultado a 02/11/2020.

(2015) *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina.

(2019) “O Princípio do Processo Equitativo na Jurisprudência do TEDH”, in *Revista de Estudios Europeos*, n.º Extraordinário Monográfico, pp. 66-78. Disponível em <http://www.ree-uva.es/images/numeros/2019-1/2019-em-1-66-78.pdf>. Consultado a 03/05/2019.

Miranda, Jorge,

(2005) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Universidade Católica Editora.

(2008) *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 4.ª Edição, Coimbra Editora.

Monte, Mário Ferreira,

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

(2004) “O Registo de Voz e de Imagem no Âmbito do Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira – Lei N.º 5/2002, de 11 de Janeiro”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, pp. 79-106.

Morais, Pedro Jacob,

(2020) “Análise Crítica do Direito Penal do Inimigo: Descrição, Crítica ou Proposta?”, in *Em torno do Direito Penal do Inimigo*, Coimbra, pp. 395-410.

Morão, Helena,

(2006) ‘‘O Efeito-à-distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português’’, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, (Director Jorge de Figueiredo Dias), Ano 16, n.º 4, Out.-Dez., Coimbra Editora, pp. 575-620.

(2012) ‘‘O Efeito-à-distância das Proibições de Prova e Declarações Confessórias – O Acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o Argumento ‘‘The Cat Is Out of the Bag’’’’, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, N.º 4 (Out.-Dez.), pp. 689-726.

(2014) *Autoria e Execução Comparticipadas*, Almedina.

Morello, Michele,

(2000) *Il Nuovo Processo Penale – Parte Generale*, Pádova.

Neves, Rita Castanheira,

(2011) *As Ingerências nas Comunicações Eletrónicas em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

Novais, Jorge Reis,

(2010) *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora.

(2014) *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora.

Nucci, Guilherme de Souza,

(2010) *Código Penal Comentado*, 10.ª Edição, Editora Revista dos Tribunais.

Nunes, Duarte Rodrigues,

(2015) *O Problema da Admissibilidade dos Métodos ‘‘Ocultos’’ de Investigação Criminal como Instrumento de Resposta à Criminalidade Organizada. Contributo para uma Adequação do Direito Português às Exigências de uma Resposta Eficaz à Criminalidade Organizada em Matéria de Utilização de Métodos ‘‘Ocultos’’ de Investigação Criminal*, Tese de Doutoramento em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

(2018) *Os Meios de Obtenção de Prova Previstos na Lei do Cibercrime*, Gestlegal.

Oliveira, Ana Catarina Martins,

(2019) “Autoria e Participação Criminosa nos Crimes Relativos a Estupefacientes. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual”, in *Autoria e Participação – Tráfico de Estupefacientes*, Trabalhos do 2.º Ciclo do 32.º Curso, Abril, Centro de Estudos Judiciários, pp. 11-48. Disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb\\_TraficoE](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_TraficoE). Consultado a 27/11/2019.

Oliveira, Luís,

(2017) “Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, (Coord. Teresa Pizarro Beleza/Frederico Lacerda da Costa Pinto), Almedina, pp. 257-290.

Oneto, Isabel,

(2005) *O Agente Infiltrado – Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*, Coimbra, Coimbra Editora.

Palma, Maria Fernanda,

(1990) *A Justificação por Legítima Defesa como Problema de Delimitação de Direitos*, Vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

(2004) “O Problema Penal do Processo Penal”, in *Jornadas de Processo Penal e Direitos Fundamentais*, (Coord. Maria Fernanda Palma), Almedina, pp. 41-53.

(2006) *Da Tentativa Possível em Direito Penal*, Almedina.

(2017) *Direito Penal Conceito Material de Crime, Princípios e Fundamentos. Teoria da Lei Penal: Interpretação, Aplicação no Tempo, no Espaço e Quanto Às Pessoas*, AAFDL.

(2018) *Direito Penal Parte Geral – A Teoria Geral da Infracção como Teoria da Decisão Penal*, AAFDL Editora.

Patrício, Rui,

(2003) “Crimes de Perigo (Breves notas, a propósito do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de Abril de 1999)”, in *Casos e Materiais de Direito Penal*, Almedina, pp. 351-360.

Paz, Isabel Sánchez García de,

(2006) *La Criminalidad Organizada – Aspectos Penales, Procesales, Administrativos y Policiales*, Madrid, Dykinson S.L.

