



Universidades Lusíada

Murça, Antónia Manuela Garcia, 1995-

A validade e valoração da prova obtida pelo agente encoberto na rede social Facebook

<http://hdl.handle.net/11067/5944>

Metadados

Data de Publicação	2020
Resumo	<p>Sem sombra de dúvida que a chegada das novas tecnologias de informação e comunicação trouxe consigo contínuos avanços e inúmeras ameaças à humanidade e encurtando sobretudo a distância entre as pessoas e introduzindo uma nova era em todos os campos da vida quotidiana. Face à escassez de conteúdo, exposição a nível da doutrina e jurisprudência da problemática a tratar, que é a de saber “qual a validade e valoração da prova obtida pelo agente encoberto na rede social Facebook” e para melhor compr...</p> <p>Without a doubt, the arrival of new information and communication technologies has brought with it continuous advances and numerous threats to humanity. Above all, it has shortened the distance between people and introduced a new era in all fields of daily life. Given the scarcity of content, exposure at the level of doctrine and jurisprudence of the problem to be addressed, which is "what is the validity and valuation of the evidence obtained by the covert agent in the social network Facebook"...</p>
Palavras Chave	Prova digital - Portugal, Crimes informáticos - Investigação - Portugal, Operações encobertas - Direito e legislação - Portugal, Facebook (Recurso electrónico)
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2025-05-17T10:18:09Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

**A validade e valoração da prova obtida pelo agente
encoberto na rede social Facebook**

Realizado por:
Antónia Manuela Garcia Murça

Orientado por:
Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito

Constituição do Júri:

Presidente: Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González
Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Arguente: Prof. Doutor Fernando José dos Santos Pinto Torrão

Dissertação aprovada em: 29 de Junho de 2021

Lisboa

2020



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

A validade e valoração da prova obtida pelo agente
encoberto na rede social Facebook

Antónia Manuela Garcia Murça

Lisboa

Dezembro 2020



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

**A validade e valoração da prova obtida pelo agente
encoberto na rede social Facebook**

Antónia Manuela Garcia Murça

Lisboa

Dezembro 2020

Antónia Manuela Garcia Murça

A validade e valoração da prova obtida pelo agente encoberto na rede social Facebook

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito

Lisboa

Dezembro 2020

FICHA TÉCNICA

Autora Antónia Manuela Garcia Murça
Orientadora Prof.ª Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito
Título A validade e valoração da prova obtida pelo agente encoberto na rede social Facebook
Local Lisboa
Ano 2020

MEDIATECA DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

MURÇA, Antónia Manuela Garcia, 1995-

A validade e valoração da prova obtida pelo agente encoberto na rede social Facebook / Antónia Manuela Garcia Murça ; orientado por Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito. - Lisboa : [s.n.], 2020. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - BRITO, Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e, 1970-

LCSH

1. Prova digital - Portugal
 2. Crimes informáticos - Investigação - Portugal
 3. Operações encobertas - Direito e legislação - Portugal
 4. Facebook
 5. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
 6. Teses - Portugal - Lisboa
-
1. Electronic evidence - Portugal
 2. Computer crimes - Investigation - Portugal
 3. Undercover operations - Law and legislation - Portugal
 4. Facebook (Electronic resource)
 5. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
 6. Dissertations, Academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ4679.M87 2020

Aos meus pais, por tudo que fizeram e fazem com amor todos os dias a mim e aos meus irmãos.

AGRADECIMENTOS

Na feitura da dissertação de mestrado, este trabalho de grande relevo, não é verdade dizer-se que somente o autor da mesma a elaborou. Porque sabemos que é todo um conjunto de entidades que contribuem significativamente para o sucesso de um trabalho destes. Estas entidades podem ser instituições e pessoas. Como tal deixo de coração aqui expresso a minha gratidão.

Antes de tudo, a Deus, por caminhar sempre ao meu lado, por força do seu amor.

De seguida à Universidade Lusíada de Lisboa e de todos que a fazem funcionar de forma incansável todos os dias.

À minha orientadora, Senhora Professora Doutora Ana Bárbara de Pina Sousa e Brito, que desde a primeira hora acarinhou este projecto e deu incentivo necessário para levar a bom porto.

Aos meus pais (Parente Murça e Graciete Murça), aos meus irmãos (Márcia, Samuel, Lúcia, Nelson e Isabel), às minhas tias e tios, primas e primos, aos meus sobrinhos, à minha família em geral, ao meu namorado e amigos, que comigo trilharam este caminho (longo e cansativo), suportaram os obstáculos e as dificuldades próprias que um trabalho desta dimensão acarreta.

O meu grande bem-haja.

APRESENTAÇÃO¹

Validade e Valoração da Prova Obtida pelo Agente Encoberto na Rede Social Facebook

Antónia Manuela Garcia Murça

Sem sombra de dúvida que a chegada das novas tecnologias de informação e comunicação trouxe consigo contínuos avanços e inúmeras ameaças à humanidade e encurtando sobretudo a distância entre as pessoas e introduzindo uma nova era em todos os campos da vida quotidiana.

Face à escassez de conteúdo, exposição a nível da doutrina e jurisprudência da problemática a tratar, que é a de saber “qual a validade e valoração da prova obtida pelo agente encoberto na rede social *Facebook*” e para melhor compreensão da problemática objecto da investigação, dividimos a mesma em três capítulos, a saber: o primeiro capítulo onde: abordaremos a prova digital. Neste capítulo, iremos desenvolver o conceito de prova digital, quais as suas características e princípios, designadamente as que permitem distingui-la da prova tradicional ou física e, como último aspecto e mais importante, analisaremos o regime jurídico que rege a prova digital, que, como veremos, é a Lei do Cibercrime – Lei n.º109/2009, de 15 de Setembro. Num segundo capítulo e de forma a enquadrar o método oculto em escolha, “as acções encobertas – agente encoberto/infiltrado”, referiremos o conceito de métodos ocultos e as esferas ou planos de agressão que estes métodos podem trazer aos visados. São elas, a esfera ou plano material-substantivo, adjectivo-processual e oculto. Como último tópico faremos uma breve alusão aos princípios gerais aplicáveis a todos os métodos ocultos (princípio da reserva de lei, princípio da proporcionalidade, princípio da subsidiariedade e reserva de juiz). Finalmente, no terceiro capítulo, abordaremos o cerne da nossa investigação, as acções encobertas. Começaremos por um enquadramento geral deste método, o seu percurso histórico-legislativo, o seu conceito e figuras afins, o seu âmbito de aplicação, quais os requisitos para a sua utilização e que modalidades podem existir, a quem compete

¹ O presente trabalho, foi redigido ao abrigo do anterior acordo ortográfico.

esta técnica especial de investigação e, a prova que pode daí advir: a sua admissibilidade, validade e valoração; o relato e depoimento do agente encoberto e o controlo e responsabilidade do agente encoberto/infiltrado. Depois, cingir-nos-emos às acções encobertas em ambiente digital: Neste ponto do trabalho iremos fazer uma breve alusão às redes sociais, de forma a enquadrar a rede social *Facebook*, que foi a que escolhemos como objecto do nosso estudo; de seguida trataremos da validade e valoração da obtenção de prova nessa rede social, atendendo ao tipo de informações/conversas que estiverem em causa (sejam elas públicas, privadas e restritas). Neste capítulo explicaremos também os princípios-limite da atuação do agente encoberto/infiltrado na obtenção de prova na rede social *Facebook*. Em concreto, referiremos o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade e o princípio *nemo tenetur se detegere*. Só depois passaremos à forma de criação de perfil falso ou o tal “*fake* ou *nickname*” e, neste ponto, pensámos ser pertinente exemplificar através de um caso-exemplo arquitetado por nós, baseado em factos reais. O ponto seguinte será dedicado ao papel do agente encoberto/infiltrado na rede social *Facebook*, qual o regime jurídico aplicável. E em último lugar, à validade e valoração da prova obtida por terceiro e ou particular na rede social *Facebook*. Preencheremos este tópico baseando-nos no exemplo dado no ponto da criação do perfil falso “*fake*”.

Palavras-chave: Acção encoberta, Agente encoberto, Cibercrime, *Facebook*, Prova Digital, Rede Social Virtual, Validade e Valoração da Prova Digital.

PRESENTATION

Validity and Appreciation of Evidence Obtained by Covert Agent on Facebook Social Network

Antónia Manuela Garcia Murça

Without a doubt, the arrival of new information and communication technologies has brought with it continuous advances and numerous threats to humanity. Above all, it has shortened the distance between people and introduced a new era in all fields of daily life.

Given the scarcity of content, exposure at the level of doctrine and jurisprudence of the problem to be addressed, which is "what is the validity and valuation of the evidence obtained by the covert agent in the social network Facebook". For a better understanding of the problem-objective of the research, we divide it into three chapters: The first chapter: we will deal with digital evidence, and in this we will refer to the concept of digital evidence, its characteristics and principles, which allow us to distinguish it, from traditional or physical evidence, and last and most important, we will explain the legal regime that governs digital evidence, which is the Law of Cybercrime - Law No. 109/2009 of 15 September.

In a Second Chapter: in order to frame the hidden method in choice, "the hidden actions - hidden agent/infiltrator", we refer to the concept of hidden methods, the spheres or plans of aggression that these methods bring to those targeted when they are used. They are material-substantive, adjective-procedural and hidden spheres or planes. And lastly, we will make a brief reference to the general principles of all hidden methods (they are: principles of reserve of law, proportionality, subsidiarity and reserve of judge). Finally, in the third chapter, where the focus of our research is on covert actions. We will provide a general framework for this method, its historical-legislative course; its concept and related figures, its scope of application; requirements and modalities; special investigation technique; the evidence: its admissibility, validity and valuation; reporting and deposition; control and responsibility of the covert/infiltrated

agent. Then we will limit ourselves, in the covert actions in digital environment, in this we will make a brief general reference of social networks, in order to frame the social network Facebook, which we have chosen, then we will deal with the validity and valuation of the taking of evidence in the social network Facebook, given the type of information/converts at stake (whether public, private or restricted). In this chapter we will also explain the boundary principles of the covert/infiltrated agent's performance in obtaining evidence on Facebook social network, they are them (principles of human dignity. The theory of proportionality and the principle nemo tenetur se detegere), then we will move on to the point of creating a false profile or such "fake or nickname", and at this point, we think it is pertinent to exemplify through an example-case designed by us, based on real facts, in order to make ourselves understand the great danger we run for each sharing and or sharing in this social network.

And the next point is dedicated to the union of the covert/infiltrating agent on the Facebook social network; we will explain the legal regime applicable to the covert agent on the Facebook social network and last point, we will refer about the validity and valuation of the evidence obtained by a third party and or private individual on the Facebook social network, we will fill this topic based on the example given at the point of creating the fake "fake" profile.

Keywords: Undercover Action, Undercover Agent, Cybercrime, *Facebook*, Digital Evidence, Virtual Social Network, Validity, Valuation.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

ADN	-	Ácido Desoxirribonucleico
CCIBER	-	Convenção Sobre o Cibercrime
CP	-	Código Penal
CPP	-	Código de Processo Penal
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
DCIAP	-	Departamento Central de Investigação e Acção Penal
DESC	-	Direitos Económicos Sociais e Culturais
DF	-	Direitos Fundamentais
DL	-	Decreto-Lei
DLG	-	Direitos Liberdades e Garantias
DUDH	-	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EEE	-	Espaço Económico Europeu
EUA	-	Estados Unidos da América
GNR	-	Guarda Nacional Republicana
IMEI	-	Internacional Mobile Equipment identity
IMSI	-	Internacional Mobile Subscriber Identity
IP	-	Internet Protocol
JIC	-	Juiz de Instrução Criminal
LC	-	Lei do Cibercrime
LCI	-	Lei da criminalidade Informática
LOIC	-	Lei da organização da Investigação Criminal
MP	-	Ministério Público
NATO	-	Organização do Tratado do Atlântico Norte
NSA	-	National Security Agency
OPC	-	Órgão de Polícia Criminal
ONU	-	Organização das Nações Unidas
PIDCP	-	Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos
PJ	-	Polícia Judiciária
PSP	-	Polícia de Segurança Pública
RJAE	-	Regime Jurídico das Acções Encobertas
SEF	-	Serviços de Estrangeiros e Fronteiras
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça
SWDGE	-	Scientific Working Group on Digital Evidence
TC	-	Tribunal Constitucional

- TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia
- TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
- UE - União Europeia

SUMÁRIO

1. Introdução	17
2. Prova Digital.....	21
2.1. Conceito	22
2.2. Características	24
2.3. Princípios	28
2.4. Regime jurídico da prova electrónico-digital	29
2.4.1. A prova digital no Código de Processo Penal.....	30
2.4.2. Lei n. º 32/2008, de 17 de Julho.....	31
2.4.3. Lei 109/2009 de 15 de Setembro.....	33
3. Métodos ocultos de investigação criminal.....	35
3.1. Aspectos preliminares: Conceito e esferas ou planos de agressão dos métodos ocultos	35
3.1.1. Esfera material-substantivo.....	37
3.1.2. Esfera adjectivo-processual	37
3.1.3. Esfera oculta de agressão	38
3.2. Princípios conformadores dos métodos ocultos de investigação criminal	39
4. As acções encobertas.....	51
4.1. Enquadramento geral: breve referência a outras ordens jurídicas	51
4.2. O agente encoberto e outras figuras afins	58
4.2.1. Tomada de posição.....	68
4.3. O conceito de terceiro	73
4.4. Regime geral: evolução do regime jurídico.....	76
4.5. Âmbito de aplicação.....	79
4.6. Requisitos e modalidades das acções encobertas	80
4.7. Técnica especial de investigação criminal. Quem tem competência para ser agente encoberto/infiltrado	85
4.8. A prova: sua admissibilidade, validade e valoração	89
4.9. Relato e depoimento do agente encoberto	92
4.10. Controlo e responsabilidade do agente encoberto	95
5. Regime especial- agente encoberto em ambiente digital - Lei do Cibercrime.....	101
5.1. Agente encoberto no ambiente digital ou no meio virtual	105
5.1.1. Redes sociais: aspectos gerais.....	112
5.1.2. As acções encobertas na rede social facebook.....	115
6. Da validade e valoração de obtenção de prova em redes sociais virtuais, em especial na rede social Facebook.	123

6.1. Informações/conversas públicas.....	124
6.2. Informações/conversas restritas	125
6.3. Informações/conversas privadas	126
6.4. Princípios-limite a atuação do agente encoberto em ambiente digital.....	127
6.4.1. Princípio da dignidade da pessoa humana	127
6.4.2. Teoria da proporcionalidade	128
6.4.3. Princípio nemo tenetur se detegere	130
6.5. Criação de perfil falso pelo agente encoberto para obtenção de prova.....	134
6.6. Regime jurídico aplicável ao agente encoberto na rede social <i>Facebook</i>	138
6.7. Validade e valoração da prova obtida por terceiro (particular) no <i>Facebook</i> (ou em outro site de relacionamento).	142
7. Conclusão	147
Referências.....	151

1. INTRODUÇÃO

O direito processual penal é o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a observância do direito penal aos casos concretos². Ou seja, o direito processual penal é o ramo de direito público que organiza os procedimentos através dos quais se aplica o direito penal, visando a “descoberta da verdade material”, tendente à “realização da justiça” e ao “restabelecimento da paz jurídica³”.

Sem sombra de dúvida que a chegada das novas tecnologias de informação e comunicação trouxe consigo contínuos avanços, encurtando sobretudo a distância entre as pessoas e introduzindo uma nova era em todos os campos da vida quotidiana.

No entanto, a chegada das novas tecnologias trouxe também consigo novos tipos de condutas que passam a merecer outro tipo de tratamento pelos legisladores no mundo. Assim, o legislador viu-se na contingência de incluir na legislação penal determinados comportamentos criminosos que ocorrem no âmbito das novas tecnologias de informação e comunicação. Mas concordamos com Inês Buekenhout, quando refere que “não basta legislar⁴”, para combater as novas formas criminais ou crimes, ataques cibernéticos. O que precisamos, para além de combater, é de educar e instruir as pessoas, (tal como fizemos no mundo/ambiente físico), acerca dos perigos causados por este mundo ou ambiente digital ou virtual.

Em 2001, a União Europeia, com a Convenção do Cibercrime, procurou arranjar soluções para lidar com a prova digital e, ainda regular e ou positivar os meios de obtenção de prova no âmbito digital.

Do universo dos métodos de obtenção de prova, compete-nos destacar a figura do agente encoberto/infiltrado no ambiente digital, cujo regime se pode retirar fundamentalmente na legislação das acções encobertas clássicas ou tradicionais (apelidado de regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal- RJAÉ). O Estado português procurou dar resposta a este

² SILVA, Germano Marques Da - Direito Processual Penal Português. Noções e Princípios Gerais; Sujeitos Processuais; Responsabilidade Civil Conexa com a Criminal; Objecto do Processo. [S.l.] : Universidade Católica Editora, 2017. Pp.13-15.

³ DIAS, Jorge De Figueiredo - Direito Processual Penal. Edição policopiada das lições coligadas por Maria João Antunes. Coimbra: FDUC Editora, 1988. P. 23.

