

# AÇÕES ENCOBERTAS (E OUTRAS FIGURAS PRÓXIMAS) NA INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA

SUSANA AIRES DE SOUSA

*“The risk of being overheard by an eavesdropper or betrayed by an informer or deceived as to the identity of one with whom one deals is probably inherent in the conditions of human society. It is the kind of risk we necessarily assume whenever we speak”.*

(U. S. Supreme Court, *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293)

**Resumo:** a Autora toma como objeto de reflexão a ação encoberta na investigação da criminalidade económico-financeira. Este exercício faz-se a partir do regime jurídico das ações encobertas (Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto) e realiza-se percorrendo dois itinerários. Num primeiro momento, atende-se ao catálogo de crimes previsto no artigo 2.º (considerando também o substancial alargamento resultante do artigo 19.º da Lei do Cibercrime, Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro) e concede-se especial relevância à interpretação e concretização da cláusula geral “infrações económico-financeiras”. Num segundo momento, analisam-se novas formas de denúncia e de investigação da criminalidade económico-financeira, que se aproximam, pelo seu carácter oculto, da figura do agente encoberto: o *whistleblower* e o colaborador premiado, enquanto exemplos atuais de “homens-de-confiança”. No plano legal, os dois percursos levam à mesma conclusão no sentido de expressarem uma tendência de alargamento da investigação encoberta. Em pano de fundo está a questão de saber se métodos de investigação que deveriam ser excecionais e subsidiários reclamam hoje um lugar de primazia no que respeita à investigação e à perseguição da criminalidade económico-financeira.

**Palavras chave:** ação encoberta; infrações económico-financeiras; *whistleblower*; colaborador premiado; homens-de-confiança.

## 1. INTRODUÇÃO\*

É comum referir-se que a criminalidade económica constitui, pelas suas especificidades, uma área de difícil delimitação conceptual e doutrinária e, no

---

\* O texto que ora se publica corresponde, na sua essência e com ligeiras alterações formais, à comunicação apresentada nas V Jornadas Açorianas de Direito sobre o tema “A prova nos crimes de corrupção e nos delitos económico-financeiros”, realizadas nos dias 8 e 9 de novembro de 2018.

plano processual, de complexa investigação. Desde logo, evidenciam-se especificidades de natureza criminológica, considerando quer o tipo de agentes individuais, por regra bem-sucedidos profissionalmente e integrados socialmente, quer o contexto coletivo e de organização (v. g., empresarial) em que as condutas se inserem. Outras dificuldades relacionam-se com uma espécie de neutralização do desvalor das condutas cujos danos não são imediatamente sentidos ou perceptíveis pela generalidade das pessoas. Acrescentam-se ainda razões de ordem pragmática, ligadas a uma certa invisibilidade ou “opacidade”<sup>1</sup> destes crimes, cujo rasto é por regra dissimulado por interposição de pessoas jurídicas, reais ou fictícias, pelo seu modo de realização cibernético ou altamente especializado, incapaz de deixar vestígios físicos que possam ser recolhidos e examinados, em sentido tradicional.

Estas dificuldades e a progressiva consciencialização da ofensividade do crime económico, sublinhada entre nós nos últimos anos pela crise financeira e bancária, contribuíram para a criação ou intensificação, ao longo desse período, de medidas legais especificamente voltadas para a investigação e prevenção da criminalidade económica. Exemplos, de diversa natureza, mas com o mesmo denominador comum, são, desde logo, o recurso a ações encobertas, físicas ou alargadas a ambiente digital, a quebra de segredo, a fiscalização de contas bancárias ou a obrigatoriedade da criação de programas de *compliance*.

O horizonte deste estudo situa-se no uso das ações encobertas e na sua delimitação. Haverá um “*risco geral* da infidelidade e da inconfidência”<sup>2</sup>, admissível em contexto de investigação penal, como parece pressupor o Supremo Tribunal Americano na citação que dá início a este texto?

Perante a complexidade e amplitude do problema fez-se uma escolha fragmentária pressuposta pelo binómio sugerido em título: de um lado, o *que* se investiga — a criminalidade económico financeira — de outro lado, atende-se ao *modo* de investigar ou recolher a informação criminalmente relevante, elegendo-se *um dos modos* de investigação — o agente encoberto e figuras próximas. Ambas se justificam num propósito de concretização e delimitação do âmbito de aplicação do regime subsidiário e excecional das ações encobertas.

Na concretização desta escolha, em um primeiro momento, faz-se um esforço de concretização da cláusula geral “infrações económico-financeiras”

---

<sup>1</sup> Cf. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo. Considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Coimbra: Livraria Almedina, 2018, p. 566. Também MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)», in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 536.