Pellucci, Frederico,

(2020) ‘‘A Actuação dos Agentes Encobertos e Infiltrados nos Canais Abertos e Fechados de Comunicação em Ambiente Informático-Digital’’, in *Novos Desafios da Prova Penal* (Coord. Paulo de Sousa Mendes/Rui Soares Pereira), Almedina, pp. 235-275.

Pereira, Rui,

(2004) ‘‘O Agente Encoberto na Ordem Jurídica Portuguesa’’, in *Medidas de Combate  Criminalidade Organizada e Econmico-Financeira*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, pp. 11-41.

Pereira, Rui Carlos,

(1996) ‘‘O Consumo de o Tráfico de Droga na Lei Penal Portuguesa’’, in *Revista do Ministério Público*, N. 65, pp. 59-76

Pereira, Rui Soares,

(2019) ‘‘O Acesso (Unilateral e Sem Recurso a Mecanismos de Cooperação Judiciária Internacional) a Dados Armazenados em Sistemas Informáticos Localizados no Estrangeiro’’, in *Revista de Estudios Europeos*, n. Extraordinário Monográfico, pp. 246-273. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7109709>. Consultado a 03/05/2019.

Pereira, Sandra,

(2017) ‘‘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/Frederico Lacerda da Costa Pinto), Almedina, pp. 137-159.

Perz-Barber, Gabriel,

(2020) ‘‘Liberdade Probatória e Reserva de Lei: ‘Auto-determinação Informacional’ como Direito Fundamental do Acusado’’, in *Fundamentos de Direito Probatório em Matéria Penal*, São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, pp. 15-40.

Pinto, António Tolda,

(2001) *A Tramitação Processual Penal*, Coimbra Editora.

Pinto, Frederico de Lacerda da Costa,

(2013) *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Tomo I e II, Almedina.

Ramalho, David Silva,

(2017) *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Almedina.

(2018) “A Recolha de Prova Digital Através de Pesquisas Informáticas Transfronteiriças”, in *O domínio do Imaterial: Prova Digital, Cibercrime e a Tutela Penal de Direitos Intelectuais*, (Org. Centro de Estudos Judiciários), pp. 55-69. Disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb\\_ProvaDigital.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_ProvaDigital.pdf). Consultado a 03/05/2019.

Ramos, Vânia Costa,

(2017) “Novos Problemas em Matéria de Proibições de Prova – A Dimensão Internacional – Regras de Exclusão da Prova Obtida em Violação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, in *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. II, *Stvdia Ivridica* 109, pp. 739-773.

(2019) “Notas Sobre os Novos Desafios da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal”, in *Revista de Estudios Europeus*, N.º Extraordinário Monográfico, pp. 184-205. Disponível em <http://www.ree-uva.es/>. Consultado a 03/05/2019.

Re, Richard M.,

(2014) “The Due Process Exclusionary Rule”, in *Harvard Law Review*, Vol. 127, n.º 7, pp. 1893-1945. Disponível em [http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/05/vol127\\_re.pdf](http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/05/vol127_re.pdf). Consultado a 11/01/2019.

Reyes, Gladis Proaño,

(2018) “La Necesidad de Incorporar Al Agente Encubierto Cibernético en la Legislación Ecuatoriana”, in *Iuris Dictio* 22, disponível em <https://www.doaj.org/article/01c668d2bb144c69b6ecafd16da3fae6>. Consultado a 08/01/2019.

Rio, Josué Justino do, / Gênova, Jairo José,

(2013) “Direito Penal do Inimigo Sob a Perspectiva dos Direitos Humanos num Estado Democrático de Direito”, in *RIDB*, Ano 2, N.º 8, disponível em [https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/08/2013\\_08\\_08709\\_08734.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/08/2013_08_08709_08734.pdf). Consultado a 22/12/2020.

Rocha, João Luís de Moraes,

(1994) *Droga - Regime Jurídico: Legislação Nacional Anotada: Diplomas Internacionais*, Livraria Petrony, Lisboa.

Rodrigues, Anabela Miranda,

(2006) “Globalização, Democracia e Crime”, in *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, (coord. Manuel Guedes Valente), Almedina, pp. 17-57.

Rodrigues, Benjamin Silva,

(2010) *Da Prova Penal - Tomo II Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, Rei dos Livros.