⁴ BUEKENHOUT, Ines - A Investigação Criminal - Desafios presentes e futuros. Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses. N. 9. (2015). P. 11.

problema com a aprovação da Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009 de 15 de Setembro), prevendo a mesma um conjunto de disposições processuais de obtenção de prova específicas para o ambiente digital. Ainda assim, somos obrigados a aceitar que há ainda um longo caminho legislativo a percorrer que permita não só harmonizar a legislação actualmente existente em matéria de prova digital, mas também criar as ferramentas necessárias para ultrapassar os obstáculos ao nível da obtenção de prova no ambiente electrónico-digital ou virtual adaptando o direito à realidade tecnológica contemporânea. A propósito do método oculto em escolha, “ o agente encoberto/infiltrado, até aos dias de hoje, é aquele que mais contenda tem suscitado na doutrina. É um método que já existia no continente Europeu desde os finais dos anos cinquenta, mas somente a partir dos anos oitenta é que recebeu um forte impulso na sequência do aumento da criminalidade internacional. No continente americano, apesar de já ser um método bastante utilizado, somente em 1979 é que teve repercussões na opinião pública com o caso ABSCAM, sigla da empresa Abdul Enterprises Limited (tratava-se de uma empresa fictícia do Médio Oriente), constituída por “Under cover Agents”, que se disfarçaram de investidores árabes interessados em negócios nos Estados Unidos. Neste caso ocorreu uma operação que visava essencialmente testar a fiabilidade de certos membros da classe política, entre outras personalidades, dando-lhes oportunidades de praticarem atos de corrupção. Em Portugal, a figura do agente encoberto/infiltrado foi legalmente consagrada pela primeira vez, com o Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro (Lei da Droga). Em 2001, o Legislador criou o regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal – RJAE – Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto. Com este regime, altera-se a expressão, que constava da Lei da Droga, agente “infiltrado”, passando para agente “encoberto” e além disso alargou-se o âmbito de aplicação das acções encobertas que, até então, estavam circunscritas na Lei das Drogas e das medidas de combate à corrupção e à criminalidade económico-financeira. Decorridos seis anos, operou-se mais uma ampliação no regime fruto do artigo 188.º n.º2 da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho. Decorridos mais dois anos, tornou-se a ampliar o regime por força do artigo 19.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro – Lei do Cibercrime, permitindo o recurso às acções encobertas, sempre que estivessem em causa crimes cibernéticos.

Escolhemos este meio de obtenção de prova em ambiente digital como objecto do nosso trabalho devido aos desafios que ele comporta. Como sabemos o agente encoberto é já um meio de obtenção de prova bastante intrusivo dos direitos

fundamentais dos cidadãos e ao ser introduzido em ambiente digital esse perigo aumenta, pois há um grande leque de informação armazenada nos sistemas informáticos e, através da infiltração (atuação do agente encoberto/infiltrado), as autoridades judiciais competentes podem aceder a um conjunto de informação que abarca, toda vida pessoal de um indivíduo.

Sendo o processo penal direito constitucional aplicado, e há princípios estruturantes como o princípio da dignidade da pessoa humana, e o respeito pelos direitos fundamentais que daí advêm, como é o caso do direito à reserva da intimidade da vida privada, que é de extrema importância determinar os limites da actuação deste agente encoberto.

Importa, por último, explicar porque é que escolhemos investigar a figura do agente encoberto na rede social *Facebook*. Como sabemos o *Facebook* é, actualmente, a maior rede social, devido o número de usuários que detém no seu registo. Esta rede foi criada em Fevereiro de 2004, por Mark Zuckerberg e há algum tempo que tem sido alvo de inúmeras críticas desde os escândalos da Cambridge Analytica e outros, e por conta disto, passou a ser a rede objecto de inúmeras investigações criminais. Até porque é a rede-palco mais usada por cibercriminosos. Daí também ser este um dos motivos pelo qual, escolhemos esta rede.

Por fim, tendo em conta que não há ainda em Portugal estudos publicados ligados especificamente a esta temática, consideramos que seria interessante aproveitar para os desenvolver. Há é estudos e vários, ligados à figura do agente encoberto/infiltrado, acções encobertas em ambiente digital, mas não há esta ligação entre o agente encoberto/infiltrado na rede social *Facebook*, daí que, penso ser uma novidade que necessita de ser estudada.

2. PROVA DIGITAL

Os peritos do Fórum Mundial Económico em Davos elaboraram e publicaram em Janeiro de 2017 o relatório anual “Global Risks Report 2017”, sobre os riscos globais a nível mundial. Com base nos conceitos nele apresentados, entre os mais importantes para a comunidade mundial, nomeadamente no terceiro lugar, destacam-se os riscos tecnológicos – o roubo de identidade, manipulação de dados pessoais, ataques cibernéticos e crimes cibernéticos de grande escala⁵.

As pesquisas realizadas pela Europol estimam, que os prejuízos anuais de Estados-membros da União Europeia (UE), causados por cibercriminalidade, ascendem a 265 bilhões de euros. Para a economia mundial este valor aproxima-se aos 900 bilhões de euros. E este é apenas o lado financeiro do problema⁶.

Com base no panorama atual, merece relevância a opinião do ex-adjunto do Procurador-Geral em questões de segurança nacional do Ministério da Justiça de EUA John Carlin, que aponta para uma das tendências de propagação de ameaças cibernéticas nos próximos três (3) - cinco (5) anos – crimes cibernéticos cometidos com o apoio do Estado, e ataques realizados por espões cibernéticos cujo objetivo é o benefício financeiro⁷. Essa informação foi confirmada pelo Secretário-geral da NATO Jens Stoltenberg, que no decurso de uma conferência de imprensa em Bruxelas, em 15 de Fevereiro de 2017, afirmou, que a Aliança enfrenta sérios ataques cibernéticos, levados a cabo pelos hackers⁸, que operam não só em interesses próprios, mas também, em benefício do estado agressor.

Face ao aumento de crimes efectuados no ambiente digital, passa a ter um papel importante à investigação criminal. Tentaremos perceber em que é que ela se traduz e

⁵The Global Risks Report - [Em linha], [consult. 19 dez 2020] atual. 2017. Disponível em WWW:<URL:http://www3.weforum.org/docs/GRR17_Report_web.pdf>.

⁶ European Cybercrime Center - EC3 - [Em linha] [consult.19 dez 2020] Disponível em WWW:<URL:https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3>.

⁷ Especialista prevê um aumento no número de crimes cibernéticos patrocinados pelo estado. - [Em linha], atual. 53 / 13 de Fevereiro de. 2017. [consult. 19 dez 2020] Disponível em WWW:<URL:https://www.securitylab.ru/news/485310.php>.

⁸ hacker [équèr] ou [áquèr] «hackers», palavra inglesa, origina do verbo “to Hack”, que significa “Cortar”. É uma pessoa com habilidades de informática e programação, que se dedica a encontrar falhas, em ou acessar ilegalmente sistemas e redes computacionais. In Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2020 - [Em linha] [Consult. 19 dez 2020], Disponível em WWW:<URL:https://dicionario.priberam.org/hackers>.

de seguida aprofundar um dos seus métodos de obtenção de prova, os métodos ocultos e especialmente o método oculto de investigação que será o agente encoberto.

2.1. CONCEITO

Tal como tipifica o CPP (Código de Processo Penal), no seu livro III, art.º 124º, a prova mostra-se como um dos instrumentos cruciais para a descoberta dos agentes criminosos, da sua punibilidade ou a não punibilidade e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis. Como sabemos, o princípio da admissibilidade de provas, vem tipificado nos termos do art.º 125.º do CPP, onde resulta que, são admitidas todas as provas que não forem proibidas por lei, provas estas, que devem obedecer as regras gerais relacionadas com a admissibilidade, autenticidade, precisão e integridade⁹. Assim, podemos afirmar que, decorre deste preceito legal que, as provas de índole digital são admitidas por lei desde que, cumpram os critérios estritos de legalidade, objetividade¹⁰ e respeito pela dignidade humana.

Em atenção a novidade da Lei do Cibercrime, no nosso ordenamento jurídico não existe uma definição de prova digital, não havendo, parece querer passar a batata quente às mãos da jurisprudência e doutrina¹¹. Mergulhando na doutrina, verificamos uma escassez de autores a debruçarem-se sobre esta temática, mas, apesar dessa escassez conceitual, destacam-se dois autores que apresentaram uma definição consoante o percurso do seu estudo. Para Armando Dias Ramos, a prova digital é descrita como a “informação passível de ser extraída de um dispositivo eletrónico (local, virtual ou remoto) ou de uma rede de comunicações. Pelo que esta prova digital, para além de ser admissível, deve ser também autêntica, precisa e completa”¹².

Já Benjamim Silva Rodrigues, define prova digital como “qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada [em repositório eletrónico-digitais de armazenamento], ou transmitida em [sistemas e redes informáticas ou redes de comunicações eletrónicas], privadas ou publicamente acessíveis, sob a forma binária

⁹ RAMOS, Armando Dias - A Prova Digital em Processo Penal: O Correio Eletrónico. Lisboa: Chiado editora, 2014, p 85.

¹⁰ Cf. Idem, p 85.

¹¹ RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, p 99.

¹² RAMOS, Armando Dias - A Prova Digital em Processo Penal: O Correio Eletrónico. Lisboa: Chiado editora, 2014, p 86.

ou digital”¹³. Já em Julho o Scientific Working Group on Digital Evidence (SWGDE) caracterizava, A “Digital Evidence” como «qualquer informação com valor probatório que se encontra armazenada ou é transmitida sob a forma binária (Digital evidence is information of probative value that is stored or transmitted in a binary form)». Nesse encontro científico, O SWGDE, adoptou determinadas definições, que vagarosamente foram apreendidas por vários investigadores e, hodiernamente aceite pela comunidade científica internacional. Assim na International Hi-Tech Crime and Forensic Conference, realizada em Outubro de 1999, em Londres, o Scientific Working Group on Digital Evidence apresentou definições, standards e princípios, relevantes para demonstrar à comunidade forense internacional a natureza da prova digital e o caminho investigativo, de forma a garantir a sua força probatória¹⁴. Elencamos algumas delas devido a sua relevância para a compreensão do contexto da prova digital:

- I) *Aquisição ou recolha da prova eletrónico-digital*: ela ocorre quando a informação e/ou componentes físicos são recolhidos ou armazenados com vista a serem examinados. O termo “*evidência*” implica que quem recolhe a prova seja reconhecido pelo tribunal. O processo que deve ser legalmente admitido e apropriado de acordo com as regras de produção da prova do local. Os dados ou o objeto apenas se torna prova quando assim é considerado por um oficial de justiça ou alguém por ele designado.
- II) *Dados de objetos*: objetos ou informação de potencial valor probatório associados com elementos físicos. Dados de objetos podem ocorrer em diferentes formatos sem que se altere a informação original.
- III) *Prova digital*: informação com valor probatório armazenada ou transmitida em forma digital.
- IV) *Elementos físicos*: elementos nos quais os objetos com informação ou a informação podem ser armazenados e/ou para os quais os dados dos objetos são transferidos.

¹³ RODRIGUES, Benjamim Silva - *Das Escutas Telefónicas. À Obtenção da Prova [Em Ambiente] Digital. A Monitorização Dos Fluxos Informacionais E Comunicacionais*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, P 573.

¹⁴ Cf. Idem, pp 573-574. E cf. também Digital Evidence: Standards and Principles Scientific Working Group on Digital Evidence (SWGDE)International Organization on Digital Evidence (IOCE) - [Em linha], atual. abril de. 2000. [Consult. 19 dez 2020] Disponível em WWW:<URL:<https://archives.fbi.gov/archives/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2000/swgde.htm>>.

- V) Prova digital originária: elementos físicos e dados de objetos associados com elementos no momento da recolha ou apreensão.
- VI) Duplicação da prova digital: a reprodução de fidedigna de todos os dados contidos num objeto ou num elemento físico.
- VII) Cópia: a reprodução de informação contida em elemento físico original, independente do original¹⁵.

2.2. CARACTERÍSTICAS

Atendendo a sua especificidade, tal como se presume, a prova digital, carece de ser tratada de forma autónoma e diferente, ou seja, de modo cuidadoso sob pena de inutilidade. É certo que, a apreensão deste tipo de prova não deve proceder tal como a apreensão das provas tradicionais, tal como exemplifica Armando Dias Ramos, a apreensão de uma “carta ou um outro qualquer documento”¹⁶. Assim sendo, é necessário prevenir, proteger tal obtenção.

No entanto, apesar do impacto que teve a determinação dos standards necessários que devem caracterizar a prova digital, certo é que, por se tratar de uma prova tecnicamente complexa e carente de interpretação especializada, será um cenário difícil de se afirmar.

¹⁵ RODRIGUES, Benjamim Silva - Das Escutas Telefónicas. À Obtenção da Prova [Em Ambiente] Digital. A Monitorização Dos Fluxos Informacionais E Comunicacionais. Coimbra: Coimbra editora, 2009, Acquisition of Digital Evidence: Beggins When information and/or Physical items are collected or stored for examination purposes. The term “evidence” implies that the collected of evidences is recognized by the courts. The process of collecting is also assumed to be a legal process and appropriate for rules of evidence in that locality. A data object or physical item only becomes evidence when so deemed by a law enforcement official or designee.

Data objects: objects or information of potencial probative value that are associated with physical items. Data objects may occur in different formats without altering the original information.

Digital evidence: information of probative value stored or transmited in digital form.

Phisycal items: items on which data objects or information may be stored and/or through which data objects are transferred.

Original Digital evidence: physical items and the data objects associated with such items at the time of acquisition or seizure.

Duplicate digital evidence: an accurate digital reproduction of all data objects contained on an original physical item.

Copy: an accurate reproduction of information contained on an original physical item, independent of the original physical item. Pp 574-575.

¹⁶ RAMOS, Armando Dias - A Prova Digital em Processo Penal : O Correio Eletrónico. Lisboa : Chiado editora, 2014, refere este autor que, efectivamente a apreensão da prova digital não requer o mesmo tratamento que é dado quando se apreende uma carta ou um outro qualquer documento...daí que a “custódia da prova” se revele como pilares cruciais neste tipo de obtenção de prova. P.87.

Entre as características que permitem distinguir a *prova digital* e torná-la *autónoma e especial*. Segue-se:

Caracter temporário: tem que ver com a questão de que, os prestadores de serviços de internet estarem obrigados ao abrigo da Lei n.º 32/2008 de 17 de Julho, a efetuar no espaço de 1 ano, a salvaguarda dos dados de tráfego. A diretiva que deu origem a esta lei foi considerada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no acórdão da Grande secção, de 8 de Abril de 2014, como inválida. A recolha da prova digital deverá ser efetuada de forma célere, cumprindo os cuidados necessários, sob pena de perder a sua integridade. Assim, basta que não se salguarde no prazo supra referido para que não se concretize determinadas finalidades da investigação criminal digital, como por exemplo a identificação do agente criminoso, das mensagens ou emails de atos preparatórios de um homicídio ou de uma ofensa¹⁷, dificultando desta forma, a sua conservação num dispositivo eletrónico-digital o que permite aumentar o período de utilidade investigativa, para além do habitualmente considerado.

Depois do carácter temporário, segue a sua fungibilidade, a prova digital é fungível devido a rápida ou fácil substituição dos dados informáticos por outros.

De seguida, segue-se aquilo é a imaterialidade ou invisibilidade: a “prova analógica” ou física, por natureza é material por contraposição a prova digital, porque pressupõe a incorporação da representação num suporte material de gradeza física variável sem o qual a representação não existe, já a prova digital embora estando incorporada num suporte material, é composta por uma sequência de bits, e existe independentemente do tipo de suporte físico no qual é incorporada. Impõe ao investigador forense, ser conhecedor ou o conhecimento de técnicas específicas, sob pena de se perder a força de prova, na eventualidade de o investigador a alterar consideravelmente, por desconhecer a sua presença.

Esta prova carece de um transportador, mas, não se esgota nele. Assim, da imaterialidade num suporte físico torna a prova digital especialmente frágil e volátil¹⁸.

¹⁷ ACÓRDAO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção) 8 de abril de 2014 «Comunicações eletrónicas — Diretiva 2006/24/CE — Serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações — Conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta desses serviços — Validade — Artigos 7.º, 8.º e 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia» - [Em linha] [Consult. 24 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0293>. E cf. também Cit.16, p. 88.

¹⁸ RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, p.106.

É frágil a prova digital, porque como refere David Silva Ramalho, o seu manuseio descuidado ou pouco cuidado, facilmente resultará na alteração das suas propriedades ou no seu desaparecimento. Este desaparecimento poderá ocorrer por influência do próprio ou de terceiros utilizadores¹⁹. Por hipótese: especialmente no que diz respeito à identificação do agente que acede à rede e pode porventura provocar o crime, torna-se difícil, senão muitas vezes impossível determinar a pessoa que utilizou da tecnologia de informação, (Computador, Telemóvel, Tablet, etc.) pois na realidade, esta identidade não pode ser confirmada visualmente. Todo e qualquer número, ou código identificador do agente, em qualquer rede pública, tem a sua valoração mitigada em razão de ser possível a alteração desses dados. A confirmação plena de que foi o cidadão Y ou Z a realizar determinado acto, na determinada hora, no determinado dispositivo eletrónico, é no mínimo complicada. Normalmente, a identificação do dispositivo é possível, tendo em conta o IP [Internet Protocol]²⁰. Com este IP, não é possível obter a identificação do utilizador do computador, mas somente Informação do reconhecimento e localização do computador. Estando na alçada do investigador forense a necessidade de redobrar os cuidados a tomar. Antes de recolher a prova, deverá identificar, de forma ainda mais rigorosa, qual o tipo de prova digital em causa, apenas com essa identificação, poderá o investigador garantir a força probatória da prova digital, sem perigo de esta ser alterada ou desaparecer.