<sup>2</sup> A expressão é de MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)», in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, ...», *op. cit.*, p. 544, formulada criticamente em análise à jurisprudência alemã sobre V. Mann e Hörfall.

prevista no catálogo das incriminações que podem ser investigadas com recurso a ações encobertas, a par de outros crimes de natureza económica como a corrupção, o branqueamento de capitais, a fraude na obtenção de subsídios ou a contrafação de moeda. Num segundo momento, atende-se a novas formas encobertas de investigar e denunciar a criminalidade económico-financeira que se aproximam, pelo seu carácter oculto, da figura do agente encoberto. Não descurando, nesta análise, o alargamento do âmbito de aplicação do regime da ação encoberta às chamadas “ações encobertas em ambiente digital” por via do artigo 19.º da Lei n.º 109/2009 de 15 de setembro (Lei do Cibercrime).

## 2. EVOLUÇÃO E PREVISÃO LEGAL DA AÇÃO ENCOBERTA

O recurso a agentes encobertos é uma prática conhecida de há muito, tendo em vista essencialmente “a perseguição de inimigos ou dissidentes políticos”<sup>3</sup>. Não obstante, a sua regulamentação é relativamente recente. Em Portugal, durante muito tempo, não existiu qualquer regulamentação legislativa nos casos em que os agentes policiais atuavam sem revelar a sua identidade e a sua qualidade na execução das tarefas de investigação e prevenção do crime. A primeira referência legal no que toca à investigação e prevenção do crime dá-se com o artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de dezembro, inspirado no 2.º § do artigo 23.º da lei suíça de 3 de outubro de 1951, que considerava não punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitasse diretamente ou por intermédio de um terceiro, entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, devendo o relato desses factos ser junto ao processo em 24 horas.

Esta norma transita para o artigo 59.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º de 15/93, de 22 de janeiro, entendendo-se que nela estava consagrada a figura do agente infiltrado. A Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, constituiu um passo significativo neste contexto ao permitir, no artigo 6.º, a prática de atos de colaboração e instrumentais do crime com vista à obtenção de provas, na fase de inquérito, na investigação de corrupção e da criminalidade económico-financeira. Este preceito seria revogado em 2001 por via da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, que criou o regime das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, alargando *substancialmente* o seu âmbito de atuação.

Nesta breve nota evolutiva sobre a previsão legal das ações encobertas não pode deixar de se considerar o passo seguinte: a Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, que veio alargar o regime das ações encobertas à cibercriminalidade, formalizando, pela primeira vez, uma nova espécie de atuação

<sup>3</sup> Cf. MANUEL COSTA ANDRADE, «Métodos ocultos de investigação...», *op. cit.*, p. 531-532.

encoberta com recurso a meios e dispositivos informáticos (artigo 19.º, n.º 2). Deste modo, a par do agente encoberto físico, deve hoje enunciar-se a ação encoberta digital ou eletrónica.

A ação encoberta tem hoje, como se referiu, um regime legal próprio previsto na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto. É definida, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º daquele diploma, como uma atuação desenvolvida por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados na lei, com ocultação da sua qualidade e identidade<sup>4</sup>.

Enquanto meio oculto de investigação de prova, a atuação do agente encoberto constitui um meio de investigação com particular ofensividade para os direitos e garantias fundamentais (como a intimidade privada, a liberdade de declaração ou mesmo o direito a não declarar contra si mesmo<sup>5</sup>). Daí que, entre outros requisitos e cautelas, a lei exija que as ações encobertas devam ser *adequadas* aos fins de prevenção ou repressão criminal e *proporcionais*, no cumprimento de cada uma dessas finalidades, à gravidade do crime em investigação (artigo 3.º, n.º 1)<sup>6</sup>.

### 3. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA AÇÃO ENCOBERTA E A CLÁUSULA GERAL “INFRAÇÕES ECONÓMICO-FINANCEIRAS”

O artigo 2.º da Lei n.º 101/2001 estabelece o catálogo de crimes para cuja prevenção e repressão se admite o uso da ação encoberta. Ao catálogo originário acrescentaram-se posteriormente os crimes de tráfico de pessoas (pela Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto) e de terrorismo internacional e financiamento de terrorismo (Lei n.º 61/2015, de 24 de junho)<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Sobre o contexto político-legislativo que envolveu este diploma pode ver-se: a Proposta de Lei n.º 79/VIII, in: *DAR*, II série-A, n.º 62, p. 2056; a Discussão da Proposta de Lei n.º 79/VIII, in: *DAR*, I série, n.º 99, p. 3859; o Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre a Proposta de Lei n.º 79/VIII, in: *DAR*, II série-A, n.º 62, p. 2056.