Rodrigues, Cláudio Lima,

(2013) *Das Proibições de Prova no Âmbito do Direito Processual Penal – O Caso Específico das Proibições de Prova no Âmbito das Escutas Telefónicas e da Valoração da Prova Proibida Pro Reo*, disponível em [https://verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues\\_proibicaoapproveascutas.pdf](https://verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_proibicaoapproveascutas.pdf). Consultado a 11/01/2019.

Rodrigues, José Narciso da Cunha,

(1994) “O Sistema Processual Penal Português”, in *Polícia e Justiça*, n.ºs 6-7, Dezembro 1993-Junho-1994, Lisboa, pp. 13-30.

Roth, Jessica A.,

(2014) “The Anomaly of Entrapment”, in *Washington University Law Review*, Vol. 91, pp. 981-1033, disponível em [https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6082&context=law\\_lawreview](https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6082&context=law_lawreview). Consultado a 03/02/2020.



Roxin, Claus,

(1997) *Derecho Penal, Parte General Tomo I – Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, (Trad. Diego-Manuel Peña/Miguel García Conlledo/ Javier Remesal), Civistas.

(2000) *Derecho Procesal Penal* (Trad. da 25.<sup>a</sup> Ed. alemã por Gabriela Córdoba/Daniel Pastor), Buenos Aires: Editores del Puerto.

(2014) *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales Formas de Aparición del Delito*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid.

Ruaro, Regina Linden,

(2015) ‘‘Privacidade e Autodeterminação Informativa - Obstáculos ao estado de Vigilância?’’, in *Arquivo Jurídico – Revista Jurídica Eletrónica da Universidade Federal do Piauí*, Vol. II, N.º 1, Jan-Jun, pp. 41-60.

Sanchez, Juan Muñoz,

(1995) *La Moderna Problemática Jurídico Penal del Agente Provocador*, Valência.

Santos, Cláudia,

(2001) *Crime de Colarinho Branco (Da Origem do Conceito e a sua Relevância Criminológica à Questão da Desigualdade na Administração da Justiça Penal*, Coimbra Editora.

Santos, Simas/Henriques, Leal,

(2008) *Código de Processo Penal Anotado – Vol I*, Rei dos Livros, 3.<sup>a</sup> Edição.

Scholl, Louis,

(1989) ‘‘La Provocation Policière en Droit American’’ in *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Bruxelas, (Agst-Set.-Out.), pp. 809-825

Silva, Daniel,

(2013) ‘‘Ações Encobertas no Estado de Direito Democrático’’, in *Investigação Criminal n.º 5 – Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*, Lisboa, pp. 35-61.

Silva, Germano Marques da,

- (1994) “Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos – Os Princípios Democrático e da Lealdade em Processo Penal”, in *Direito e Justiça*, Vol. VIII, Tomo 2, pp. 27-34.
- (2003) “Meios Processuais Expeditos no Combate ao Crime Organizado (A Democracia em Perigo?)”, in *Direito e Justiça*, Vol. XVII, pp. 17-31.
- (2005) “A Criminalidade Organizada e a Investigação Criminal”, in *I Congresso de processo penal - Memórias*, Coordenação Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra, Almedina, pp. 397-414.
- (2006a) “Produção e Valoração da Prova em Processo Penal”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 1.º Semestre, N.º 4, pp. 37-53.
- (2006b) “Novos Desafios do Processo Penal”, in *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, (Coord. Manuel Guedes Valente), Almedina, pp. 295-309.
- (2010), *Curso de Processo Penal*, Vol. II, Verbo.
- (2012) *Direito Penal Português – Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora.
- (2013) *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais, Sujeitos Processuais e Objecto*, Universidade Católica Editora.

Silva, Sandra Oliveira e,

- (2007) *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*, Coimbra Editora.
- (2011) “Legalidade da Prova e Provas Proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4, pp. 545-591.

Sousa, Capelo de,

- (1995) *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora.

Sousa, João Gomes de,

- (2010) “Em Busca da Regra Mágica O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Universalização da Regra de Exclusão da Prova - O Caso Gäfgen v. Alemanha”, in *Revista Julgar* - N.º 11, (Maio-Agosto), pp. 21-39.

Sousa, Miguel Teixeira de,

- (2020) *A Prova Ilícita em Processo Civil: Em Busca das Linhas Orientadoras*, disponível em <https://lisboa.academia.edu/MiguelTeixeiradeSousa> e consultado a 22/12/2020.