Existindo esta possibilidade de alteração ou desaparecimento, o investigador deverá ainda considerar a prova digital pela sua natureza volátil ou instável. Esta volatilidade demonstrada por esta prova, oriunda da constante mutabilidade que a caracteriza, torna mais difícil a sua apreensão. Tal dificuldade verifica-se em situações em que o investigador se depara inicialmente com uma prova com certas características, e posteriormente, esta se modifica, total ou parcialmente.

¹⁹ Cf. Idem. Refere o autor que, é frágil porque a sua “manipulação descuidada facilmente resultará na alteração das suas propriedades ou mesmo no seu desaparecimento, o que pode ocorrer por influência do utilizador – seja por mero acesso aos dados, seja pela gravação do ficheiro após a sua edição ou mesmo de forma automática pelo sistema operativo. Por outro lado, essa fragilidade resulta, no caso da prova acessível remotamente da possibilidade de um terceiro aceder por via remota à prova com o intuito de a alterar ou eliminar”. P. 106.

²⁰ Cf. Conceito e ou significado de Internet Protocol, é uma identificação de dispositivo (computador, impressora, etc.) numa rede local ou pública. Cada computador na internet possui um IP (Internet Protocol) único, sendo este o meio em que as máquinas usam para comunicarem entre si na internet. BORGES, Fernando - Entenda o protocolo IP e a diferença entre IPv4 e IPv6 - [Em linha], atual. 30 jan. 2011. [consult. 19 dez 2019] Disponível em WWW:<URL:<http://tecnologia.terra.com.br/internet/entenda-o-protocolo-ip-e-a-diferenca-entre-ipv4-e-ipv6,3a98fe32c8bda310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>.

O especial carácter frágil e volátil da prova digital urge da necessidade de uma resposta rápida e tecnicamente qualificada, não apenas, para a preservação da “cadeia de custódia”²¹, mas também, para possibilitar aceder a dados que de outro modo seria de acessibilidade difícil.

Na sequência do que supra se referiu, a investigação forense deverá ter em conta a disseminação da prova digital, ou seja, esta poderá encontrar-se espalhada por vários “terminais, computadores e redes que se estendem por uma vasta área espacial/virtual ou geográfica”²².

A abordagem da investigação forense em ambiente digital, deverá fundamentar-se com o carácter difuso e disperso da criminalidade informática, não havendo concentração dos seus elementos integrantes do complexo informático. Como supra referido, a prova digital abrange impulsos eletromagnéticos momentâneos importantes para a rede ou sistema informático de comunicações eletrónicas. Tal que, a prova digital caracteriza-se como mutável e dinâmica. Assim, o investigador forense/criminal que apreende a prova informático-digital²³, deverá reunir habilidades informáticas que lhe são requeridas com este tipo de prova, quer na apreensão, manuseamento, transporte e na análise/exame que recairá posteriormente sobre a mesma.

Depois de explicar-mos as características da prova eletrónico-digital, passaremos a indagar sobre os princípios que circundam em torno deste tipo de prova, como não podia ser diferente, e até mesmo de modo a permitir consistência à “cadeia de custódia”, este tipo de prova também deverá observar princípios estritos e autónomos²⁴, para além de se lhe aplicar os princípios gerais do processo penal em matéria de prova.

²¹ RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra : Almedina Editora, 2017, exemplifica o autor, o reportando-se na recolha do metadado, isto é, na extração de dados, como sejam a data e hora em que o ficheiro foi criado, modificado..., ou escrito, quem tinha permissão para a ele aceder, qual o nome constante do computador/Software do seu autor e/ou da última pessoa que o editou e, no caso dos emails, quem foram os destinatários incluindo em blind carbon copy (bee)”. Pp. 106-107.

²² Cf. Idem, p.108. A este propósito ainda, cf. também. RODRIGUES, Benjamim Silva - Das Escutas Telefónicas. À Obtenção da Prova [Em Ambiente] Digital. A Monitorização Dos Fluxos Informacionais E Comunicacionais. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p 577.

²³ RODRIGUES, Benjamim Silva - Das Escutas Telefónicas. À Obtenção da Prova [Em Ambiente] Digital. A Monitorização Dos Fluxos Informacionais E Comunicacionais. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p 577.

²⁴ Foram consagrados princípios na Internacional Hi-tech Crime and Forensics Conference. Digital Evidence: Standards and Principles Scientific Working Group on Digital Evidence (SWGDE)International Organization on Digital Evidence (IOCE) - [Em linha], atual. abril de. 2000. [Consult. 19 dez 2020] Disponível em WWW:<URL:https://archives.fbi.gov/archives/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2000/swgde.htm>.

2.3. PRINCÍPIOS

Na esteira do defendido por Benjamin Silva Rodrigues, compete-nos considerar que, a prova digital deverá também ver reconhecidos os princípios específicos respeitantes às características da prova concreta, para além dos princípios genéricos, observando o princípio da cumulação dos princípios probatórios do processo penal e da investigação forense.

De modo a garantir a integridade da prova penal obtida durante os atos de recolha, armazenamento e tratamento, deverá a prova digital respeitar um princípio de não alteração da prova no ato de recolha. Impõe-se que, durante a investigação, o investigador digital retire da sua conduta qualquer atuação que contamine os dados obtidos com elementos alheios ao sistema ou rede informáticos investigados²⁵.

Neste tópico, também tem especial relevo, o princípio da especialização ou qualificação do pessoal adstrito à investigação forense digital. As etapas de acesso, recolha, conservação e análise competirá ao pessoal especializado, que, munidos de conhecimentos técnicos, impedirão o corrompimento ou deficiente manuseamento da prova, e a sua posterior inadmissibilidade.

Outro crucial princípio consiste na garantia de documentação em todas as fases processuais (acesso, recolha, armazenamento, transferência, preservação e apresentação ou repetição da prova digital). É indispensável a documentação de todas as etapas da investigação, de forma a tornar exequível a integridade da “cadeia de controlo”. Neste princípio, pretende-se garantir um controlo reforçado dos investigadores responsáveis pela investigação digital. Somente, através da “reversão dinâmica”²⁶, será possível repetir a prova, incumbindo aos agentes competentes a tarefa de descrever minuciosamente os resultados obtidos na fase anterior.

De acordo com o princípio da pessoalidade do controlo da cadeia de custódia da produção da prova digital, imputa-se pessoalidade à cadeia de controlo. Ou melhor, cada profissional de investigação forense digital será responsável por controlar a “cadeia de custódia” das provas que recolher ou produzir, de maneira a garantir a força probatória desse material. Assim, excluem-se do acesso a objetos sob

²⁵ RODRIGUES, Benjamim Silva - *Das Escutas Telefónicas. À Obtenção da Prova [Em Ambiente] Digital. A Monitorização Dos Fluxos Informacionais E Comunicacionais*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 578.

²⁶ Cf. *Idem*, p. 579.

investigação forense qualquer terceiro ou agente alheio à investigação. Esta peculiaridade tendencialmente pessoal dada à investigação leva a que cada prova seja recolhida, manuseada, analisada e fundamentada por apenas um perito ou conjunto de peritos tecnicamente qualificados e identificados no processo em que a prova fora obtida e analisada.

E finalmente, quanto ao último princípio que observará a prova digital, é o da responsabilização repartida dos vários intervenientes na produção da prova digital no respeito dos princípios de investigação digital, de acordo com este, impenderá a cada agência ou perito a responsabilidade por recolher, aceder, armazenar e transferir a prova sob a sua alçada investigativa. Obrigando-se, os técnicos e os organismos intervenientes na investigação a respeitarem os princípios relativos à produção e análise forense, assegurando-se de modo complementar e cumulativo, o valor probatório e a integridade da prova objeto da investigação forense digital²⁷.

Em conclusão, para proteger a validade da prova digital durante a investigação, as fases processuais da prova deverão observar regras de cumprimento imperativo. Crucialmente releva, a documentação de qualquer operação efetuada e a intervenção no processo de peritos tecnicamente qualificados para garantir a admissão e consequente valoração da prova em tribunal.

Depois de abordarmos os princípios da prova digital, focaremos agora, na questão do regime das leis reguladoras da prova digital, ou melhor, qual o regime jurídico que deve observar a prova digital.

2.4. REGIME JURÍDICO DA PROVA ELECTRÓNICO-DIGITAL

Leis reguladoras

Na esteira de Conde Correia, sem sombra de dúvida, que nos dias de hoje, a prova digital constitui o fulcro da generalidade dos nossos processos penais.

Atualmente, o quadro processual penal em matéria de prova digital integra, essencialmente, três diplomas legais: como não podia deixar de ser, o Código de Processo Penal em primeiro lugar, de seguida, a Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho (lei que regula a conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta dos

²⁷ Cf. *Ibidem*, p. 580.

serviços de comunicações eletrónicas) e a Lei n.º 109/2009 de 15 de setembro (Lei do Cibercrime). Distintos diplomas e aplicáveis para aspetos específicos da mesma realidade.

Com a permanência de três diplomas, o Código de Processo Penal vê a sua desejável predominância normativa ameaçada pela constante descodificação causada pela sua dissemelhança, levando, frequentemente à incoerência e ao insucesso prático das soluções legais. Passaremos de seguida a analisar cada diploma.

2.4.1. A PROVA DIGITAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

No que diz respeito ao CPP, a prova digital, é referida nos artigos 189.⁰²⁸ e 190.º. É assente a nível da doutrina, que não se encontram nestas disposições legais, um regime específico relativo à prova digital, mas antes sim, uma menção para os artigos 187.º e 188.º do diploma em análise. No artigo 189.º refere o Código de processo penal que, se aplica similarmente às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio eletrónico diferente dos já tipificados na lei (ex. telefone), a mesma admissibilidade, requisitos e ou pressupostos formais e materiais das interceções das escutas telefónicas.

²⁸ CORREIA, João Conde - A prova Digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter. Revista do Ministério Público. N.139. 2014, p. 31.

- Na versão originária do CPP, o artigo 190.º, estendia o regime das escutas telefónicas «às conversações ou comunicações transmitidas por meio eletrónico (diferente do telefone)», a título de confirmação constitucional deste regime, cf. (AC. do T.C nº 8/87, de 9 de janeiro). Com a concretização da lei nº 59/98, de 25 de Agosto, o legislador embarçou este preceito, estendendo aquele regime «às conversações ou comunicações transmitidas, por correio eletrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, bem como à interceção das comunicações entre presentes». Permitindo assim, o reconhecimento, por parte do legislador das potencialidades probatórias do correio eletrónico.

Com a Lei nº 48/2007, de 29 de agosto, o legislador modificou a numeração daquele artigo (passou a ser 189º nº1) e permaneceu com a equiparação, estendendo às «conversações ou comunicações transmitidas por correio eletrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, “mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital” e à interceção das comunicações entre presentes». E a introdução do número dois (2).

Passando a citar: artigo 189º do CPP (extensão)

O disposto nos artigos 187.º e 188.º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio eletrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à interceção das comunicações entre presentes.

A obtenção e junção aos autos de dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas, em qualquer fase do processo, por despacho do juiz, quanto a crimes previstos nos termos do n.º 1 do artigo 187.º e em relação às pessoas referidas no n.º 4 do mesmo artigo.

Artigo, apelidado por Costa Andrade como “casa dos horrores hermenêuticos”²⁹, tal disposição legal abrange inúmeras realidades distintas, carecidas de tutela e condições distintas, gerando incerteza e insegurança jurídicas e embaraçando o controlo, por parte das instâncias formais competentes. Subscrevemos o ponto de vista do mesmo autor, que ao integrar o e-mail guardado no computador no regime das interceções das escutas telefónicas põe-se em causa a investigação criminal, dado que, passa a garantir ao meio informático um regime menos sólido e estável do que o regime das escutas telefónicas. Com a inclusão da alínea “mesmo que se encontrem guardados em suporte digital”, o legislador, não só veio embaraçar a prova obtida no âmbito das escutas telefónicas, como ofender o interesse da investigação, ao impossibilitar a interceção de comunicações electrónicas ou a obtenção dos dados de tráfego relativos a crimes informáticos, como a injúria ou a devassa da vida privada³⁰. Evidentemente, que o legislador ao estender o regime das escutas telefónicas ao regime do correio electrónico (art.189.º CPP), equivocou-se, limitando os meios excepcionais de investigação, sujeitando-os ao catálogo das interceções telefónicas (art.187.º, n.º 1, do CPP). E impedindo que, nos crimes, em que seja necessário e legítimo a intromissão, dificultando a investigação com êxito destes crimes. Portanto, podemos dizer que estamos em presença de uma norma bastante limitadora, com natureza restritiva de admissibilidade de utilização, ocasionando um entrave processual na investigação dos crimes informáticos. Seria possível a sua utilização apenas em processos similares a crimes previstos no art.º 187.º, n.º 1 do CPP, ficando de fora, o recurso em processo onde seria essencial a sua recolha.

2.4.2. LEI N.º 32/2008, DE 17 DE JULHO

Foi a Lei n.º 32/2008 de 17 de Julho, que transpôs a Diretiva 2006/24/CE³¹ do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Março, para a ordem jurídica portuguesa. A presente lei visa regular a conservação de dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e coletivas, bem como dos dados conexos

²⁹ ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal : observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 185.

³⁰ CORREIA, João Conde - A prova Digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter. Revista do Ministério Público. N.139. 2014, pp. 31-32.

³¹ Directiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Março de 2006 relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Directiva 2002/58/CE - [Em linha] [Consult. 19 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0024&from=FI>.

necessários, para identificar o assinante ou o utilizador registado, para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves. (cf. Art.º 1º da Lei). Esta Lei 32/2008 de 17 de Julho³² especifica os crimes, cuja prevenção, deteção e repressão justifica a imposição deste tratamento de dados pessoais.

Na presença de um catálogo restritivo de crimes, a transmissão de tais dados depende de despacho fundamentado do JIC (juiz de instrução criminal). Obviamente, se os estabeleceu indispensáveis para a descoberta da verdade, sendo impossível ou bastante difícil de alcançar sem tais provas. Alude-se, nos termos do artigo 9.º, n.ºs 1 e 2 da Lei em análise a necessidade de obediência do princípio da proporcionalidade, nas suas três aceções (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido stricto ou stricto sensu). E ainda no seu n.º 3, verifica-se uma restrição no que toca a transmissão de dados, sendo permitido transmitir dados relativos: ao suspeito ou arguido; pessoas suspeitas de receber ou transmitir mensagens que se destinam ou que proveem dessas pessoas suspeitas e a própria vítima (se esta consentir de forma efetiva ou presumida).

Assim a Lei n.º 32/2008 de 17 de Julho, contém normas que preveem a restrição ou ingerência nos direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais. Dado que, ao permanecer os mesmos requisitos de acesso e ao estabelecer no Código de Processo Penal normas gerais e na Lei n.º 32/2008 normas especiais, o legislador não autonomizou o regime especial, tornando-o num regime inútil ou até mesmo desnecessário. Esta duplicação de regimes seria contornada, ou até resolvida, caso o acesso aos dados fosse regulado pela lei geral, autonomizada da lei extravagante, que apenas regularia as questões técnicas à sua conservação preventiva, mantendo-se a centralidade normativa da Lei Processual Penal³³.

³² Cf. Lei n.º 32/2008 de 17 de Julho Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações. - [Em linha] [Consult. 19 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://dre.pt/pesquisa/-/search/456812/details/normal?q=Lei+n.ºC2%BA%2032%2F2008%2C%20de+17+de+Julho>.

³³ CORREIA, João Conde - A prova Digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter. Revista do Ministério Público. N.139. 2014, pp. 33-34.

2.4.3. LEI 109/2009 DE 15 DE SETEMBRO

O primeiro trabalho internacional com especial relevo sobre o crime no ciberespaço³⁴, foi a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa (CCIBER)³⁵, adoptada em Budapeste em 23 de novembro de 2001, na sua elaboração participaram especialistas de todo mundo.

No que concerne à Decisão-Quadro n.º 2005/222/JAI, do conselho³⁶, de 24 de Fevereiro, que, conforme estabelece o seu artigo 12.º, os Estados-membros estavam obrigados a conformarem a sua legislação interna a esta Decisão-Quadro até 16 de Março de 2007. Pelo que, já incorremos com um atraso de dois anos e meio até a existência da Lei do Cibercrime (LC).

Portugal aprovou e ratificou a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa, adotada em Budapeste em 23 de Novembro de 2001 (CCIBER) e consagrou nos artigos 2.º da Resolução da Assembleia da República n.º 88/2009³⁷ e Decreto do Presidente da República n.º 89/2009³⁸, ambos de 15 de Setembro, a seguinte reserva:

«Portugal não concederá a extradição de pessoas:

- a) Que devam ser julgadas por um tribunal de exceção ou cumprir uma pena decretada por um tribunal dessa natureza;
- b) Quando se prove que são sujeitas a processo que não oferece garantias jurídicas de um procedimento penal que respeite às condições internacionalmente reconhecidas como indispensáveis à salvaguarda dos direitos do homem, ou que cumprirem a pena em condições desumanas;
- c) Quando reclamadas por infração a que corresponda pena ou medida de segurança com carácter perpétuo.

³⁴ VENÂNCIO, Pedro Dias - Lei do Cibercrime - Anotada e Comentada. [S.l.] : Wolters/Kluwer Coimbra Editora, 2011, pp. 29-30.

³⁵Cf. Convenção sobre o cibercrime [Em linha] [Consult. 19 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d76574339305a58683062334d76634842794d544d794c5668664d53356b62324d3d&fich=ppr132-X_1.doc&Inline=true>.