<sup>5</sup> Sobre esta questão veja-se SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo...*, op. cit., p. 539 e ss.

<sup>6</sup> Têm sido apontadas algumas reservas e observações críticas a alguns aspetos do regime legal, por exemplo, o facto de a ação encoberta para fins de investigação de um crime não estar dependente de autorização do juiz de instrução, bastando a autorização do Ministério Público e a comunicação àquele juiz (artigo 3.º, n.º 4), bem como o silêncio da lei quanto ao conteúdo da autorização — que integra o processo de ação encoberta e não o inquérito — e quanto ao prazo máximo de duração da investigação encoberta.

<sup>7</sup> O uso da ação encoberta para fins de prevenção criminal tem suscitado algumas reservas, sendo sublinhado pela literatura a necessidade de se exigir uma suspeita séria da iminência do crime, cf. ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 187; também FERNANDO GONÇALVES / MANUEL JOÃO ALVES / MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado*, Coimbra, Livraria Almedina, 2001, p. 28.

São várias as incriminações previstas no artigo 2.º que tutelam interesses de natureza económica, sendo, como tal, reconduzidas ao núcleo do direito penal económico: o branqueamento de capitais, a corrupção, a fraude na obtenção de subsídios, a contrafação de moeda, os crimes contra o mercado de valores mobiliários. Nele se contemplam ainda “as infrações económico-financeiras” desde que cometidas de forma organizada ou com recurso a tecnologia informática (al. p)) ou que tenham dimensão internacional e transnacional (al. r)).

A expressão criminalidade económico-financeira é desde há muito conhecida da literatura<sup>8</sup> e consta de diversos diplomas legais<sup>9</sup>. Se o significante é validado e reconhecido em texto de lei, o mesmo não vale para o significado — em nenhum daqueles textos se diz de forma explícita o que se entende por infrações económico-financeiras.

As propostas de definição do que seja a criminalidade económico-financeira são diversas, seja por via de uma perspetiva mais dogmática (acentuando-se por exemplo a natureza económica do interesse protegido), seja por uma delimitação mais próxima da sociologia ou da criminologia (em direção à categoria do *white collar crime* ou do *corporate crime*), ou, por fim, a partir de uma perspetiva mais legalista ou formal, perseguindo e procurando retirar um significado a partir dos usos e contextos legais dados à expressão no nosso ordenamento jurídico.

Explorando esta última proposta, verificamos que são vários os diplomas que usam a expressão criminalidade económico-financeira (ou infrações económico-financeiras), com finalidades diversas, por exemplo:

- a) A Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, estabelece as medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira e atribui competência ao Ministério Público e à Polícia Judiciária para realizar ações de prevenção de determinados crimes, entre os quais infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática (al. d) do n.º 1 do artigo 1.º) e infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional (al. e) do n.º 1 do artigo 1.º);
- b) As infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada ou de dimensão internacional ou transnacional integram ainda a competência do DCIAP, nos termos do artigo 47.º da Lei n.º 47/86, de 15 de outubro;

---

<sup>8</sup> Cf. EDUARDO CORREIA, «Introdução do Direito Penal Económico», *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 293.

<sup>9</sup> Sobre esta questão veja-se o estudo aprofundado de JORGE DOS REIS BRAVO, «Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira. Um contributo judiciário», Observatório de Economia e Gestão da Fraude, disponível em <https://obegef.pt/wp-content/uploads/2013/01/wp018.pdf> (consultado em Junho 2018).

- c) A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, referente às medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, estabelece um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado para os crimes estabelecidos no artigo 1.º, entre os quais as infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática (al. d) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei 36/94, por remissão do n.º 3 do artigo 1.º) e infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional (al. e) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei 36/94, também por remissão do artigo 1.º, n.º 1);
- d) A *Lei do Cibercime* — Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro —, no seu artigo 19.º, n.º 1, al. b), admite a ação encoberta digital para crimes cometidos por meio de um sistema informático, entre os quais se contam “as infrações económico-financeiras”.
- e) Também a *Lei de política criminal para o biénio 2017-2019* — Lei n.º 96/2017, de 3 de agosto de 2017 — considera entre os crimes de prevenção prioritária (artigo 2.º, al. i)) e de investigação prioritária (artigo 3.º, al. k)) “a criminalidade económico-financeira, em especial o crime de branqueamento de capitais”;
- f) Por sua vez, o *Regime jurídico das ações encobertas* — Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto — admite este meio de investigação para fins de prevenção e repressão de infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática e infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional.