Sousa, Paulo Pinto de,

(2010) “Acções Encobertas. Meio Enganoso de Prova? Agente Infiltrado e Agente Provocador. Outras questões”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 14, Lisboa, Almedina, pp. 231-247.

Sousa, Susana Aires de,

(2003) “Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões” in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1207-1235.

(2017) “Contratado Para Matar: O Início da Tentativa em Situações de Aliciamento (Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Fevereiro de 2016)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 27.º, N.º 1, pp. 181-220.

(2019) “Ações Encobertas (E Outras Figuras Próximas) na Investigação da Criminalidade Económico-Financeira”, in *Revista Julgar*, N.º 38, pp. 31-44.

Souza, Marllon,

(2015) *Crime Organizado e Infiltração Policial – Parâmetros para a Validação da Prova Recolhida no Combate às Organizações Criminosas*, São Paulo, Atlas.

Stariene, Lijara,

(2009) “The Limits of the Use of Undercover Agents and the Right to a Fair Trial Under Article 6(1) of the European Convention on Human Rights”, in *Mykolas University*, pp. 264-383. Disponível em <https://www.mruni.eu/upload/iblock/2d7/15stariene.pdf>. Consultado a 12/02/2019.

Thaman, Stephen C.,

(2011) “Constitutional Rights in the Balance: Modern Exclusionary Rules and the Toleration of Police Lawlessness in the Search for Truth”, in *University of Toronto Law Journal*, Vol. 61, pp. 691-735.

(2013) *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Dordrecht: Springer.

Turner, Jenia L.,

(2014) “The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law”, in *SMU Law Review*, Vol. 67, Article 13, pp. 821-833. Disponível em <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=smulr>. Consultado a 03/02/2020.

Teixeira, António de Jesus,

(2014) *Os Limites do Efeito-à-distância nas Proibições de Prova no Processo Penal Português*, Universidade Católica Editora.

Triunfante, Luís de Lemos,

(2003) *Regime Jurídico da Investigação Criminal Comentado e Anotado*, 3.<sup>a</sup> Edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra.

(2004) *Dos Órgãos de Polícia Criminal. Natureza, Intervenção, Cooperação*, Coimbra, Almedina.

(2006) “Terrorismo e Processo Penal: Uma Relação Amarga(?)!”, in *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, (Coord. Manuel Guedes Valente), Almedina, pp. 157-192.

(2009) *Teoria Geral do Direito Policial*, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina.

(2018) “Admissibilidade e Validade da Prova na Decisão Europeia de Investigação”, in *Julgar Online*, Abril, pp. 1-34.

Tonini, Paolo,

(2002) *A Prova no Processo Penal Italiano*, (Tradução de Alexandra Martins/Daniela Mróz), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Tonini, Paolo/Conti, Carlotta,

(2012) *Il Diritto delle Prove Penali*, 1<sup>a</sup> Ed., Milano, Giuffrè.

Varela, João Athayde,

(2015) *Os Limites de Punibilidade em Sede de Autoria*, Coimbra Editora, Coimbra.

Valente, Manuel Monteiro Guedes,

(2001) *Lei e Crime - O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador - Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra, Almedina.

Veiga, Raul Soares da,

(2004) “O juiz de Instrução e a Tutela dos Direitos Fundamentais”, in *Jornadas de Processo Penal e Direitos Fundamentais* (Coord. Maria Fernanda Palma), Almedina, pp. 183-220.

Vieira, Gustavo Fonseca,

(2020) “Uma Abordagem Processual Penal do Regime Jurídico das Ações Encobertas”, Vol. I. Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/90339/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>

Consultado a 12/11/2020.

Weiblen, Fabrício Pinto,

(2020) “O Uso de Dispositivo de Localização por GPS como Meio de Obtenção de Prova no Processo Penal Brasileiro” in *Novos Desafios da Prova Penal*, (Coord. Paulo de Sousa Mendes/Rui Soares Pereira), Almedina, pp. 181-233.

Whelan, Maura F.J,

(1985) “Lead Us Not Into (Unwarranted) Temptation: a Proposal to Replace the Entrapment Defense with a Reasonable-Suspicion Requirement”, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 133, pp. 1193-1230.