³⁶ Cf. Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho de 24 de Fevereiro de 2005 relativa a ataques contra os sistemas de informação - [Em linha] [Consult. 19 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32005F0222>.

³⁷ Cf. Resolução da Assembleia da República n.º 88/2009 - [Em linha] [Consult. 18 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://dre.pt/pesquisa/-/search/489698/details/maximized>.

³⁸Cf. Decreto do Presidente da República n.º 89/2009 - [Em linha] [Consult. 18 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://dre.pt/pesquisa/-/search/489714/details/maximized?print_preview=print-preview>.

Portugal só admite a extradição por crime punível com pena privativa da liberdade superior a um ano.

Portugal não concederá a extradição de cidadãos portugueses.

Não há extradição em Portugal por crimes a que corresponda pena de morte segundo a lei do Estado requerente.

Portugal só autoriza o trânsito em território nacional de pessoas que se encontre nas condições em que a sua extradição possa ser concedida.»

A Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, terceira e última (até ao momento) lei que trata sobre a prova digital, é uma lei também extravagante, tal como a (Lei n.º 32/2008 de 17 de Julho), denominada Lei do Cibercrime. Tal Lei n.º 109/2009 de 15 de Setembro, vem estabelecer as disposições penais materiais e processuais, bem como as disposições relativas à cooperação internacional em matéria penal, relativas ao domínio do cibercrime e da recolha de prova em suporte eletrónico, transpondo para a ordem jurídica interna a Decisão-Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adaptando o direito interno à convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa. As suas disposições processuais penais, aplicam-se aos crimes informáticos em sentido restrito ou estrito, aos crimes cometidos por meio de sistema informático, e ainda aos crimes que haja necessidade de se proceder à recolha de prova em suporte eletrónico. Assim, podemos dizer sem linhas de dúvidas, que a Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, passa a ter como âmbito a matéria de prova, configurando as disposições processuais no seu capítulo II, prevendo entre os artigos 12.º e 26.º, o catálogo dos métodos de obtenção de prova (que trataremos no capítulo seguinte desta investigação). Com esta Lei do Cibercrime, o legislador garante à justiça portuguesa um sistema processual de prova digital capaz de satisfazer as exigências internacionais, reservando o imprevisto e contradição, que remotamente se fazia sentir na busca pela verdade e pela justiça.

3. MÉTODOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Depois de esmiuçadas as peculiaridades na recolha, tratamento e conservação da prova eletrónico-digital e as avultadas dificuldades que a mesma carrega para a investigação criminal, para já, compete-nos, dissecar sobre os cruciais problemas jurídicos levantados pelos métodos ocultos de investigação criminal em processo penal, (referimo-nos a questão do conceito de face oculta ou método oculto, por contraposição aos métodos abertos, as esferas de agressão dos métodos e os princípios conformadores dos métodos em geral), antes de seguirmos com a ligação dos dois temas. E de seguida, focaremos no método objecto da nossa investigação, que é o agente encoberto em ambiente digital.

3.1. ASPECTOS PRELIMINARES: CONCEITO E ESFERAS OU PLANOS DE AGRESSÃO DOS MÉTODOS OCULTOS

Desde a década de setenta que os métodos ocultos de investigação criminal integram a experiência processual penal³⁹. Assim, retiramos aquela ideia de que, os métodos/meios ocultos de investigação criminal são integralmente novidade, dado que não corresponde inteiramente a verdade, mas verdade seja dita, que esses métodos ganharam força na ordem jurídica nacional, concretamente no direito processual penal nestas últimas décadas.

Foi precisamente, com a reforma do Processo Penal de 2007, desencadeada por intermédio da Lei n.º 48/2007, de 28 de Agosto, - que permitiu a “desocultação, sistematização e uniformização⁴⁰” dos métodos ocultos de investigação.

Podemos definir métodos ocultos de investigação, como aqueles mecanismos e ou técnicas que se evidenciam introsivos nos processos de acção, interação, informação e comunicação das pessoas concretamente visadas, carecendo as mesmas de consciência, conhecimento⁴¹ destas violações trazidas por estes métodos ocultos.

Por conta desta falta de abertura dos métodos, ou melhor desta “ocultação de faces”, as pessoas, continuam a incriminarem-se ou autocriminarem-se, como se nada fosse,

³⁹ ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007,p. 277.

⁴⁰ RODRIGUES, Benjamim Silva - Da Prova Penal. Bruscamente... A (S) Face (S) Oculta (S) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal. [S.l.] : Rei dos Livros Editora, 2010, p. 37.

⁴¹ Cf. Cit. 39, p. 277.

como se nada estivesse a passar no momento, agem, interagem e comunicam-se de forma ingênua. Cômico do alto grau de invasão destes métodos ocultos de investigação, urge a necessidade de aumentar a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos atingidos. E, ao “vomitar” os perseguidos (suspeitos), aquilo que de sua consciência não fariam, conduz a “confissões” conseguidas de forma obscura, forçada, obrigada, não porque esteja exactamente a ser esforçada ou coagida, mas porque o método em si, leva a que isso aconteça. A título de exemplo, quando o suspeito detalha os elementos constituintes de um crime de homicídio ao agente encoberto, ao homem de confiança, veja-se que ele pensa que aquele agente é uma pessoa igual a ele/s, nem imagina que se trata de um bufo disfarçado.

Os métodos ocultos, sejam eles os clássicos conhecidos ou novos e pouco conhecidos ou até mesmo desconhecidos (e.g agentes provocadores, “homens de confiança”, videovigilância, “espionagem informática”, “buscas on-line”, fotografias ou gravações subreptícias, microfones à distância, gravações ambientais, espionagem acústica domiciliária”, IMSI-Catcher-IMEI-, localização e rastreamento por via de GPS, monitorização informática viral, localização celular, radares ocultos, agente policial estradal provocador⁴²,etc) fazem parte do_“trajecto investigatório policial e judiciário, a nível nacional e internacional, ganhando espaço, e pelos vistos «vieram para ficar»”⁴³.

A utilização de um método oculto de investigação, faz com que se agrave, multiplique e amplie os efeitos lesivos, limitadores e aniquiladores do núcleo essencial dos direitos fundamentais implicados.

Assim, quando falamos em esferas de agressão dos métodos ocultos de investigação, referimo-nos, justamente na proliferação, no agravamento dos direitos fundamentais implicados, sejam eles direitos liberdades e garantias (DLG) ou direitos económicos, sociais e culturais (DESC) ou ainda políticos. E essas esferas de agressão dão-se no plano material-substantivo, adjectivo-processual e oculta (propriamente dita). Passaremos a explicar cada uma delas, exemplificando os direitos envolvidos.

⁴² ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007, p. 278.

⁴³ RODRIGUES, Benjamim Silva - Da Prova Penal. Bruscamente... A (S) Face (S) Oculta (S) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal. [S.l.]: Rei dos Livros Editora, 2010, p. 40.

3.1.1. ESFERA MATERIAL-SUBSTANTIVO

Tal como se pode tentar presumir pela denominação, esta esfera, ou plano material de agressão, refere-se ao conteúdo ou substância da lesão, ou seja, sacrificam-se, os DLG com alto relevo. Como por exemplo: a privacidade, intimidade, palavra, imagem, sigilo profissional, inviolabilidade do domicílio, segredo de Estado, sigilo das telecomunicações, confidencialidade e integridade dos sistemas técnico-infomacionais, autodeterminação informacional e comunicacional, etc⁴⁴.

3.1.2. ESFERA ADJECTIVO-PROCESSUAL

Nos termos dos artigos 24.º a 37.º da atual Constituição da República Portuguesa (CRP), vem consagrado parte dos princípios constitucionais nucleares do processo penal em vigor, que justificam um verdadeiro Estado de Direito Democrático, alicerçado na ideia de dignidade da pessoa humana⁴⁵ (artigos 1.º, 2.º e 9.º alínea b). Nesta esfera ou plano, os métodos ocultos também provocam efeitos devastadores, sacrificam: o direito a recusar testemunho ou depoimento (vem consagrado nos artigos 134.º e 135.º do CPP), o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, o direito ao silêncio (tipificado no artigo 61.º, n.º 1, alínea d), do CPP), o direito à liberdade de auto-incriminação ou proibição de auto-incriminação, o princípio *in dubio pro reo*, padecendo todos eles de fraude na sua obtenção, devido às declarações inconscientes e forçadas que estes métodos ocultos de investigação causam.

No âmbito destes métodos ocultos de investigação, o arguido deixa de ser considerado sujeito processual penal, avizinhandose assim como um “mero objecto do processo”. Os julgamentos públicos deixam de ser os centros de gravidade das decisões, devido o resultado das investigações ocultas, deste modo, afastando e enfraquecendo cada vez mais a figura do juiz em detrimento do Ministério Público e principalmente da polícia. Assim abre-se a “era das falsificações estético-existenciais” e dos “ataques massivos à privacidade electrónico-digital”⁴⁶. Cientes do estrago que a natureza destes métodos ocultos de investigação causam, rompendo esferas jurídicas de um universo de pessoas, o que se pretende é que o investigador digital restrinja ao

⁴⁴ RODRIGUES, Benjamim Silva - *Da Prova Penal. Bruscamente... A (S) Face (S) Oculta (S) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*. [S.l.]: Rei dos Livros Editora, 2010, pp. 41-42.

⁴⁵ Cf. *Idem*, p.42.

⁴⁶ Cf. *Ibidem*, p. 42.

máximo os seus efeitos vorazes e intrusivos, deste modo, evitando atingir mais pessoas do que as projectadas e mais direitos do que os preliminarmente projectados.

3.1.3. ESFERA OCULTA DE AGRESSÃO

Para além da esfera ou plano material-substantivo, da esfera ou plano adjectivo-processual de agressão, os métodos ocultos de investigação também têm efeitos bastante agravados na esfera oculta de agressão, desde logo, pelo facto de terem natureza “oculta” deriva que, ao carecerem de conhecimento os projectados, do método secreto de investigação criminal imposto antes e no decorrer da execução, estão impedidos de “actualizar”⁴⁷ qualquer meio de reivindicação de defesa e protecção dos seus direitos fundamentais. Pela garantia do sucesso do combate à criminalidade ou as novas formas de criminalidade, o Estado de Direito passou admitir e consagrar formas insidiosas, ardilosas e tão letais para os direitos fundamentais dos seus cidadãos. Assim ao faltar conhecimento por parte dos projectados por esta medida secreta de investigação criminal, ficam impedidos de poderem ativar as suas garantias processuais concedidas pela Constituição da República, de forma a travar os efeitos aterrorizadores e devastadores que causam os mesmos aos visados. Torna-se tarde de mais para reagir a estas faces ocultas de investigação, uma vez que, os visados nem se quer têm a capacidade de imaginar ou pelo menos tentar intuir que estão a devastar e dizimar direitos e garantias processuais tipificadas na Constituição a seu benefício. O agravante destas medidas ocultas de investigação criminal, é que devido a sua natureza, os seus efeitos lesivos e devastadores, aos direitos fundamentais não são conhecidos pelos visados de maneira que tornam difícil ou até mesmo impossível “repô-los” ou “reconformá-los” à ideia de “núcleo fundamental” assente na dignidade da pessoa humana.

Constata-se uma conformação, concretização e actualização que integra o próprio DNA, dos métodos ocultos de investigação criminal, devido às destruições e lesões aos direitos fundamentais, incapazes de se controlar, por conta desta “ocultação” nas investigações. E ainda releva aqui ressaltar que as investigações criminais desencadeadas de forma dissimulada ou até mesmo mascarada, (por contraposição

⁴⁷ ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N. (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007, quando o autor refere que, “as pessoas atingidas não podem actualizar qualquer pretensão de reacção e tutela, mesmo que consistente e consignada. Elas (as pessoas visadas) não podem, concretamente, fazer valer a ilegalidade da medida por violação de qualquer dos pressupostos legais”, p. 278.

as investigações criminais “abertas”), “vale tudo”⁴⁸, ou seja, não há aqui limite de legalidade, valendo o que está incluído e o que está nos extremos desta legalidade.

Partilhamos os pensamentos de alguns autores como Manuel da Costa Andrade e Benjamim Silva Rodrigues, de que, os métodos ocultos de investigação criminal trazem consigo uma “margem de engano e deslealdade”, causando lesões sociais, principalmente ao suspeito, que se encontra indefeso e desprotegido ao nível das suas garantias processuais penais.

Feliz ou infelizmente há já um empenho por parte da nossa jurisprudência em aceitar e dar cobertura a estes métodos, diferente do que acontece na Alemanha⁴⁹, em que, existe uma censura e é aplicada uma sanção às práticas reiteradas da utilização destes métodos ocultos de investigação em respeito e obediência ao princípio da proporcionalidade que se aplica a todas as limitações dos direitos fundamentais.

3.2. PRINCÍPIOS CONFORMADORES DOS MÉTODOS OCULTOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Antes de seguirmos na análise das especificidades em ambiente digital, importa referir que, só pelo facto de os métodos serem “ocultos”, já necessitam de observar determinados pressupostos, e evidentemente que não será diferente com os métodos ocultos em ambiente digital. Assim, impende, uma exigência por parte dos métodos ocultos de investigação criminal, de observância, respeito e obediência, de pressupostos ou requisitos materiais, formais-procedimentais e orgânicos cuja inobservância, desobediência e desrespeito acarretará numa prova proibida ou proibição de produção, e conseqüentemente numa proibição de valoração. Passaremos a elencar e explicar cada um dos princípios e ou pressupostos cruciais

⁴⁸ RODRIGUES, Benjamim Silva - Da Prova Penal. Bruscamente... A (S) Face (S) Oculta (S) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal. [S.l.] : Rei dos Livros Editora, 2010. O autor refere que, “ vale o que está dentro (e fora) das margens da “legalidade” (eventual) de tais métodos (ocultos) de investigação, como vale aquilo que marginalmente se adentra numa “pseudo-legalidade” apetecida ou ilusoriamente tida por presente pelos órgãos de polícia criminal ou judiciários (menos escrupulosos) para encontrar níveis de eficácia suficientemente aplacadores das exigências político-sociais que, de tempos, a tempos, a toque de “ escândalo político ou mediático” se fazem sentir em todas as modernas sociedades”. Pp. 43-44.

⁴⁹ ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007. Refere este autor que, “ através do Bundesverfassungsgericht, vem insistente e recorrentemente acentuando nos repetidos e sucessivos arestos que nos últimos (cinco) anos tem vertido a propósito de praticamente todos os meios ocultos de investigação. Em que tem sistematicamente afirmado que o carácter oculto de uma medida de investigação, representa, só por si, um momento irredutível de danosidade. A levar... à balança da ponderação para efeitos de cumprimento do imperativo da proporcionalidade. Pp 278-279.

comuns a todos os métodos ocultos de investigação (quer estejam em ambiente tradicional ou em ambiente digital).

Desde logo, começaremos com o *princípio da reserva de lei* que é para nós bastante familiar, e aqui para os métodos ocultos, pelo facto de serem atentadores e lesivos de direitos fundamentais, aumenta o grau de controlo e limite dos mesmos, ou seja, este exige que só, e mesmo só a lei, possa autorizar e legitimar as medidas de ocultação na investigação.

É matéria de competência relativa da Assembleia da República, o que significa que somente Assembleia da República, ou o Governo respetivamente autorizado pelo Parlamento poderão legitimar a autorização de um método oculto, conforme refere a Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP), nos termos do artigo 165.º, n.º 1 alínea c) e d))⁵⁰. É ainda necessário, que a lei preencha as seguintes características para a concretização desta exigência, a referir:

- Ser suficientemente clara para permitir uma identificação do(s) seu (s) bem (ns) jurídico (s) ou direito (s) fundamental (is) envolvido (s),
- É preciso que se defina corretamente os níveis de sacrifício a impor ao bem(ns) jurídico (s) ou direitos fundamentais envolvidos, de modo a salvaguardar o núcleo essencial, evitando assim a sua desestruturação ou aniquilamento;
- Deve existir uma previsão da forma ou da modalidade de técnica lesiva/invasiva utilizada ou a usar.
- Deve existir uma previsão e prescrição explícita e clara do fundamento, fim e limites da intromissão, está aqui presente uma decorrência do *princípio da vinculação ao fim* (da recolha da informação)⁵¹.

⁵⁰ Cf. Artigo 165.º n.º alíneas c) e d) da Constituição da República Portuguesa de 1976. [Em linha] Disponível em WWW:<URL:<https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php>.

⁵¹ ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007. Neste tópico inicial, dá-se bastante relevância, dado que, a inexistência de previsibilidade legal (reserva legal) (da permissão de restrição) levará a deslegitimação do uso de tais métodos ocultos de investigação. Logo, com razão estará o professor Manuel da Costa Andrade, ao realçar que, não poderá existir produção ou valoração, que não seja ilegal ou ilegítima, dos meios ocultos de investigação, que forem surgindo com o progresso técnico- científico, se não for adotada «nova e pertinente lei de autorização). Reconduzindo-se na maior parte das vezes numa restrição desproporcionada dos direitos fundamentais (devido a não previsão cuidada por parte de quem tem competência reservada nesta matéria). Pp. 281-282.