Em nenhum destes diplomas existe, como se referiu, uma definição ou um elenco legal dos crimes que integram a referida criminalidade económico-financeira, não obstante dela depender a aplicação de regimes especiais, designadamente para efeitos da competência do DCIAP, da adoção de medidas de prevenção criminal, de um regime especial de prova e de quebra de segredo profissional, ou ainda para fundamentar a realização de ações encobertas, reais ou digitais<sup>10</sup>.

Na tentativa de alcançar uma concretização do conceito, há uma aproximação imediata que pode ser feita através de uma leitura que atenda às especificidades (interesses protegidos, gravidade da conduta, modo de execução, sanção) dos concretos delitos incluídos nos catálogos que integram cada um daqueles diplomas.

Assim, num primeiro momento facilmente se conclui que se incluem nestes catálogos crimes a que se reconhece, por um lado, uma especial

---

<sup>10</sup> Cf. AMADEU GUERRA, «A evolução da criminalidade económica e financeira e o seu combate», Colóquio *Economia Não-Registada e Criminalidade Económica Organizada*, Auditório do Tribunal de Contas, Março 2014, disponível em [https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2014/03/Tarde\\_DCIAp.pdf](https://obegef.pt/wordpress/wp-content/uploads/2014/03/Tarde_DCIAp.pdf) (consultado em setembro de 2018).

danosidade (terrorismo, associação criminosa, corrupção, tráfico de pessoas, pornografia infantil e lenocínio de menores), mas também uma particular dificuldade de investigação pela natureza complexa e até transnacional que estas condutas revestem. Em segundo lugar, no que diz respeito aos crimes de natureza económica tipificados para fins de ação encoberta, eles estão primordialmente relacionados com o sector público da economia — o peculato, a participação económica em negócio, o branqueamento de capitais, a fraude na obtenção de subsídios, a contrafação de moeda — e servem a tutela de interesses difusos ou supraindividuais ligados ao correto funcionamento do sistema económico.

A cláusula geral e indeterminada “infrações económico-financeiras” há de assim concretizar-se em diálogo com estas duas notas da seguinte forma: para além dos crimes expressamente previstos que tutelam interesses económicos, caberão nesta cláusula outras infrações que tutelem interesses económicos de natureza supraindividual, que revistam uma forte danosidade e se mostrem de difícil investigação.

No caso das ações encobertas — pela natureza e carácter subsidiário deste meio de obtenção de prova — a gravidade e a danosidade do crime investigado devem exigir-se relativamente a *todas* as infrações tipificadas no artigo 2.º da lei das ações encobertas: é a própria lei que pressupõe, no artigo, 3.º, n.º 1, que a ação encoberta seja proporcional à gravidade do crime que se investiga.

Compreende-se, assim, no que respeita à concretização da cláusula geral infrações económico-financeiras usada no regime das ações encobertas, a inclusão no catálogo das infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática, ou que tenham uma dimensão internacional ou transnacional. Servindo-se de um critério adicional, assente na dimensão ou na complexidade dos crimes, o legislador incluiu no catálogo *outras* (mas apenas estas) infrações económico-financeiras, dotadas de especial complexidade pelo contexto organizativo em que têm lugar (por exemplo, burla informática organizada) ou pela dimensão internacional ou transnacional que as caracteriza (por exemplo, fraude fiscal em carrossel).

#### **4. O ALARGAMENTO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO POR VIA DO ARTIGO 19.º DA LEI DO CIBERCRIME**

O catálogo de crimes que podem ser objeto de uma ação encoberta foi alargado pelo artigo 19.º da *Lei do Cibercrime* (Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro) a todos os crimes informáticos tipificados neste diploma e ainda a todos os crimes cometidos por meio de um sistema informático, quando lhes corresponda, em abstrato, pena de prisão de máximo superior a 5 anos “ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, [aos] crimes cometidos contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas



comunicações, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as *infrações económico-financeiras*, bem como os crimes consagrados no título IV do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos”<sup>11</sup>.