Zaffaroni, Eugenio Raúl,

(1996) “Impunidad del Agente Encubierto y del Delator: una Tendencia Legislativa Latinoamericana”, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 67, Toulouse, pp. 725-738.

## JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

### § Tribunal Constitucional:

- Ac. n.º 7/87, (Proc. n.º 302/86), Relator Mário de Brito.
- Ac. n.º 128/92, (Proc. n.º 260/90), Relator Messias Bento.
- Ac. n.º 507/94, (Proc. 129/93), Relator Ribeiro Mendes.
- Ac. n.º 319/95, (Proc. 200/94), Relator Messias Bento.
- Ac. n.º 429/95, (Proc. n.º 520/94), Relator Vítor Nunes de Almeida
- Ac. n.º 578/98, (Proc. 835/98), Relator Messias Bento.
- Ac. n.º 76/2001, (Proc. n.º 508/99), Relator Guilherme da Fonseca.
- Ac. n.º 192/2001, (Proc. n.º 517/00), Relator Artur Maurício.
- Ac. n.º 607/2003, (Proc. 594/03), Relator Benjamin Rodrigues.
- Ac. n.º 198/2004, (Proc. 39/04), Relator Moura Ramos.
- Ac. n.º 155/2007, (Proc. 695/06), Relator Gil Galvão.
- Ac. n.º 210/2017, (Proc. n.º 89/2017), Relator Almeida Ribeiro.

### § Supremo Tribunal de Justiça:

- Ac. de 15/01/1997, (Proc. 96P870), Relator Ribeiro Coelho.
- Ac. de 30/10/2002, (Proc. 02P2118), Relator Pires Salpico.
- Ac. de 20/02/2003, (Proc. 02P4510), Relator Simas Santos.
- Ac. de 30/10/2003, (Proc. 03P2032), Relator Carmona da Mota.
- Ac. de 06/05/2004, (Proc. 04P774), Relator Pereira Madeira.
- Ac. de 18/05/2006, (Proc. 06P1394), Relator Santos Carvalho.
- Ac. de 15/11/2007, (Proc. 07P3236), Relator Santos Carvalho.
- Ac. de 31/01/2008, (Proc. 06P4805), Relator Carmona da Mota.
- Ac. de 20/02/2008, (Proc. 07P4553), Relator Armindo Monteiro.
- Ac. de 12/03/2009, (Proc. 09P0395), Relator Santos Cabral.
- Ac. de 15/04/2009, (Proc. 09P0583), Relator Fernando Fróis.
- Ac. de 25/06/2009, (Proc. 97/01.6JELSB-I.S1), Relator Maia Costa.
- Ac. de 28/10/2009, (Proc. 40/03.8TELSB.C.S1), Relator Pires da Graça.
- Ac. de 26/11/2009, (Proc. 193/01.4TBBRG-G.S1), Relator Santos Carvalho.
- Ac. de 08/04/2010, (Proc. 12749/04.4TDLSB-A.S1), Relator Santos Carvalho.

- Ac. de 27/06/2012, (Proc. 127/10.0JABRG.G2.S1), Relator Santos Cabral.
- Ac. de 09/01/2013, (Proc. 709/00.9JASTB-J.S1), Relator Raul Borges.
- Ac. de 11/07/2013, (Proc. 1690/10.1JAPRT.L1.S2), Relator Arménio Sottomayor.
- Ac. de 11/02/2015, (Proc. 182/13.1PAVFX.S1), Relatora Helena Moniz.
- Ac. de 17/04/2015, (Proc. 1/13.9YGLSB.S1), Relator Raul Borges.
- Ac. de 10/03/2016, (Proc. 326/12.0JELSB.L1.S1), Relator Nuno Gomes da Silva.
- Ac. de 30/11/2017, (Proc. 123/13.6JAPRT.P1-A.S1), Relator Souto de Moura.
- Ac. de 27/06/2018, (Proc. 138/16.2GFLLE.E1), Relator Gabriel Catarino.
- Ac. de 20/09/2018, (Proc. 1324/15.8T9PRT.P1.S1), Relator Carlos Almeida.

### **§ Tribunais da Relação**

#### **Coimbra:**

- Ac. de 12/09/2007, (Proc. 702/06.8GBCNT-A.C1), Relator Gabriel Catarino.
- Ac. de 07/03/2012, (Proc. 173/11.7GAMMV.C1), Relator Paulo Guerra.
- Ac. de 26/06/2013, (Proc. 220/11.2GBTND.C1), Relator Correia Pinto.
- Ac. de 07/10/2015, (Proc. 174/13.0GAVZL.C1), Relatora Maria José Nogueira.