Como decorrência do *princípio da reserva de lei* surge a fragmentaridade de 1.º grau a seleção do catálogo de infrações criminais. Nesta decorrência do *princípio da reserva de lei* exige-se que, (como por natureza dos meios ocultos já decorre uma intrínseca danosidade e lesividade dos bens jurídicos e direitos fundamentais envolvidos), haja um catálogo ou uma lista, onde se vai selecionar e eleger apenas aqueles crimes (com pendores suficientemente graves ou gravosos), porque somente a esses é que se justifica a excepcionalidade do método oculto de investigação criminal, ou seja, deve ser adoptado um catálogo de infrações (classificadas/qualificadas como graves) que de facto confirmem a legitimação do uso de meios ocultos de investigação criminal, e ainda que se adopte critérios de proporcionalidade e de restrição destas infrações existentes no catálogo, que legitimam a grave medida oculta de obtenção da prova, só assim, permitirá concretizar a fragmentaridade de 1.º grau. Assim, violará ou desobedecerá a esta decorrência, caso exista uma autorização a legitimar um determinado método oculto de investigação, em matéria de crimes sem pendor grave. Por exemplo: é autorizado um agente encoberto para dismantelar rede de jovens que comete o crime de furto em lojas, tipificado e punido nos termos do artigo 203.º do CP. Também neste exemplo haverá violação do princípio da proibição do excesso ou proporcionalidade, ínsito nos termos do artigo 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP)⁵². Porque como sabemos para estes tipos de crimes menos graves, ou até não gravosos “(benignos),”⁵³ bastam os métodos abertos de investigação, que serão menos lesivos e introsivos. A violação deste princípio acarretará numa proibição de prova ou proibição de produção de prova absoluta e conseqüente proibição absoluta de valoração.

Deste princípio da reserva de lei, resulta ainda uma terceira exigência, denominada de “suspeita fundada em factos concretos e medidos a partir de critérios de plausibilidade ou probabilidade (simples ou forte)”, em que não é suficiente que seja um crime do catálogo, é necessário ainda, determinar concretamente se existe uma suspeita fundada (simples ou forte) da realização da infração, ou seja, deve-se verificar,

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito Constitucional e teoria da Constituição. Lisboa: Almedina, 2018, pp 266- 273.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra editora, 2014, referimo-nos concretamente a anotação ao artigo 18.º da CRP, Vol I Artigos 1.º-107.º. e a este propósito cf. também

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro De; MEDEIROS, Rui - Constituição Portuguesa Anotada. [S.l.] : Universidade Católica Editora, 2017, concretamente a anotação ao mesmo artigo, que consta do Vol I. Artigos 1.º - 79.º.

⁵³ ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007, p. 282.

atendendo os critérios de razoabilidade e probabilidade de fundada suspeita da prática de uma infração catalogada. Deve-se aferir, previamente e não posteriormente, da verificação de suspeita fundada no momento (instante) em que a autoridade competente (judicial ou policial), decide se autoriza ou recusa a medida oculta de investigação criminal depois de uma ponderada avaliação.

Atendendo a natureza tendencialmente lesiva e insidiosa dos métodos ocultos de investigação criminal, é habitual a exclusão liminar da admissibilidade de qualquer método oculto atípico em processo penal e a consequente imposição de uma intransponível exigência de reserva de lei.

Assim partilhamos com Costa Andrade, de que o princípio da reserva de lei delimita «o campo de atuação do aplicador do direito, orienta também de alguma forma, as relações entre a Constituição e a Lei ordinária, intervindo como injunção constitucional dirigida ao legislador, demarcando o seu horizonte e condicionando o sentido e o alcance das leis a pôr de pé»⁵⁴. No entanto, a reserva de lei, chama a atenção para aquilo que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), “apelida de qualidade de lei”⁵⁵, isto é, a norma habilitante da restrição deve possuir clareza, precisão, previsibilidade e acessibilidade suficiente na sua aplicação evitando assim a arbitrariedade.

A premência contínua de conjugação e graduação de direitos e interesses constitucionalmente salvaguardados em processo penal clama pelo recurso a critérios de controlo e justiça que permitam evitar o abuso, o arbítrio ou o excesso. Daí que, para além da reserva de lei, os métodos ocultos devem obedecer a uma exigência de proporcionalidade, desde logo, este princípio vigora e se aplica como limite quer em ambiente físico ou tradicional, quer em ambiente digital ou virtual. Nesta esteira, refere Costa Andrade, que «o cumprimento da proporcionalidade obriga a chamar à balança da ponderação um largo espectro de valores, interesses e contra-interesses», com particular ênfase «para o universo dos direitos e dos sujeitos atingidos, a eminência e

⁵⁴ ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007, pp. 281-282.

⁵⁵ Cf. Jurisprudência Internacional (Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH) - [Em linha] [Consult. 18 Fev 2020] Disponível em WWW:<URL:https://e-justice.europa.eu/content_international_case_law-150-pt.do>.

dignidade dos bens jurídicos a salvaguardar bem como a idoneidade da medida para o conseguir»⁵⁶.

Competirá ao legislador, em matéria de regulamentação de métodos ocultos de investigação criminal restritivos de direitos fundamentais, estabelecer em função da gravidade do método, uma filtragem do tipo de crimes e das condições da sua prática susceptíveis de justificarem a concreta restrição abrangida pela sua previsão. Daí que, com alguma frequência se recorra a um catálogo de crimes qualificados a desencadear o recurso a certo tipo de métodos, quer em função da sua gravidade, quer em função da sua absoluta indispensabilidade⁵⁷ para a prova do ilícito.

O recurso à análise minuciosa da proporcionalidade de um método oculto, também pondera os valores afectados e reforça a ideia de que não basta a suspeita, em concreto, da prática de um dos crimes de catálogo para de imediato se recorrer a um método oculto, ou em particular, a um método mais gravoso quando outros cumpririam o mesmo propósito. Obriga-se ao aplicador que verifique justificada e razoavelmente, recorrendo a factos indiciados, com base nos critérios legais e constitucionais aplicáveis se, em face do grau de suspeita, da concreta gravidade do ilícito, da necessidade da prova e da insuficiência de métodos menos lesivos para satisfazer o mesmo objectivo, é, ou não, proporcional recorrer ao método oculto em causa, tendo em atenção o grau de lesão que induzirá no direito fundamental afectado e o grau de danosidade social do mesmo⁵⁸.

Atendendo a sua vertente mais comum de proibição de excesso, analisa-se tal princípio em três (3) vectores⁵⁹ ou subprincípios relativamente autónomos: adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou restrito. É verdade que poderá

⁵⁶ ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007, p. 283.

⁵⁷ Cf. Idem. Em conjugação com ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De - Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, concretamente a anotação ao artigo 187.º/1 do CPP, cf. também VENÂNCIO, Pedro Dias - Lei do Cibercrime - Anotada e Comentada. [S.l.] : Wolters/Kluwer Coimbra Editora, 2011, concretamente a anotação ao artigo 15.º. pp. 110-112. E ainda cf. artigo 4.º n.º 2 da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro.

⁵⁸ ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007, p. 283.

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra editora, 2014, referimo-nos concretamente a anotação ao artigo 18.º da CRP, Vol I Artigos 1.º -107.º. e a este propósito cf. também MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro De; MEDEIROS, Rui - Constituição Portuguesa Anotada. [S.l.] : Universidade Católica Editora, 2017, concretamente a anotação ao mesmo artigo, que consta do Vol I. Artigos 1.º - 79.º.

existir mutações nas terminologias, mas, em qualquer dos casos, têm algo de comum, tratando-se de leis restritivas, o que está em causa é a relação que se estabelece entre os meios usados pelo legislador, no regime jurídico gizado, e os fins que ele mesmo se propõe alcançar. Enquanto na adequação importa verificar se o método adoptado se mostra apto a alcançar o objectivo almejado, já na necessidade o que releva verificar é se não existirá um outro meio que, podendo produzir sensivelmente o mesmo resultado, seja menos gravoso ou lesivo do ponto de vista dos direitos fundamentais. E no que concerne a proporcionalidade em sentido estrito ou restrito, cumpre uma exigência de racionalidade e de justa medida, no sentido de que o órgão competente proceda a uma correcta avaliação do meio adoptado em termos qualitativos e quantitativos e bem assim, para que esta não fique aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido – nem mais, nem menos.

Assim, no vector ou subprincípio da *adequação ou conformidade*⁶⁰, impõe-se que o meio adoptado para realização do interesse público deve ser apropriado à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. A exigência de conformidade pressupõe a prova de que a intervenção ou a providência a adoptar pelo órgão competente é apta para e conforme os fins justificativos da sua adopção. Trata-se de uma prévia e fundamentada avaliação, do seu pendor na produção do resultado almejado em conformidade com os fins justificativos. Nesta importa estabelecer a relação de adequação medida-fim. Nesta perspectiva, não só se avaliaria se a medida seria capaz de atingir o fim, mas se o faria conseguindo resultados óptimos. Ficam excluídos, os meios que não sejam idóneos para prosseguir o fim pretendido.

Já o vector ou subprincípio da *necessidade ou exigibilidade*⁶¹, visa assegurar que os meios empregues são absolutamente necessários à prossecução dos fins. Aqui o princípio da proporcionalidade assume-se como um princípio comparativo, obrigando à realização de um confronto entre meios, entre o meio utilizado e outros meios disponíveis para atingir o fim visado na lei. Face ao carácter relativo desta operação, a doutrina avançou critérios densificadores que permitem uma maior operacionalidade

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito Constitucional e teoria da Constituição. Lisboa : Almedina, 2018, pp 266- 273.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra : Coimbra editora, 2014, referimo-nos concretamente a anotação ao artigo 18.º da CRP, Vol I Artigos 1.º-107.º. e a este propósito cf. também

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro De; MEDEIROS, Rui - Constituição Portuguesa Anotada. [S.l.] : Universidade Católica Editora, 2017, concretamente a anotação ao mesmo artigo, que consta do Vol I. Artigos 1.º - 79.º.

⁶¹ Cf. Idem.

prática: Assim, a máxima da *necessidade material*, exige que as restrições aos direitos fundamentais sejam mínimas, ou seja, como ensina Gomes Canotilho, o meio deverá ser o “*mais poupado possível*” quanto a limitação dos direitos fundamentais. *Necessidade espacial*, que limita o âmbito de intervenção da medida coactiva do poder público no espaço, ou seja, deve ser reduzida o âmbito geográfico da medida restritiva. *Necessidade temporal*, a duração da medida restritiva deve estar devidamente delimitada. *Necessidade pessoal*, exigindo que as pessoas afectadas sejam apenas aquelas cujos interesses devem ser efectivamente lesados, ou seja, a aplicação da medida restritiva fica limitada às pessoas por ela visadas⁶². O juízo aqui faz-se, não em termos absolutos, mas em termos relativos, pois pressupõe uma comparação entre uma medida adequada e outras medidas também adequadas.

A observância destes critérios apontados a nível doutrinário, que de alguma forma, reforçam este subprincípio da necessidade, permitem reduzir a *streubreite*⁶³ associada aos métodos ocultos de investigação criminal. No entanto, pretende-se que se recorra ao meio menos gravoso, durante o menor período de tempo e com menos pessoas afectadas possível. Assim violará este subprincípio, se por ex. se recorra a uma acção encoberta e a instalação de malware no computador do suspeito para obtenção da palavra-passe do seu webmail quando bastaria o recurso a uma injunção para concessão do acesso a dados, dirigida ao concreto fornecedor de serviços de webmail.

E quanto ao derradeiro e não menos importante, e pelo sinal é o crucial, vector ou subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito (stricto sensu) ou restrito*, depois de passarmos pelos testes da adequação, necessidade deste meio restritivo de direitos individuais por parte do poder público, deve-se questionar se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à «carga coactiva» da mesma? E a resposta é o que visa a proporcionalidade em sentido restrito. Este subprincípio visa essencialmente aferir da justeza ou da justa medida, ou seja, como ensina Jorge Miranda, implica o recurso a um método de ponderação de bens: “de um lado, o bem jusfundamental que é objecto de restrição legal; do outro lado, o bem constitucional que dir-se-ia justificar essa mesma intervenção legislativa restritiva”. Este vector, vela pela necessidade de evitar soluções legais demasiado desequilibradas. O jogo aqui é

⁶² Cf. *Ibidem*.

⁶³ ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007, p. 278.

feito entre bens, interesses e valores. Com efeito, coloca-se em confronto os bens, interesses e valores perseguidos pela medida, e que esta atingiria sendo a medida considerada proporcional ao sacrifício exigido. A proporcionalidade assume, então, o significado de “justa medida”, numa palavra, pretende-se saber se os resultados obtidos estão numa relação de “medida” ou de “desmedida” com a carga lesiva que acarretam. O juízo da proporcionalidade em sentido estrito é como facilmente se compreende, um juízo de ponderação normativa. Pelo que a racionalidade que lhe subjaz não pode ser outra senão a “racionalidade axiológica”. No entanto, para aferir constitucional e justificavelmente, o grau de restrição, através do recurso a métodos ocultos, invocam-se constantemente para além do critério transversal da proporcionalidade, noções de gravidade do crime, força dos indícios, sanção previsível, indivíduos afectados e essencialidade do meio para a prova do facto sob investigação. A avaliação pressupõe uma interpretação integrada, sistemática e hierarquizada da totalidade dos métodos ocultos vigentes permitindo assim, a escolha do meio que, após a ponderação de todas as circunstâncias, se afigura jurídico-constitucionalmente justificada, porquanto proporcional⁶⁴.

Assim, uma ponderação não correcta, por parte do aplicador, das normas em conflito, que resultam do recurso a método oculto concretamente desproporcionado, acarretará a proibição de valoração do meio de prova através dele obtido. Por outro lado, estando em causa a utilização de um meio de prova particularmente apto a lesar direitos fundamentais do visado, máxime a vida privada, o aplicador encontra-se obrigado, a ponderar a admissibilidade da sua valoração⁶⁵.

Para além do princípio da reserva de lei, da proporcionalidade, o regime jurídico dos métodos ocultos de investigação criminal devem respeitar e observar o *princípio da subsidiariedade*, que por sua vez significa, prestar auxílio e ou reforço. Desde logo, este princípio está umbilicalmente conectado ao princípio da proporcionalidade, concretamente ligado ao subprincípio ou vector da necessidade. Podemos dizer que

⁶⁴ Cf. *Idem*, p. 283.

⁶⁵ Recorde-se do caso português dos diários íntimos de um dos arguidos do processo “Casa Pia”, Acórdão do Tribunal Constitucional N.º 607/2003 - [Em linha] [Consult. 18 fev. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030607.html>>.
Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/2003, de 05 de Dezembro de 2003. Proc. N.º 594/2003, 2ª Secção. Conselheiro Benjamim Rodrigues. Neste caso, questionava-se, se a valoração de diários íntimos se bastava com a avaliação da legalidade da sua aquisição processual, desprovida de qualquer ponderação em concreto dos interesses em confronto, ou se, pelo contrário, a sua valoração carecia de um juízo prévio de proporcionalidade, atendo os interesses e direitos em confronto. Cf. A doutrina que melhor explanou sobre o assunto. RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, pp 195-200.

em matéria de aplicação dos métodos ocultos de investigação criminal⁶⁶, nasce deste vector ou subprincípio da necessidade, o “*princípio da subsidiariedade*”.

Na prática a aplicação deste princípio implica, que perante a pluralidade de métodos de investigação criminal, a autoridade judiciária, dê preferência⁶⁷, ou prioridade⁶⁸, aos métodos abertos em detrimento dos métodos ocultos (isto no plano extrínseco)⁶⁹, só se recorrendo a estes últimos no caso dos métodos abertos não satisfizerem os interesses da investigação. E dentro do método oculto opta-se ou melhor dá-se “preferência” ao meio menos gravoso e que se afigurem idóneos aos fins investigativos (plano intrínseco)⁷⁰. O grau de imposição que resulta do princípio da subsidiariedade aumenta à medida que se vai acrescentando o risco lesivo ou danoso. A ideia de subsidiariedade também veda a utilização cumulativa de dois meios ocultos de investigação, isto é, pretende-se evitar ao máximo a aplicação simultânea de dois métodos ocultos, a menos que seja estrita e absolutamente necessário a sua cumulação, e que de alguma forma seja muito difícil ou até mesmo impossível atingir os interesses da investigação, e ainda, para aqueles casos em que o visado recorreu a um grau elevado de sofisticação⁷¹ (modernização ou tenha utilizado meios bastante modernos) para a prática do ilícito. Assim, só será possível a cumulação de meios ocultos, se, se preencher os critérios supra referidos juntamente com o princípio da proporcionalidade, caso contrário, veda-se esta possibilidade, pelo que se configura numa proibição de prova ou proibição de produção de prova, porquanto nula e conseqüentemente absoluta proibição de valoração.

⁶⁶ ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007, Refere este autor que, «assim, não se deve recorrer, a meios ocultos quando for possível alcançar os mesmos resultados de investigação com a aplicação de meios “descobertos”». p. 282.

⁶⁷ RODRIGUES, Benjamim Silva - Da Prova Penal. Bruscamente... A (S) Face (S) Oculta (S) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal. [S.l.]: Rei dos Livros Editora, 2010, pp. 57-58.

⁶⁸ RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, p. 235.

⁶⁹ ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007, Refere este autor que, «assim, não se deve recorrer, a meios ocultos quando for possível alcançar os mesmos resultados de investigação com a aplicação de meios “descobertos”». p. 282.

⁷⁰ Cf. Idem. Refere o autor “ Já no plano intrínseco, refere o mesmo que, refere-se as relações com os “meios ocultos entre si”, p. 282.

⁷¹ Cf. Ibidem. Partilhamos com autor, que, “ a utilização de duas ou mais medidas (escutas e agente encoberto) só poderá ter lugar se, manifestamente, a utilização de uma só não permitir alcançar o desejável e almejado resultado probatório. De qualquer forma a utilização cumulativa de meios ocultos de investigação só deverá acontecer face às manifestações extremadas (pela danosidade e pela sofisticação dos meios) da criminalidade, em consonância com as exigências da proporcionalidade”. P. 283.