O alargamento do âmbito de aplicação de ações encobertas concretizado pela lei do cibercrime é substancial e dá-se por duas vias: por um lado, adicionando novos crimes ao catálogo do regime geral; por outro lado, admitindo que a ação encoberta seja realizada com recurso a meios e dispositivos informáticos, sem que se precise quais os meios admissíveis na concretização destas ações encobertas. De modo especial, nesta segunda via, estamos perante uma inovação significativa e muito questionável quando ao modo como foi realizada. Em causa está um novo tipo de ação encoberta *digital ou eletrónica*, distinta da clássica atuação do agente policial que se insere no meio criminal, realizada, de forma oculta, com recurso a meios e dispositivos informáticos. Todavia, o legislador nada diz quanto aos meios e ao modo de execução desta nova modalidade de ação encoberta remetendo de forma “vaga e abstrata” para o regime geral e para o regime da *interceção de comunicações* previsto no artigo 18.º. O que se revela tanto mais preocupante, uma vez que neste tipo de ação encoberta se confundem as finalidades preventivas e repressivas da ação encoberta, isto é, por regra os elementos recolhidos pelo agente encoberto acabam por se tornar prova de crimes já consumados (por exemplo, no âmbito da pornografia de menores).

Concordamos com David Silva Ramalho quando, de forma fundamentada e muito convincente, defende a necessidade de uma regulamentação especial nesta matéria pelos “diferentes contextos e procedimentos de encobrimento e de infiltração” pressupostos pelo mundo virtual e pelo mundo físico<sup>12</sup>.

## 5. O AGENTE ENCOBERTO

A ação encoberta é desenvolvida por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária. A Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, no seu artigo 188.º, reconhece ao Serviço de Estran-

---

<sup>11</sup> Não pode deixar de se notar um certo desencontro entre os dois diplomas no que respeita, por exemplo, ao uso de ações encobertas para fins de prevenção ou investigação de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais: no caso da Lei n.º 101/2001, a ação encoberta só é permitida quando o crime seja punível com pena superior a 5 anos, ainda que o ofendido seja menor de 16 anos. Se o crime for cometido por via informática, prescinde-se do requisito da pena aplicável ao abrigo do artigo 19.º da Lei do Cibercrime. A ação encoberta digital pode ser usada em qualquer crime doloso contra a liberdade ou autodeterminação sexual de menor (de 18 anos); a ação encoberta física só pode ser usada quando em causa esteja um crime sexual contra menor de 16 anos punível com pena superior a 5 anos. Esta discrepância parece-nos ser desprovida de fundamento.

<sup>12</sup> DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, Coimbra, Livraria Almedina, 2017, p. 284 e ss. Também, do mesmo autor, «O uso do *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal», *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, N.º 16, p. 195 e ss.



geiros e Fronteiras a competência para a realização de ações encobertas no âmbito da prevenção e investigação de crimes relacionados com a imigração ilegal em que estejam envolvidas associações criminosas<sup>13</sup>.

A realização da ação encoberta deve ser planeada, autorizada pelo Ministério Público (ou pelo juiz de instrução nos casos previstos no n.º 4 do artigo 3.º) e, no caso de o agente ser um terceiro, monitorizada pela Polícia Judiciária. Esta planificação e controlo sistemático, descritos com pormenor possível no processo de ação encoberta, permitem, pelo menos no plano teórico, distinguir o particular que atua como agente encoberto do simples informador. Este agente encoberto é um interveniente processual previsto na lei processual penal e a sua atuação constitui um meio de obtenção de prova; o informador não tem qualquer estatuto processual e a informação por si prestada é processualmente irrelevante<sup>14</sup>.

Contudo, em cenário real esta delimitação nem sempre será clara, como tem vindo a ser sublinhado por alguma doutrina<sup>15</sup>. A dificuldade em controlar este terceiro, a sua falta de preparação para intervir no meio criminal e o uso da relação de confiança com o investigado para fins de perseguição penal tornam esta forma de ação encoberta muito discutível<sup>16</sup>.

Questão que se adensa e complica quando confrontada com novas formas de investigação da criminalidade económico-financeira assentes justamente nesta relação de confiança estabelecida pelo terceiro com o investigado.

## 6. OS “HOMENS DE CONFIANÇA” E A INVESTIGAÇÃO DA CRIMINALIDADE ECONÓMICA

**6.1.** Os últimos tempos têm revelado o aparecimento de formas mais ou menos encobertas de investigação da criminalidade económica ou empresarial em que se procura recolher informação com relevância criminal a partir do interior da organização, por quem dela faz parte ou com ela colabora e, como tal, por quem é conhecedor ou mesmo participante na realização criminosa. Ou seja, por aquele a quem é confiada a informação. Pela sua eficácia

<sup>13</sup> ANTÓNIO SINTRA, «Técnicas especiais de investigação criminal», *Revista Investigação Criminal*, N.º 1, 2011, p. 81.

<sup>14</sup> Assim, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova...*, *op. cit.*, p. 572.