#### **Évora:**

- Ac. de 03/06/2008, (Proc. 1991/07-1), Relator António João Latas.
- Ac. de 04/02/2010, (Proc. 196/08.3JAFAR.E1), Relator Gilberto Cunha.
- Ac. de 20/09/2011, (Proc. 370/04.1JELSB.E1), Relatora Maria Isabel Duarte.

#### **Guimarães:**

- Ac. de 13/01/2020, (Proc. 1012/16.8T9STS.G1), Relatora Teresa Coimbra.

#### **Lisboa:**

- Ac. de 27/05/1997, (Proc. 0079795), Relator Simões Ribeiro.
- Ac. de 07/07/1998, (Proc. 0043325), Relator Sousa Nogueira.
- Ac. de 13/12/2006, (Proc. 2876/2006-5), Relatora Ana Sebastião.
- Ac. de 29/11/2006, (Proc. 9060/2006-3), Relator Carlos Sousa.
- Ac. de 25/05/2010, (Proc. 281/08.1JELSB.L1-5), Relator Pedro Martins.
- Ac. de 13/07/2010, (Proc. 7/2/00.9JFLSB.L1-5), Relator Carlos Espírito Santo.
- Ac. de 22/03/2011, (Proc. 182/09.6JELSB.L1-5), Relator Nuno Gomes da Silva.

**Porto:**

- Ac. de 04/07/2012, (Proc. 251/06.4JAPRT.P1), Relatora Eduarda Lobo.
- Ac. de 05/06/2013, (Proc. 629/12.4GCSTS.P1), Relatora Maria dos Prazeres Silva.
- Ac. de 22/01/2014, (Proc. 407/12.0JAPRT.P1), Relator Francisco Marcolino.
- Ac. de 07/05/2014, (Proc. 8292/12.6TDPRT.P1), Relatora Lígia Figueiredo.
- Ac. de 26/05/2015, (Proc. 191/14.3JELSB.P1), Relatora Maria dos Prazeres Silva.
- Ac. de 08/07/2015, (Proc. 15/14.1PEPRT.P1), Relatora Maria Manuela Paupério.
- Ac. de 07-07-2016, (Proc. 2039/14.0JAPRT.P1), Relator José Carreto.
- Ac. de 11/04/2018, (Proc. 216/16.8GBFLG.P1), Relatora Maria Deolinda Dionísio.

**§ Tribunal Europeu dos Direitos Humanos:**

- Teixeira de Castro v. Portugal, de 09/06/98, Queixa n.º 25829/94.
- Schenk v. Suíça, de 12/08/1988, Queixa n.º 00010862/84.
- Allan v. Reino Unido, 19/02/2002, Queixa n.º 48539/99.
- Shannon v. Reino Unido, de 06/04/2004, Queixa n.º. 67537/01.
- Eurofinacom v. França, de 07/09/2004, Queixa n.º. 58753/00.
- Ramanauskas v. Lituânia, de 05/02/2008, Queixa n.º 74420/01.
- Gäfgen v. Alemanha, de 01/06/2010, Queixa n.º 22978/05.
- Veselov e Outros v. Rússia, de 02/01/2013, Queixas n.ºs 23200/10, 24009/07 e 556/10.
- Lagutin e Outros v. Rússia, de 24/04/2014, Queixas n.ºs 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 e 7451/09.

**§ Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América:**

- Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914).
- Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, 251 U.S. 385 (1920).
- Sorrells v. United States, 287 U.S. 435 (1932).
- United States v. Griffin: 303 U.S. 226 (1938).
- Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939).
- Casey v. United States, 343 U.S. 808 (1952).
- Sherman v. United States, 356 U.S. 369 (1958).
- Mapp v. Ohio 367 U.S. 643 (1961)
- Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963).
- United States v. Russell, 411 U.S 423 (1973).



- Calandra v. United States, 414 U.S. 338 (1974).
- United States v. DeLorean, 561 F. Supp. 797 (1983).
- Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984).
- Segura v. United States, 468 U.S. 796 (1984).
- United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984).
- Mathews v. United States, 485 U.S. 58 (1988).
- Jacobson v. United States, 503 U.S. 540 (1992).
- Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006).