Quanto ao derradeiro princípio e não menos importante, que devem observar e respeitar os métodos ocultos de investigação criminal (sejam eles em ambiente comum ou em ambiente digital), é o *princípio da reserva de juiz*, que é visto como aquele que, desde que associado ou anexado aos anteriores supra mencionados, permite uma melhor observância e respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos, consagrados na Constituição da República Portuguesa (CRP), garantido os ideais de dignidade da pessoa humana, oriundo de um Estado Democrático de Direito.

Tal como preceitua os artigos 32.º, n.º 4 e 202.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP), incumbe ao juiz de instrução criminal (JIC), a tarefa de autorizar uma medida legalmente prevista que se prenda directamente com direitos fundamentais, bem como, se refira a métodos ocultos de investigação criminal⁷² (sejam em ambiente comum ou em ambiente digital). No entanto, é ao juiz de instrução que compete averiguar aplicação e o cumprimento dos pressupostos legais da utilização destes métodos ocultos, no plano jurídico, com critérios de proporcionalidade conforme as condições de cada caso. Compete ao juiz de instrução ou das “liberdades”⁷³, e somente a esta entidade, enquanto apartidária, neutra e independente, no processo criminal (artigos 32.º, n.º 4, 202.º, n.ºs 1 e 2 e 203.º, da CRP em vigor), o controlo preventivo, a respeito da admissibilidade do uso do método oculto de investigação, averiguar de forma objectiva os bens jurídicos em conflito no teor da Constituição e da lei, com impulso do Ministério Público (MP), cumprindo os padrões de eficácia exigidos, de forma a atingir o desejado fim investigatório. Assim a reserva de juiz figura-se como um verdadeiro direito fundamental.⁷⁴ É verdade que nem sempre é obrigatório a sua intervenção, mas no caso dos métodos ocultos é particularmente relevante, devido a inexistência do contraditório por parte do titular do direito fundamental lesado. Assim, competirá ao juiz nesta situação exercer aquilo que Maria de Fátima Mouros apelida de “representação compensatória do arguido”⁷⁵. A título de exemplo, se não fosse autorizada a realização de uma escuta telefónica, num

⁷² ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007. Refere o autor que, “ trata-se fundamentalmente de assegurar a tutela preventiva dos direitos de uma pessoa (normalmente o arguido) exposta à invasão e à devassa e sem qualquer possibilidade de assegurar a sua própria defesa. Além do mais, trata-se de medidas cuja danosidade é certa (e drástica) e cujas vantagens são incertas e aleatórias”. Pp. 284-285.

⁷³ MATA-MOUROS, Maria De Fátima - Juiz das Liberdades - Desconstrução de um Mito do Processo Penal. Lisboa : Almedina, 2011, pp. 94-95.

⁷⁴ Cf. Idem, pp. 94-95.

⁷⁵ Cf. Ibidem, pp 94-95. E cf. também, ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 137. 2007, p. 285.

caso em concreto, porque face as análises efectuadas e os interesses da investigação seriam eficazmente alcançados recorrendo a uma acção encoberta). E esta autorização deve ser total ou parcial, ex. de autorização parcial, autorizar o pedido de escutas telefónicas apenas em um aparelho, enquanto a solicitação era para vários aparelhos. Quer autorize ou recuse tais pedidos, impende ao juiz um dever de fundamentação, em caso de aceitação/autorização do pedido, deverá ainda delimitar, o período de tempo da sua execução, o prazo máximo até ao início da mesma, as pessoas e os aparelhos lesados ou ofendidos, etc. Caso não esteja bem delimitado estes critérios supra mencionados na fundamentação do JIC, poderá o arguido usar como meio de defesa em sede de recurso, invocando a não verificação dos mesmos⁷⁶.

Os prejuízos a cargo da posição jurídica do visado, concretamente no que toca a possibilidade do exercício do contraditório, em matéria de métodos ocultos de investigação criminal, tem sido posta em causa, devido a deturpação do papel do juiz de instrução ou “das liberdades”, para o Ministério Público, uma vez que, é ao JIC a quem incumbe em matéria de métodos ocultos de investigação criminal o dever especial de garantir, assegurar e tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos em particular do arguido, já que lhe é retardado o seu contraditório, desta forma escasseando-se assim, os seus meios de defesa, daí que devemos pensar em vias alternativas de compensação destes danos causados ao visado.

Depois de fazermos uma breve introdução aos métodos ocultos de investigação criminal, dos pontos que entendemos ser essenciais para melhor enquadramento jurídico do nosso problema. Cabe-nos agora dissecar sobre o método oculto de investigação criminal em escolha que é o *agente encoberto em ambiente digital*.

⁷⁶ Cf. *Idem*. 284-285.

4. AS ACÇÕES ENCOBERTAS

4.1. ENQUADRAMENTO GERAL: BREVE REFERÊNCIA A OUTRAS ORDENS JURÍDICAS

Nos dias de hoje, os Estados confrontam-se cada vez mais, com complexas formas de criminalidade que minam ou afligem os seus ideais ou princípios estruturantes. Nesta senda, a defesa da sociedade clamará por uma atuação capaz, a altura e ou mais eficaz dos órgãos incumbidos do combate ao crime. Acreditamos que é possível neutralizar alguns efeitos dessa maior criminalidade, desde que, aumente essa eficácia da atuação dos órgãos. Destarte, pensamos ser essencial, a eficácia no combate ao crime, e aos concretos criminosos. Referimo-nos a crimes como por ex.: organizações terroristas, terrorismo e ciberterrorismo⁷⁷, associação criminosa, escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns, crimes executados com bombas, granadas, engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas, roubo em instituições de crédito, repartições da fazenda pública e correios, tráfico (de pessoas, de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas), branqueamento de capitais, outros bens ou produtos, corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências, crime de contrafacção de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e valores equiparados, infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática, crimes relativos a valores mobiliários. É impossível ficar indiferente face à tamanha aberração e malefícios associada a estas realidades criminosas. *Como combater com eficácia estas realidades criminosas?*

Como sabemos, o combate destas realidades criminosas, clama de um lado, por uma acção harmonizada e ou ajustada dos Estados, pelo simples facto de que os delitos em causa extrapolam ou rompem Soberanias e Fronteiras. E do outro lado pelo respeito do princípio da proporcionalidade dos mecanismos internos, por forma a que, a resposta se mostre mais adequada aos novos desafios (realidades criminosas). Assim, neste último capítulo, incidiremos sobre a temática objecto da investigação, que é a “*validade/valoração da atuação do agente encoberto/infiltrado na rede social Facebook*”, de forma a melhorar a eficácia na luta contra as realidades supra citadas e outros crimes muito graves.

⁷⁷ RAMOS, Armando Dias - A Prova Digital na Investigação do (Ciber) terrorismo. *Investigação Criminal*. N.º 9. 2015, p. 110.

A figura do agente encoberto/infiltrado, está presente em vários ordenamentos jurídicos do mundo, (designadamente, europeu como por ex.: França⁷⁸, Alemanha⁷⁹, Bélgica⁸⁰, Holanda⁸¹, Reino Unido⁸² e Espanha⁸³..., etc. Americano, como por ex.:

⁷⁸ O recurso ao agente encoberto/ infiltrado neste ordenamento jurídico é permitido nas investigações de crimes de tráfico de estupefacientes e precursores, de acordo com a L627-7,§2, do CSP- Código de Saúde pública; de 20-12-91, e do artigo 67bis do código aduaneiro (Lei n.º 91- 1264, de 19-12-91). Ao abrigo destes diplomas não são responsabilizados penalmente, os agentes de autoridade que adquiram, detenham, transportem ou vendam substâncias ou plantas proibidas, desde que estas operações tenham sido autorizadas por um procurador da República ou juiz de instrução, e ficando a cargo dos funcionários o acto de tráfico concreto que vão realizar”, mas impõem-se, a estes funcionários que comuniquem, aos magistrados, as atividades que desenvolverem neste âmbito. (operação encoberta). Nos termos desta L.627-7§ 2 do CSP, in fine, proíbe-se a provocação do crime; mas a jurisprudência admite que os agentes infiltrados possam conduzir o suspeito à comissão do crime, desde que haja prova suficiente de que a intenção criminosa era anterior a intervenção policial. E a prova dessa intenção criminosa poderá sustentar-se recorrendo as escutas telefónicas, padrões de deslocações observados por agentes policiais ou em condenações anteriores por tráfico de droga. (tese correspondente ao modelo subjectivo da entrapment defense). Esta lei prevê ainda, que sejam concedidos aos agentes infiltrados, “meios judiciais”, para auxiliar as operações, mas não definem o conteúdo de tal expressão. Também é possível neste ordenamento, atribuir-se identidades fictícias a informadores, durante curtos períodos de tempo. As operações encobertas foram introduzidas neste ordenamento jurídico, com a condenação de seis funcionários das alfândegas de Lyon e De Jinjon, pelo tráfico de drogas, tendo os funcionários se infiltrado numa rede de tráfico de droga, tendo entregado aos traficantes 65 quilos de haxixe para ganhar a sua confiança, e esta operação permitiu deter os traficantes e apreender 535 quilos daquele produto. Cf. Delgado Garcia, citado por, ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 100-101.

⁷⁹ Neste ordenamento jurídico, foi introduzida estas operações após a aprovação da Lei Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e outras manifestações de criminalidade organizada de 22 de setembro de 1992 (§110a e 110e do StPO). O recurso aos agentes infiltrados/encobertos, devem obediência e respeito ao princípio da subsidiariedade, ou seja, caso se entenda que o recurso a outro meio leve ao fracasso, mas investigações e ainda, está sujeito a criminalidade considerada associação grave ou muito grave. Neste ordenamento permite-se, o recurso a terceiros para operações encobertas, desde que não tenham registo criminal e quando não seja possível recorrente a um agente da polícia. E a novidade é a de os agentes estrangeiros também podem estar a cargo destas operações, desde que orientados pelo Ministério Público. É vedado a nível jurisprudencial e doutrinário o recurso a figura do agente provocador. Cf. ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 96-98.

⁸⁰ Neste ordenamento jurídico, o recurso as operações encobertas estão previstas em duas circulares emanadas pelo Ministério da Justiça. Destas duas, apenas uma circula. Foi tornada pública. E nela descrevem os seguintes requisitos: eficiências nas entregas controladas, as operações encobertas, os métodos de observação, a gestão da informação e a relação com os informadores da polícia, bem como as respectivas recompensas. E esta circular distingue duas formas de operação de infiltração- o sting operation e flashroll e estas carecem de autorização superior. Esta infiltração decorrerá num curto período de tempo, com o objectivo de recolher informação e provas materiais relativos a práticas de crimes. Esta operação está a cargo dos oficiais da polícia (conforme o ponto 9.43) e ainda é possível este agente utilizar uma identidade fictícia, desde que haja indicações objectivas do cometimento ou em vias do cometimento do crime por parte do suspeito ou ainda quando se suspeite que o visado pertence a uma organização criminosa. Nesta circular, determina-se que o agente infiltrado, não pode cometer ilícito típico, desde que estritamente necessário, ou seja, se respeitar o princípio da proporcionalidade, e devendo este receber ordens superiores. Os parâmetros da operação encoberta são escritos pelo Ministério Público. O pedido desta operação deve observar critérios, e ainda é necessário um relatório final depois de determinada a operação. O limite destas operações encobertas são os princípios da proporcionalidade e subsidiariedade. A lei proíbe o recurso a figura do agente provocador, bem como a instigação a crimes para ao qual não há vontade por parte do agente criminoso. O recurso a estas operações está limitado a criminalidade grave e quando haja indícios de associação criminosa. Cf. ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp.101-103.

⁸¹ O ordenamento jurídico holandês é idêntico ao belga no que concerne à regulamentação das operações encobertas, diferindo apenas no que tange às limitações na actuação do agente infiltrado. Em 1985, por intermédio do ministério público, urge a primeira directiva sobre a infiltração de agentes policiais como método de prevenção e repressão criminal. Neste ordenamento, o recurso o Acções encoberto está

Estados unidos da América⁸⁴, Argentina⁸⁵, Brasil⁸⁶..., etc. Africano, como por ex.: Angola⁸⁷, Cabo Verde⁸⁸...,etc.) e normalmente associada ao combate de crimes que

restringido a casos de criminalidade grave, e quando outro meio existente não seja suficiente para acudir esta criminalidade grave. (No fundo exige-se que se respeite os critérios de proporcionalidade e subsidiariedade). Permite-se também que o agente cometa crimes mas respeitando aqueles princípios, exige-se ainda a fundamentação dos meios utilizados na investigação sob pena de ser vedado o recurso a essa operação. (2.1 da directiva), este requisito, em regra preenche-se, do CID (Criminale Inlichtingdienst- serviços secretos de informação) da Holanda ou Interpol. A principal forma de infiltração está a cargo das sting operations, são autorizados a compra e à venda de bens/mercadorias, para obter a confiança e facilitarem a perseguição dos criminosos (e nestes casos impõe-se o respeito pela proporcionalidade e subsidiariedade). Neste ordenamento jurídico, permite-se o recurso a terceiros para operações encobertas, desde que não tenham registo criminal e quando não seja possível recorrer-se a um agente da polícia. E a novidade é a de que os agentes estrangeiros também podem estar a cargo destas operações, desde que orientados pelo Ministério público. Doutrina e jurisprudência não admitem o recurso a figura do agente provocador. Cf. ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 103-104.

⁸² Neste ordenamento jurídico, existe um código de conduta sobre a atuação do agente infiltrado, acessível em todas as esquadras e de consulta pública. De acordo com este código, as operações encobertas só podem ter lugar quando esteja em causa a segurança nacional, para prevenção ou deteção de crimes, manutenção da ordem pública ou da segurança da comunidade, no caso de interesse público elevado ou em cooperação com outras entidades estrangeiras de investigação criminal, desde que incidam sobre aquelas matérias (conforme o ponto 1.5 do código). E o principal objectivo desta operação encoberta é a obtenção de meios de provas que permitam julgar os culpados, mas podem também ser desenvolvidas para a prevenção e deteção de crimes (de acordo com o ponto 1.6 do código). E estas operações devem obediência e respeito ao princípio da proporcionalidade e face à gravidade do crime ou da perigosidade do suspeito, sob pena de invalidade ou mesmo não se desencadear, e ainda, os responsáveis das autorizações das operações encobertas devem acautelar a chamada intromissão colateral, ou seja, os riscos de invasão à privacidade de pessoas/cidadãos que não são considerados alvos diretos da acção.(nos termos do ponto 1.8). E estas autorizações devem ser reduzidas a escrito e têm um prazo máximo de 3 meses. Com possibilidade de renovação, mas, caso exista urgência, há lugar a autorização oral, com uma validade máxima de setenta e duas horas (72H). Proíbe-se nos termos do ponto 1.1º deste código, o recurso a figura do agente provocador, bem como a instigação a crimes para ao qual não há vontade por parte do agente criminoso. Cf. ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 104-105.

⁸³ Neste ordenamento jurídico, a figura do agente infiltrado surgiu com a lei orgânica 5/1999 de 13 de janeiro, que amplia os instrumentos de investigação utilizados na luta contra o tráfico ilícito de drogas e branqueamento de capitais dele procedente. Com a nova lei, introduziu-se no artigo 263 bis na ley de enjuiciamiento criminal, que atribui ao juiz de instrução criminal e o ministério público a competência para autorizar funcionários policiais a operarem sob identidade fictícia no âmbito de uma investigação criminal. E esta identidade pode ser conservada durante o julgamento, isentando de responsabilidade penal no decurso da operação, caso tenha praticado, mas desde que respeite a devida proporcionalidade, e não chegue a uma atuação de provocação. Esta operação encoberta, carece de autorização judiciária ao abrigo da lei. A jurisprudência e a generalidade da doutrina admitem a infiltração policial como meio de investigação criminal, e reprovação o recurso a figura do agente provocador. E ainda, limitam a atuação destes ao respeito da proporcionalidade. O tribunal constitucional espanhol (no seu acórdão de 21-2-83), e o supremo tribunal espanhol, nos seus acórdãos de 4 de Março de 1992 e de 2 de Julho de 1993, entendem que a sua atuação está justificada partir de uma causa de exclusão da ilicitude, que é o “cumprimento de um dever”, e portanto conformes a constituição espanhola. Cf. ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 98-100.

⁸⁴ Neste ordenamento jurídico, os funcionários policiais em geral, sem qualquer restrição da classe policial, lhes são atribuídas as operações encobertas. Estes desempenham as operações de (prevenção e controlo) e de (alimentos e drogas). Também prevê-se a possibilidade de os agentes a cargo da operação adoptarem uma identidade fictícia. Esta identidade também abarca as empresas que se criam nas operações encobertas. (recorde-se, do famoso caso de muitas repercussões na opinião pública, em 1979, o caso ABS CAM, sigla da empresa Abdul enterprises limited, (tratava-se de uma empresa fictícia do medio oriente, constituída por under cover agents, que se, disfarçaram de investidores árabes interessados em negócios nos EUA. E esta operação tinha como finalidade, testara lealdade de outros membros da classe política, entre outras personalidades, e dando-lhes oportunidades de praticar atos de corrupção, os investidores árabes manifestaram junto daquelas individualidades poucos e facilidades para

investir no ramo imobiliário. Oferecendo quantias “gordas”. No âmbito desta operação de 25 pessoas foram detidas, em nova Iorque, Filadélfia e Colúmbia. Sendo que deputados, advogados e senadores envolviam-se nestes tipos de criminalidades). Cf. ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp.105-106.