<sup>15</sup> ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Ações Encobertas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 201; PAULO PINTO DE SOUSA, «Ações encobertas. Meios enganoso de prova? Agente infiltrado e agente provocador. Outras questões», *Revista do CEJ*, N. 14, 2010, p. 234; SANDRA SILVA, «A recolha de prova por agente infiltrado», in: *Prova Criminal e Direito de Defesa* (org. Teresa Pizarro Belezal/Frederico Costa Pinto), Almedina, Coimbra, 2011, p. 151; ANTÓNIO SINTRA, «Técnicas especiais de investigação criminal...», *op. cit.*, p. 78 e s.

<sup>16</sup> Cf. PAULO PINTO DE SOUSA, «Ações encobertas...», *op. cit.*, p. 242; SANDRA SILVA, «A recolha de prova...», *op. cit.*, p. 150.

na denúncia e na investigação do crime, destacaram-se, neste contexto e nos últimos tempos, as figuras do *whistleblower* e do colaborador premiado.

Ambas as figuras se aproximam pelo carácter de denúncia e de delação que lhes é iminente. Todavia, distinguem-se do agente encoberto policial pela ausência de planeamento da infiltração no meio criminal. Antes o que se estimula é a denúncia dos factos ilícitos por parte de quem já integra o meio criminal. Ou seja, a recolha da prova torna-se mais fácil por se eliminar uma fase prévia: o processo de acesso ao meio criminal, de ganhar a confiança. Através do *whistleblower* ou do colaborador premiado, as instâncias criminais trazem até si os elementos probatórios sem necessidade de “sujar as próprias mãos”.

Numa definição muito resumida, o *whistleblower* — aquele que assobia a informação — surge como alguém que, fazendo parte da organização empresarial e tendo conhecimento de irregularidades e ilícitos que nela sejam cometidos, denuncia, por regra aos seus superiores, ou ao departamento responsável pela supervisão ou vigilância do cumprimento das regras da organização, ou mesmo a autoridades públicas, a prática daqueles ilícitos. Esta figura tem sido entendida como um instrumento fundamental e básico de prevenção e descoberta de comportamentos ilícitos, especialmente no âmbito da criminalidade empresarial e da corrupção<sup>17</sup>.

Por sua vez, o delator premiado será alguém que, por exemplo, por ter participado na realização criminosa, é objeto de investigação penal, mas beneficia em termos punitivos por colaborar com as autoridades públicas, *v. g.*, fornecendo elementos probatórios, informações essenciais ou identificando outros intervenientes na execução criminosa.

Deste modo, ambos os casos têm em comum o acesso a informação reservada por intermédio daquele que frequentou e vivenciou a realização criminosa. Partilham também a circunstância de representarem a concretização de uma tendência político-criminal de combate ao crime assente em uma estratégia de denúncia ou delação para efeitos de investigação e repressão criminal. Esta tendência tem vindo a ganhar alguma realidade jurídica em Portugal, como se ilustra através de dois exemplos. É o caso da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, relativa ao “combate ao branqueamento de capitais ou financiamento de terrorismo”, que no seu artigo 20.º cria a obrigação de canais de denúncia, independentes e anónimos, das irregularidades relacionadas com aquela lei. Ou, ainda, da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, relativa à corrupção no comércio internacional e na atividade privada, que compensa a colaboração do arguido que “auxiliar na recolha das provas” ou na “identificação ou captura de outros responsáveis”, concedendo-lhe uma atenuação da pena.

---

<sup>17</sup> Assim, RAMON RAGUÉS I VALLÉS, *Whistleblowing*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 21.

**6.2.** Estas figuras tendem a ser vistas como desvios a uma ideia de lealdade, uma traição à confiança da empresa e dos seus administradores ou dos participantes no crime. Podem, por isso, ser enquadradas a par da figura legalmente prevista de agente encoberto — e sem se confundirem com ela — como novas formas da figura tradicional, histórica e doutrinária dos *Vertrauens-Männer*, dos homens de confiança. A expressão abrange, num sentido extensivo, todas as testemunhas que, ganhando a confiança do suspeito, “colaboram com as instâncias formais de perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e atividade. Nela se incluem tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo 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 (*Polizeispitel, detection*), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (*polizeiliche Lockspitzel, agent provocateur, entrapment*)”<sup>18</sup>. O delator, o bufo — ainda que sob a moderna forma e expressão de *whistleblower* — são, se bem vemos, novas constelações, “em expansão acelerada”<sup>19</sup> da figura dos homens de confiança.

O recurso a homens de confiança para fins de investigação e repressão penais tem sido abundantemente questionado na doutrina com base em diversos fundamentos, designadamente à luz do princípio da lealdade processual<sup>20</sup> ou com base nas proibições de prova, seja por via da proibição do uso de meios enganosos de prova<sup>21</sup>, designadamente quando a sua atuação se

<sup>18</sup> Classificação efetuada por MEYER, *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>19</sup> A expressão é de MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, *op. cit.*, p. 220.