⁸⁵ Este ordenamento jurídico passou a inserir em janeiro de 1995, depois de longos períodos de debate, a figura do agente infiltrado e do arrependido. Com a aprovação da Lei n.º24.424 de janeiro de 1995, no seu artigo 6.º da mesma, consta os requisitos de admissibilidade da figura do agente infiltrado, figura esta que somente poderá operar, durante uma investigação, e para o efeito de comprovação do cometimento de um crime tipificado nesta lei, ou nos termos do artigo 86.6.º do código aduaneiro argentino, impedindo a sua consumação, lograr a individualização ou detenção dos seus autores, participantes ou encobridores ou para obter e assegurar os meios de prova necessários. Neste sistema proíbe-se a figura dos terceiros infiltrados, que não sejam agentes policiais, não podendo solicitar o auxílio sequer de um funcionário público). Exigindo apenas que seja um agente das forças de segurança que esteja no ativo, para desempenhar esta operação. A jurisprudência reprovou o recurso ao agente provocador, pelo que contraria os princípios basilares do estado de direito. Cf. ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 107.

⁸⁶ Neste ordenamento jurídico, a lei que inicialmente previa a figura do agente infiltrado, foi a Lei n.º9.034/95, esta foi vetada pelo presidente da república federal do Brasil, e este diploma legal, abrangia além da figura do infiltrado, a acção controlada (tendo sido aprovada), acesso a dados bancários, fiscais e eleitorais, a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e a respectiva análise. A figura tinha previsão no inciso I, do artigo 2.º, prevendo a sua especialização em quadrilha ou bandos, vedada qualquer co-participação delituosa, execução feita ai artigo 288.º do Dec. Lei n.º2.848, de 07 de dezembro de 1940-cp, e não havia previsão de autorização judicial para a operação de infiltração, e ainda autorizava o agente a cometer crimes (daí o veto do presidente), o diploma, também não trazia, os requisitos da atuação, a sua duração, os seus deveres, garantias e responsabilidade do agente infiltrado. Portanto, apresentavam inúmeros vazios, que a doutrina e jurisprudência brasileira criticamente apontavam ao diploma, de forma a reforçar no veto do presidente. Posteriormente surgiu a Lei n.º 10. 217/2001, de 12 de abril de 2001, que introduz a figura do agente infiltrado (conforme o inciso V, artigo 2.º). A atuação do agente passou a carecer de autorização judicial, (nos termos do artigo 93, IX, da constituição federal, e devidamente fundamentada, sob pena de nulidade. É exigido sigilo, devido o seu carácter excepcional, especial e oculto do método em si. (conforme se observa o artigo 10 da Lei) e nesta já consta o tempo de duração da infiltração, os limites da sua atuação, os requisitos de admissibilidade, também é permitido que sejam praticados pequenos delitos, desde que sejam respeitados os princípios da proporcionalidade, tendo em vista a busca por um equilíbrio entre liberdades e garantias versus persecução penal estatal. Cf. ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 106-107. E cf. Também a Lei N.º 10.217 de 11 de abril de 2001. altera os arts. 1.º e 2.º, da lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. - [Em linha] [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10217.htm>.

⁸⁷ No ordenamento jurídico pátria, nesta matéria, é bastante embrionário, pelo que foi recentemente aprovado o diploma das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal. (artigo 1.º da Lei n.º 10/20 de 16 de Abril). Este diploma aplica-se às acções encobertas, e estas estão a cargo dos órgãos de polícia criminal e pelos demais órgãos da segurança e ordem interna, órgãos de defesa nacional e órgãos de inteligência e de segurança do estado (mas, estes sempre em colaboração com os órgãos de polícia criminal, conforme artigo 2.º do diploma). Têm por natureza estas operações, o secretismo (que é próprio da tarefa que desempenham) e o carácter provisório (que faz sentido devido a violação dos direitos fundamentais do investigado e ou visado).

Estas acções encobertas devem prevenir e reprimir crimes e visar fins concretos, como por ex., descobrir material probatório, identificar e indicar os métodos e as técnicas mais adequadas para dissuadir ou impedir a comissão de crimes, identificar em concreto os agentes criminosos, identificar e desmantelar rede de potenciais criminosos,.. Etc. (nos termos do artigo 6.º n.º1 alíneas d),f), E e). São também um método oculto de investigação criminal excepcional, ou seja, somente, poderá se verificar com os requisitos acima descritos em conjugação com o tipo de criminalidade tida como grave ou muito grave). Com por ex., crime de terrorismo e o financiamento a este crime de terrorismo; crime a segurança do estado, segurança pública, crime contra a paz e a comunidade internacional, associação criminosa, crimes de tráfico de seres humanos, órgãos humanos, estupefacientes e substâncias psicotrópicas; auxílio a imigração ilegal, crime de branqueamento de capitais, corrupção, peculato, crime de tráfico de influências e de recebimento indevido de vantagens. Etc. A atuação do agente encoberto devem, ser proporcionais as finalidades tipificadas (nos termos do artigo 6.º n.º1, do diploma) e à gravidade do facto criminal sob investigação. Neste ordenamento, consagra expressamente a proibição ao recurso do agente provocador.

têm como suporte estruturas mais ou menos notáveis, bastante consistentes, estruturas essas que constituem elas próprias, ou por si só alta perigosidade, carecendo desta forma, uma incriminação autónoma. (Ex. Associações criminosas... etc.)

Parece-nos ser vocação do agente encoberto/infiltrado, identificar, neutralizar, destruir e até mesmo prevenir que se formem estas estruturas criminosas.

Quantas vidas não seriam poupadas se algum agente encoberto/infiltrado pudesse evitar os vários crimes de terrorismo, como o exemplo do ataque ou atentados terroristas de 11 e Setembro de 2001? e outros que o sucederam..., inúmeras vidas ceifadas.

Quanto desastres familiares seriam evitados se fosse possível infiltrar um homem de confiança ou agente encoberto, junto de algumas importantes redes de tráfico de drogas?

Quanto crimes cibernéticos, designadamente, como o ciberterrorismo, ciberpedofilia, criações de perfis falsos nas redes sociais (*fake*) (com intuito de burlar, sequestrar, de

Os terceiros infiltrados só podem ser efectivos dos órgãos de segurança e ordem interna, não podendo ser agente de polícia criminal, nem de órgãos de defesa nacional e de órgãos de inteligência e de segurança do estado. Podem os sujeitos da operação encoberta actuar sob identidade fictícia, mas este será provisório e deve ser outorgado pelo sistema nacional de identificação, mediante decisão conjunta dos titulares dos órgãos encarregues pela segurança e ordem interna e pela justiça e direitos humanos. (e este, quando seja necessário, para reforçar o encobrimento (pode criar um perfil cibernético e históricos fictícios). O agente pode ser responsabilizado criminal, civil e disciplinarmente (artigos 19.º, 20.º e 23.º da Lei). A operação tem um tempo de duração de seis meses, com possibilidades de renovações (artigo 10.º da Lei). De acordo com este ordenamento jurídico, os crimes cometidos no âmbito da atuação encoberta, por serem necessários e proporcionais, configurariam uma causa de exclusão da ilicitude. Cf. Lei n.º 10/20, de 16 de Abril de 2020. Das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal - [Em linha], atual. de abril de. 2020. [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://angolaforex.com/2020/04/17/diario-da-republica-i-a-serie-n-o-50-de-16-de-abril-de-2020>.

⁸⁸ Neste ordenamento jurídico, inicialmente, a problemática do agente infiltrado, encontrava-se tratada no artigo 36.º da lei n.º 78/IV/93, de 12 de julho (denominada de lei da droga), sob a epígrafe de "conduta não punível", e este previa que, não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins estritos de inquérito e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceita directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas. Atualmente, esta figura do agente encoberto/infiltrado está prevista num diploma denominado de lei de investigação criminal (Lei. N.º 30/VII/2008 de 21 de julho). Também é um meio excepcional, depende de prévia autorização do competente magistrado do ministério publico, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de turno, mas caso esteja no âmbito de prevenção criminal. É competente para autorização, o juiz de turno, mediante proposta do Ministério publico. Prevê-se também a ocultação de identidade do agente a cargo da operação encoberta (art.º 13.º, 14.º e 15.º da lei em causa). E por último e não menos importante, proíbe-se o recurso a figura do agente provocador, quer a nível, doutrinal e jurisprudencial. Cf. Lei de investigação criminal 1 Lei no 30/vii/2008 de 21 de julho - [Em linha] [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.policianacional.cv/index.php/legislacao/doc_download/45-lei-de-investigacao-criminal.>.

escravatura moderna ou escravatura virtual...etc) seriam poupados se tivesse um agente encoberto/infiltrado neste ambiente com vista a desmantelar estas práticas?

Quantos crimes de corrupção, branqueamento de capitais, peculato... etc., seriam poupados se tivesse um homem de confiança ou agente encoberto, de forma a identificar os autores em concreto e até mesmo a prevenir eventuais práticas criminosas?

Podíamos aqui elencar infundáveis situações, de modo a ilustrar a atuação desta figura em determinados crimes.

Antes de tratarmos do objecto da investigação, é crucial referir que, hoje e cada vez mais, é bastante relevante a eficácia no combate ao crime, mas é preciso ter cautela quanto aos sacrifícios exigidos em seu nome, porque como sabemos, nem tudo pode ser sacrificado, até mesmo por essa eficácia. Referimo-nos por ex. a um dos princípios matriz ou princípio-fundamento da República Portuguesa e não só, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, releva este princípio, a ter-se em conta, que é o respeito pela dignidade da pessoa humana.

Baseando-se a República Soberana Portuguesa, na dignidade da pessoa humana, (conforme o preceituado no artigo 1.º da CRP), tencionou-se enfatizar, que este surgiu como fundamento e referência unificadora quer dos direitos fundamentais (pessoais e sociais), quer da organização política, social e económica, com evidente negação de concepções transpersonalistas do Estado e da Nação⁸⁹. Assim, a dignidade da pessoa humana é um valor autónomo e específico, inerente aos seres humanos, em virtude da sua simples personalidade⁹⁰. Consequentemente, a república portuguesa, baseia-se no género humano (Homem), enquanto tal, ou melhor, enquanto sujeito, dotado de razão e de consciência, e não como um mero objecto dos poderes ou relações de domínio⁹¹. Sendo o género humano (Homem), sujeito de direitos, em caso algum,

⁸⁹ FURTADO, Franklim - O Agente Infiltrado. *Revista de Direito e Cidadania*. V n.º 16/17. 2002. Refere que, «tudo pela nação nada contra a nação», «tudo pelo estado nada contra o Estado», onde os fins do Estado adquirem substantividade própria, com sacrifício, se necessário, dos valores específicos e inalienáveis da própria pessoa humana”. P.11.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra editora, 2014, referimo-nos concretamente a anotação ao artigo 1.º da CRP, Vol I Artigos 1.º-107.º. E cf. Ainda MÁRIO JOSÉ DE ARAÚJO TORRES - Parecer do Coselheiro Mário Torres sobre «o Direito de asilo» [Em linha] [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/mjat.html#N_2_>.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra editora, 2014, referimo-nos concretamente a anotação ao artigo 1.º da CRP, Vol. I Artigos 1.º-107.º

poderá, ser manipulado, enganado ou até mesmo instrumentalizado pelo estado, com o intuito de difundir uma imagem de eficácia no combate ao crime ou a criminalidade grave e ou moderna (aquela que é desempenhada com recurso a meios tecnológicos e de alta sofisticação).

Princípio preconizado, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁹², nos termos do artigo 1.º, estabelece-se lá que, “*todos os seres humanos, porque dotados de razão e de consciência, nascem livres e iguais em dignidade e em direitos*”. Pode-se retirar deste preceito, uma ideia de proteção, que não se restringe à cidadania portuguesa, mas sim, postula uma visão universalista (universal), não apenas da atribuição de direitos, mas também das garantias da sua efetivação.

Carreando este princípio, *dignidade da pessoa humana* (no que concerne ou no que respeita as garantias constitucionais, na senda do combate ao crime (grave e ou moderno), releva aqui o *artigo 32.º da CRP*⁹³, que trata dos “*princípios do processo penal*”. Nos termos do *n.º 8*, desta norma constitucional, “*estabelece-se lá que, “ são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”. Tais referências mencionadas neste número 8, do artigo 32.º da CRP, sem linha de dúvida, veem justificar ou até mesmo, confirmar, que por vezes determinadas acções, levadas a cabo por recurso ao homem de confiança, ou ainda, a figura do agente encoberto/infiltrado (por ser meios tidos como enganosos e como tal atentadores da integridade moral do visado), são susceptíveis de pôr em causa o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana.

Agora cabe-nos focar na problemática do conceito do agente encoberto/infiltrado e suas figuras afins.

⁹² Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos - [Em linha] [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>.

⁹³CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra editora, 2014, referimo-nos concretamente a anotação ao artigo 32.º n.º 8 da CRP, Vol. I Artigos 1.º-107.º. e a este propósito cf. também MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro De; MEDEIROS, Rui - Constituição Portuguesa Anotada. [S.l.] : Universidade Católica Editora, 2017, concretamente a anotação ao mesmo artigo, que consta do Vol. I. Artigos 1.º - 79.º.

4.2. O AGENTE ENCOBERTO E OUTRAS FIGURAS AFINS

É-nos familiar, que o agente encoberto⁹⁴, é o método oculto de investigação criminal, tipificado na Lei Portuguesa, que mais contendas levanta, apesar de ser um método, que já vigora ou existe há algum tempo (como veremos adiante), mas, feliz ou infelizmente, ainda, paira na doutrina grandes querelas ligadas à definição dos conceitos de agente infiltrado, agente encoberto, agente provocador, homem de confiança, arrependido, denunciante anónimo, agente à paisana e o informador, baralhando-se por vezes o seu significado.

Como sabemos, a definição destes conceitos não é unânime a nível da doutrina, daí que, uma parte da doutrina, considera que estes conceitos são sinónimos, e a outra parte, considera que existem diferenças bem vincadas entre os conceitos.

Antes de entrarmos na distinção entre agente encoberto e agente infiltrado de acordo com a doutrina e jurisprudência portuguesa, enunciaremos as definições das outras figuras afins através de autores portugueses que consideramos correctas.

Informador

Para Nuno Miguel Loureiro, a figura do *informador*, é aquele cidadão particular, que se limita a fornecer às instâncias formais de perseguição penal informações de que teve (com anterioridade) conhecimento sobre a preparação ou a comissão de crimes e sobre os seus agentes⁹⁵.

O arrependido

Para Paulo Pinto de Sousa, o arrependido, é aquele indivíduo, que, pertencendo originalmente à organização criminosa, a partir de certo momento (em troca de certos benefícios legais e de protecção), colabora com as autoridades judiciais, fornecendo a estes informações suficientes para uma posterior condenação dos demais membros

⁹⁴ RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017. “Esta figura, que ao abrigo da lei omite dolosamente ou mente quanto à sua identidade e qualidade com o intuito de capturar outrem na prática de um ilícito, gera questões delicadas, quer no plano ético, a propósito da pretensa superioridade de um Estado que, nas palavras de Radbruch, se quer de mãos limpas”. Pp. 286-287.

⁹⁵ LOUREIRO, Nuno Miguel - A Responsabilidade Penal do Agente Encoberto. Revista do Ministério Público n.º142. Ano 36. Lisboa. 2015, p. 85.

do grupo criminoso, em especial, daqueles que ocupam cargos de chefia dentro da estrutura hierárquica⁹⁶.

Denunciante anónimo

O mesmo autor, Paulo Pinto de Sousa, é em regra, um particular que leva ao conhecimento das autoridades a notícia da efectivação⁹⁷ de crimes e que, aos poucos, lhes vai transmitido algum elemento probatório de relevância. A sua identidade mantém oculta, no processo penal, em razão de ser desconhecida ou ainda, porque quem a conhece não pode revelá-la, aparando-se com ou sem fundamento, em alguma modalidade de segredo profissional. Este desfruta de uma identidade, ainda que falsa, de qualquer forma, sua identidade real é conhecida pelo Director Nacional da Polícia Judiciária e pelo ministro de justiça, que aquele propõe e este atribui (nos termos do artigo 5.º, da Lei 101/2001); o peculiar anonimato depende de autorização judicial, e sua actuação deve ser acompanhada e controlada pelo juiz e pelo Ministério Público.

Agente à paisana

Segundo Nuno Miguel Loureiro, *agente à paisana*⁹⁸, trata-se do agente de polícia que, sem estar identificado, isto é, trajado à civil, tão-somente frequenta os meios, acessíveis ao público, conotados com determinado tipo de criminalidade com o propósito de os vigiar, ou observar, identificar possíveis suspeitos da prática de crimes para desta forma surpreender os seus agentes em flagrante delito, detendo-os. Tendo uma atuação absolutamente passiva, de mero expectador, não recorrendo à não ostentação da sua qualidade e identidade para contactar ou relacionar-se com algum suspeito, vertendo qualquer intervenção no desenrolar dos factos, estando simplesmente presente no local e no momento em que um crime possa ser praticado. Por esta razão não restringe direitos fundamentais, sendo a sua actuação inteiramente legítima. Surge em «uma posição exterior ao crime e ao criminoso».