<sup>20</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, «Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos. Os princípios democrático e da lealdade em processo penal», *in: apontamentos de Direito Processual Penal* (org. Tereza Pizarro Beleza), Vol. III, AAFDL, 1995, p. 63 e ss.

<sup>21</sup> É opinião de MANUEL DA COSTA ANDRADE que “o recurso ao homem de confiança configurará normalmente um meio enganoso, sendo como tal reconduzível à categoria dos métodos proibidos pelo artigo 126.º, n.º 2, al. a) do CPP”, *cf. Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, *op. cit.*, p. 231. Também MARIA JOÃO ANTUNES considera que é enquanto meio enganoso de prova que habitualmente se repudia, do ponto de vista legal, doutrinário e jurisprudencial a utilização dos denominados «homens de confiança» nas chamadas «investigações ocultas» no âmbito da repressão criminal, pese embora a admissibilidade legal, nalgumas situações, do agente infiltrado, *in: Droga. A Prevenção e a Investigação Criminal do Tráfico e do Consumo*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, 1999, p. 52. Da mesma forma MORAES ROCHA considera que o recurso ao homem de confiança, configurando um meio enganoso de obtenção de prova integra um método proibido pelo artigo 126.º, n.º 2, al. a), do CPP, *Droga — Regime Jurídico (Legislação Nacional-anotada Diplomas Internacionais)*, Lisboa: Livraria Petrony, Lda, 1994, p. 191. FERNANDO GONÇALVES, MANUEL JOÃO ALVES, MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE consideram que, fora dos casos previstos legalmente, o recurso à figura do agente infiltrado é inadmissível pois as “provas assim obtidas são reconduzíveis aos métodos proibidos de prova, de acordo com o disposto na última parte da alínea a) do n.º 2 do artigo 126.º do CPP, *cf. Lei e Crime. O Agente Infiltrado versus o Agente Provocador. Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 268. Para ALVES MEIREIS as provas obtidas mediante provocação

dirija à provocação do crime<sup>22</sup>; seja por via da obtenção de uma vantagem legalmente inadmissível quando a colaboração surja associada à promessa de um benefício não admitido ou previsto na lei.

As figuras do *whistleblower* e do colaborador premiado dificilmente poderão ser tidas como ilegítimas por via da sua qualificação como um meio enganoso de prova, na medida em que, por regra, não há provocação ao crime, nem constituem um meio perturbador da liberdade de vontade ou de decisão do sujeito investigado<sup>23</sup>.

A dúvida sobre a legitimidade destes métodos pode, no entanto, ter outro ou outros fundamentos. Na verdade, sendo a descoberta da verdade material uma das finalidades do processo penal, ela deve ser presidida, como ensina Figueiredo Dias, por uma direta intenção ou aspiração de justiça e de verdade. Ora, o recurso à traição e ao engano, enquanto método de investigação, será sempre questionável a partir de um *due process* por pôr em causa a lealdade do Estado no exercício do *ius puniendi* e, em determinados contextos, de difícil compatibilização com o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*. A sua admissibilidade exigirá do legislador um especial cuidado na previsão dos seus requisitos e do juiz uma particular cautela na sua apreciação.

Na medida em que estas figuras sejam usadas para contornar exigências legais de produção de prova, servindo-se a investigação destes novos expedientes para aligeirar os pressupostos legais exigidos por outros meios de investigação ou de obtenção de prova — por exemplo, documentos cedidos pelo *whistleblower* cujo acesso dependeria da realização de uma busca ou a realização de uma ação encoberta não autorizada e não executada de acordo com o respetivo regime legal —, verificar-se-á uma fraude à lei e a consequente invalidade dos concretos elementos probatórios obtidos deste modo. Ainda assim, o delator ou o *whistlebolwer* podem evidentemente assumir a veste de testemunha ou até mesmo de coarguido, ficando a consideração e a valoração probatória das suas declarações, respetivamente, sujeitas às regras da prova testemunhal (e à livre apreciação do julgador) ou conforma-

---

constituem não só um meio enganoso de obtenção de prova como um violento atentado ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Todavia, o agente infiltrado constituiria um método de prova relativamente proibido por se traduzir numa intromissão abusiva na vida privada (artigo 126.º, n.º 3, do CPP), considerando-se a intromissão abusiva quando efetuada fora dos casos previstos na lei ou quando desnecessária e desproporcional, *in: O Regime das Provas...*, op. cit., p. 172. Também GERMANO MARQUES DA SILVA se distancia das propostas doutrinárias atrás referidas ao considerar que a atuação do agente provocador constituiria sempre uma violação do princípio democrático. Por sua vez as ações infiltradas representariam um atentado ao princípio da lealdade, *in: «Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos. Os Princípios Democrático e da Lealdade em Processo Penal»*, *Direito e Justiça*, vol. VIII, Tomo 2, 1994, p. 27.

<sup>22</sup> Sobre a dificuldade de delimitação em perspetiva a partir de um caso concreto, FÁTIMA MATAMOUROS, «Infiltrados fora da lei», *Sub Iudice* 18 (2000), p. 57 e ss.

<sup>23</sup> Sobre o conceito de meio enganoso de prova no contexto das ações encobertas, SUSANA AIRES DE SOUSA, «Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1207; SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido como Meio de Prova...*, op. cit., p. 562, nota 1267.

das ao regime das declarações de coarguido (com uma exigência acrescida de fundamentação da decisão que as utilize enquanto material probatório<sup>24</sup>).

## 7. NOTAS FINAIS

A dificuldade e a complexidade em investigar a criminalidade económico-financeira fizeram emergir e alastrar novas formas de investigação baseadas na recolha dos elementos probatórios a partir daqueles que detêm a confiança dos agentes do crime. Neste sentido, surgem novas formas de V. Mann, de que são exemplo o *whistleblower* ou o *colaborador premiado*. Estas figuras, comprometidas com a eficácia na investigação e na prevenção do crime económico, ganharam recentemente maior visibilidade. Todavia, não deve esquecer-se que esta eficácia é obtida à custa de restrições a direitos e princípios fundamentais como a intimidade privada, a autodeterminação informacional, a inviolabilidade do domicílio ou princípio da proibição da autoincriminação. Este *contexto utilitarista* favorece, ainda, o alargamento de meios de obtenção de prova que se diriam excecionais e subsidiários, como, por exemplo, a ação encoberta eletrónica.

O legislador tem, porém, incorrido em pecado de omissão ao não regular o âmbito de aplicação destas novas técnicas ou formas de investigação excecionais. A inexistência de coordenadas legais obrigará os juristas e aplicadores do direito a um esforço de interpretação e aplicação destas novas figuras no quadro dos princípios fundamentais e constitucionais norteadores do processo penal, sob pena de uma certa capitulação dos direitos fundamentais à eficácia e à eficiência da investigação criminal.

Na prossecução deste exercício de enquadramento destas novas figuras no contexto de um processo penal liberal, respeitador dos direitos fundamentais, somos chegados a algumas notas conclusivas sobre os problemas de que nos fomos ocupando.

Em primeiro lugar, estamos em crer que a cláusula geral “infrações económico-financeiras” abrange uma criminalidade com uma considerável capacidade ofensiva, de interesses económicos ou financeiros supraindividuais, que, no plano processual, se revele de especial complexidade e, como tal, de difícil investigação. O especial cuidado na interpretação desta cláusula impõe-se, ainda, por via do princípio proibição do excesso, atendendo à diminuição ou quebra de garantias e direitos fundamentais associada aos regimes legais que a contemplam. Na mente do legislador está necessariamente um tipo de criminalidade de investigação difícil e de penetração complexa. Daí

---

<sup>24</sup> Veja-se, no contexto do valor probatório das declarações de coarguido, o estudo de ALBERTO MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento Probatório do Co-arguido, Studia Iuridica*, 42, Coimbra: Coimbra Editora, 1999. Em particular, quanto à exigência acrescida de fundamentação, a solução proposta pelo autor nas páginas 218 e ss.

que, cumprindo-se uma ideia de proporcionalidade, se admitam métodos excepcionais de investigação. Neste sentido, a natureza económica do crime, por si só, não é suficiente ou adequada à fundamentação de meios excepcionais como as ações encobertas.

Em segundo lugar, a excecionalidade destas formas ocultas de investigação, pelo seu carácter ofensivo para direitos e garantias fundamentais, impõe uma necessária limitação do seu âmbito de aplicação.

Em terceiro lugar, num outro plano — o da legitimação — importa refletir sobre a generalização e *institucionalização crítica* de novas formas ocultas de prevenção, investigação e recolha de elementos probatórios: o recurso a homens de confiança, como o delator ou o *whistleblower* ou, ainda, noutra plano, a utilização de formas encobertas de investigação eletrónica, que aproximam a atuação do Estado — de forma lenta, mas significativamente arriscada — de um Estado de prevenção inquisitorial.