⁹⁶ SOUSA, Paulo Pinto De - As Acções Encobertas. Meio Enganoso de Prova? Agente Infiltrado e Agente Provocador outras questões. Revista do Centro de Estudos Judiciários n.º 14. 2010, pp. 234 –235.

⁹⁷ SOUSA, Paulo Pinto De - As Acções Encobertas. Meio Enganoso de Prova? Agente Infiltrado e Agente Provocador outras questões. Revista do Centro de Estudos Judiciários n.º 14. 2010, p. 235.

⁹⁸ LOUREIRO, Nuno Miguel - A Responsabilidade Penal do Agente Encoberto. Revista do Ministério Público n.º142. Ano 36. Lisboa. 2015, pp. 84-85.

Agente provocador⁹⁹

Uma vez que, esta figura é considerada proibida quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, e até mesmo pelo regime jurídico nacional, levando a que a prova obtida pelo agente provocador, seja considerada nula ao abrigo de várias disposições (32.º, n.º 8 da CRP, 126.º CPP). Importa determinar qual a diferença entre o agente provocador e o agente infiltrado.

Cabe começar, com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 30 de janeiro de 1999, referente ao processo n.º98P999, o agente provocador é definido como o “membro da autoridade policial, que induz outrem a delinquir por forma a facilitar a recolha de provas da ocorrência do acto de criminoso”¹⁰⁰.

Segundo Manuel da Costa Andrade, adopta um conceito extensivo da noção de agente provocador, ou «homens de confiança», para este, abrange «todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo como partida a promessa da confidencialidade da sua identidade e actividade. Cabem aqui tanto os particulares, (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia (...), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto, e quer se limitem à recolha de informações quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime»¹⁰¹. Assim para este autor, cabe na figura do agente provocador aquele que de alguma forma, precipita o crime: «instigando-o, induzindo-o, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos».¹⁰²

Germano Marques da Silva, refere que, a provocação não é apenas informativa, mas sobretudo formativa, não revela um crime e um criminoso, mas cria o próprio crime e o

⁹⁹ Pensamos ser unânime que, a figura do agente provocador teve a sua origem na “ «França do Ancien Régime, “ referida aos delatores dos inimigos do poder político em troca dos favores do príncipe.»”. SOUSA, Susana Aires De - Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões. Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias (org. Manuel Da Costa Andrade). Coimbra. 2003, Continua a autora, acentuando que, “A nível da doutrina nacional, a primeira referência relativa a figura do agente provocador, surge com Eduardo Correia, na década de 80. E quanto a jurisprudência nacional, tivemos menções e decisões acerca do agente provocador, a partir de 1990, data em que surge a primeira sentença, mas somente, em 1993, uma sentença de 05 de Março do Tribunal Judicial de Oeiras, 3.º Juízo, processo n.º777/91, e neste se discute de forma aberta sobre a problemática que é o agente encoberto”. P.1223.

¹⁰⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 30 de Janeiro de 1999, referente ao processo n.º98P999 [Em linha] [Consult. 18 fev. 2020] Disponível em WWW:<URL:http://www.dgsi.pt.>.

¹⁰¹ ANDRADE, Manuel Da Costa - Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 220.

¹⁰² Cf. Idem. P. 221.

próprio criminoso e, por isso, contraria à própria finalidade da investigação criminal, uma vez que gera o seu próprio objecto¹⁰³.

Para Manuel Augusto Meireis, o agente provocador «é aquele que, sendo um cidadão particular ou entidade policial, convence outrem à prática de um crime, não querendo o crime a se, e sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso, a uma pena»¹⁰⁴. Para o autor, o «essencial para o direito penal e processual penal na actividade de provocação é, acima de tudo, o animus do provocador e do provocado. Seguindo o autor, é irrelevante o facto de o provocador ser um agente de polícia, ou de qualquer outra força da autoridade pública, ou um cidadão particular. Exige-se sim, por um lado, que o agente provocador tenha a vontade e intenção de, através da sua actuação, determinar outrem à prática de um crime, e por outro lado, exige-se que, o agente provocador não queira o crime que determina outrem a praticar¹⁰⁵.

Para Nuno Miguel Loureiro, agente provocador, é aquele agente de polícia ou 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 provocado¹⁰⁶.

Franklin Furtado¹⁰⁷, refere que, este agente provoca uma intenção criminosa, que ainda não existia no sujeito visado.

Para João Branco, o agente provocador, é o indivíduo que se insere nos meios criminosos, ocultando a sua qualidade, para alcançar a confiança de agentes criminosos. Este insere-se com o fito de promover a prática da infração pelo visado¹⁰⁸.

Segundo os autores Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, agente provocador é o agente do próprio crime, e sendo assim, sempre será inadmissível face à ordem

¹⁰³ SILVA, Germano Marques Da - Bufos Infiltrados, Provocadores e Arrependidos - os Princípios Democráticos e da Lealdade em Processo Penal. Em Trad. Tereza Pizarro Beleza Apontamentos de Direito Processual Penal I. Lisboa: AAFDL Editora, 1995 Vol. III. pp. 63–69.

¹⁰⁴ MEIREIS, Manuel Augusto Alves - O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal. Coimbra: Almedina Editora, 1999, p. 155.

¹⁰⁵ Cf. Idem. P.155.

¹⁰⁶ LOUREIRO, Nuno Miguel - A Responsabilidade Penal do Agente Encoberto. Revista do Ministério Público n.º142. Ano 36. Lisboa. 2015, pp. 83-85.

¹⁰⁷ FURTADO, Franklim - O Agente Infiltrado. Revista de Direito e Cidadania. V n.º 16/17. 2002, pp.10-12.

¹⁰⁸ BRANCO, João - O Anonimato do Agente Infiltrado em Sede de Audiência de Julgamento: Uma Questão de Direitos Humanos. Revista de Investigação Criminal - Ciências Criminais e Forenses. N.º 5. Ensaios e Estudos. Lisboa. 2019, pp.80-81.

jurídica portuguesa. Porque induz o suspeito à prática de atos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime, agindo, nomeadamente, como comprador ou fornecedor de bens e dos serviços ilícitos¹⁰⁹.

Maurício Ludovici considera que, o agente provocador é o agente que cria o próprio crime e o próprio criminoso, porque induz o suspeito à prática de actos ilícitos, instigando-o e alimentando¹¹⁰ o crime, agindo, nomeadamente, como comprador ou fornecedor de bens e serviços ilícitos.

Para Isabel Oneto, o agente provocador, é um participante activo na actividade criminosa. Insere-se no mundo do crime, convive com o criminoso, ganha a sua confiança e comete crimes, quer na forma de cumplicidade, co-autoria, instigação e autoria mediata, portanto é ele o próprio criminoso¹¹¹.

Para Ferreira Monte (citado por Isabel Oneto), o agente provocador “não se limita a esperar pela prova, ele provoca-a”, apesar da predisposição do agente para o crime, ou de se dedicar à actividade criminosa¹¹².

Para João Luís Rocha, (citado por Isabel Oneto) considera que, o agente provocador (agente provocateur ou polizeilichelockspitzel) é o funcionário, ao abrigo “da sua missão policial, que determina outrem a praticar crimes.” E este autor critica o Estado que favorece o crime para o punir¹¹³.

Daniel Silva considera que, o agente provocador faz nascer a resolução criminosa, atuando de forma a dar vida ao crime¹¹⁴.

Segundo Susana Sousa o agente provocador é o membro da autoridade policial ou um civil comandado pela polícia, que induz outrem a delinquir, por forma a facilitar a recolha de provas da ocorrência do facto criminoso, ou seja, é o agente que induz,

¹⁰⁹ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João - Crime. Medidas de Coação e Prova. O Agente Infiltrado, Encoberto e Provocador. Lisboa: Almedina Editora, 2015, pp. 293-295.

¹¹⁰ LUDOVICI, Maurício - O Agente Infiltrado e a Ordem Jurídica Portuguesa. Em ALVES, MANUEL JOÃO; VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES (Eds.) - Trad. Fernando GONÇALVES Lei e Crime - O Agente Infiltrado Versus O Agente Provocador. Os Princípios do Processo Penal. Lisboa: Almedina Editora, 2001, p. 264.

¹¹¹ ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 137.

¹¹² Cf. Idem, p. 125.

¹¹³ Cf. Ibidem. P. 125.

¹¹⁴ SILVA, Daniel - As Acções Encobertas no Estado de Direito Democrático. Revista de Investigação Criminal. Ciências Criminais e Forenses. N.º 5. Ensaios e Estudos. 2013, p. 45.

impulsiona o suspeito à prática de actos ilícitos, agindo, por exemplo, como comprador ou fornecedor de bens ou de serviços ilícitos¹¹⁵.

Segundo o conselheiro António Henriques Gaspar, o agente provocador, é o agente de autoridade policial ou um terceiro por este controlado, que dolosamente determina outrem à comissão de um crime, o qual não seria cometido sem a sua intervenção, movido pelo desejo de obter provas da prática desse crime ou de submeter o autor do facto a um processo penal e à condenação. Assim, «é aquele que induz outrem a delinquir com a finalidade de o fazer condenar», criando nos investigados, intenção criminosa que até então inexistente¹¹⁶. E por esta razão deve ser vedada o seu recurso.

Para David Silva Ramalho o agente provocador é órgão de polícia criminal ou um terceiro sob a sua direcção que determina ou estimula outrem à comissão do crime que de outro modo não seria por si praticado, geralmente, motivado pela vontade de facilitar a recolha de prova da ocorrência do facto criminoso. Assim, revelando um papel decisivo e interventivo na sua génese e comissão. E para este autor, a diferença reside no facto de este provocar uma intenção, que até então não existia, ou era inexistente de praticar o ilícito. Sendo assim, uma provocação que subverte o processo penal- entendida como a realização da justiça através da perseguição criminal dos culpados -, ao criar o crime que visa punir transformando o inocente em culpado¹¹⁷. E ainda acrescenta o autor que, a provocação eficaz da ação criminosa por parte do agente encoberto viola, desde logo, os princípios democrático e da lealdade (cf. artigos 1.º, 2.º e 9.º alínea b) da CRP, bem como o direito a um processo penal justo e equitativo. Ademais, consubstancia um meio enganoso, não legitimado, e como tal ofensivo da integridade moral do visado, pelo que a prova através dele obtido será nula, por força do disposto nos artigos 32.º, n.º8 da CRP e 126.º, n.º 2 alínea a) do CPP.

¹¹⁵ SOUSA, Susana Aires De - Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões. Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias (org. Manuel Da Costa Andrade). Coimbra. 2003, pp. 1222–1223.

¹¹⁶ GASPAR, António Henriques - As Acções Encobertas e o Processo Penal - Questões sobre a Prova e o Processo Equitativo. Revista do Centro de Estudos Judiciários - Medida de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira. 2004, p. 46.

¹¹⁷ RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, pp. 291-292.

Agente Encoberto vs. Infiltrado

Autores que entendem que existe uma diferença entre agente encoberto e infiltrado.

Manuel Alves Meireis considera que, o *agente encoberto* é um agente de autoridade ou alguém, actuando com o mesmo, que sem revelar quem é ou o que faz, frequenta locais conotados com o crime, com a expectativa de encontrar possíveis delinquentes, não provoca o crime, nem tem que conquistar a confiança de ninguém. Continua dizendo que, o agente encoberto atua de forma passiva relativamente à decisão criminosa, estando a presenciar um crime num determinado lugar, a uma determinada altura, como poderia estar outra pessoa qualquer. Já o *agente infiltrado*, para este, é o agente de autoridade ou alguém, actuando com o mesmo, que sem revelar quem é e o que faz, frequenta locais conotados com o crime, com a expectativa de encontrar possíveis delinquentes, não provoca o crime, conquista a confiança do meio onde se infiltra, mas distinguindo-se também, pelo facto de este ter um comportamento ativo, (diferente do papel do agente provocador) relativamente à decisão criminosa¹¹⁸.

Para Jorge António de Jesus S.C.S. Cardoso e Ricardo Filipe da Silva Cortinhas, entendem que, existe diferença entre *agente encoberto* e *infiltrado*, baseando-se estes, na opinião de Manuel Alves Meireis, o qual consideram que o “ «agente encoberto é uma figura mais afastada do provocador do que o agente infiltrado, caracterizando-se a sua actuação pela “absoluta passividade relativamente à decisão criminosa”». Fundamentam a sua posição no estabelecimento da relação de confiança com o visado, no caso do infiltrado, e a ausência dessa relação no quadro do encoberto (uma vez que este se abstém de estabelecer um contacto direto com o investigado), aponta necessariamente para formas distintas de atuação que cristalizam diferentes graus de ofensa aos direitos fundamentais, e acrescem ainda que, ambas as figuras são “atores” das ações encobertas¹¹⁹.

Na mesma linha de Meireis, retratam Gonçalves, Alves e valente, estes consideram que, o agente encoberto é, pois, um órgão de Polícia Criminal (da Polícia Judiciária, Polícia de Segurança Pública ou da Guarda Nacional Republicana) ou o particular que,

¹¹⁸ MEIREIS, Manuel Augusto Alves - O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal. Coimbra: Almedina Editora, 1999, pp. 192-193.

¹¹⁹ CARDOSO, António De Jesus S. C. S.; CORTINHAS, Ricardo Filipe Da Silva - « Agente Encoberto - Apoio à Atividade de Investigação Criminal» Undercover Agent- Support for Criminal Investigation Activity. Revista de Direito e Segurança N.º 8, ano IV. 2016) 88–89.

de forma concertada com ele atua, que, sem revelar a sua qualidade ou identidade, frequenta os lugares conotados com o crime, v.g, bares, cafés, supermercados, estações de caminho-de-ferro e outros lugares abertos ao público, com a finalidade de identificar, e eventualmente de ter, possíveis suspeitos da prática de crimes, mais ou menos graves, de natureza pública ou semi-pública, sem contudo, determinar a prática de qualquer crime ou conquistar a confiança de alguém; e a presença deste agente nos lugares conotados com o crime e a sua qualidade «é indiferente para determinar o rumo dos acontecimentos; naquele lugar e naquele momento poderia estar qualquer outra pessoa e as coisas aconteceriam da mesma forma; aqui o risco corre, no todo, por conta do delinquente (...). O agente encoberto nunca teve nem o domínio absoluto, nem o domínio funcional do facto»¹²⁰. Já o *infiltrado*, é, pois, o funcionário de investigação criminal ou terceiro, por exemplo o cidadão particular, que actue sob o controlo da polícia judiciária, que com ocultação da sua qualidade e identidade, e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito ou suspeitos, ganha a sua confiança pessoal, para melhor a observar, em ordem a obter informações relativas às actividades criminosas de que é suspeito e provas contra ele (s), com finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo, o (s) determinar à pratica de novos crimes. Acrescentam os autores que, a figura do agente encoberto não se confunde com a do agente infiltrado, (e muito menos com a do provocador). Pelo que, o elemento caracterizador da figura do agente encoberto é «a sua absoluta passividade relativamente à decisão criminosa»¹²¹. E ainda vão longe, referindo que, o agente encoberto “*não necessita de autorização para atuar nos meandros do crime e não está restringindo a quaisquer catálogos de crimes*”.

Ainda na mesma esteira de Alves Meireis, o conselheiro Eduardo Maia Costa, refere que o agente encoberto, apenas põe em marcha uma decisão já tomada, fundamenta a sua posição no critério geral de intromissão /infiltração na organização criminosa. E esta *intromissão do encoberto é diferente da do infiltrado, que está mais próximo do provocador*.¹²²

E o derradeiro autor Maurício Ludovici, o agente encoberto é órgão de polícia criminal (P.J, PSP ou GNR) ou o particular que, de forma concertada com ele actua, que, sem

¹²⁰ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João - Crime. Medidas de Coação e Prova. O Agente Infiltrado, Encoberto e Provocador. Lisboa: Almedina Editora, 2015, pp. 301-302.

¹²¹ Cf. Idem, pp.296-297.

¹²² COSTA, Eduardo Maia - Ações Encobertas (Alguns problemas, algumas sugestões). Memória do Conselheiro Artur Maurício. 2014, p. 364.

revelar a sua qualidade e identidade, frequenta os lugares conotados com o crime (ex. bares, cafés, supermercados, estações de caminhos de ferro e outros lugares abertos ao público, com a finalidade de identificar e eventualmente deter, possíveis suspeitos da prática de crimes, mais ou menos graves, de natureza pública ou semi-pública, sem contudo, determinar à prática de qualquer crime ou conquistar a confiança de alguém. Para este autor o encoberto nunca teve nem o domínio absoluto, nem o domínio funcional do facto. Assim, o agente encoberto não se confunde com o infiltrado, pelo facto de o encoberto, ter uma «actuação de absoluta passividade relativamente à decisão criminosa»¹²³.

Agente encoberto/infiltrado

Iremos referir os autores que não distinguem estas figuras, ou seja, para eles o encoberto é a mesma coisa ou tem o mesmo conceito que o agente infiltrado.

Segundo Isabel Oneto o agente infiltrado ou encoberto é a mesma figura que integra as ações encobertas, e o infiltrado/encoberto, é mais do que um simples observador, para a autora este é um participante activo na actividade criminosa. Insere-se no mundo do crime, convive com criminosos, ganha a sua confiança e comete crimes, quer na forma de cumplicidade, quer como co-autor ou mesmo como simples autor. Apenas lhe está vedado agir como instigador e como autor mediato. (pelo que isso se configura provocação, saindo assim, do seu campo inicial de atuação)¹²⁴.

Segundo Benjamin Rodrigues, as ações encobertas, são todas aquelas actuações “camufladas” (desconhecidas dos visados) que «sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados na Lei n.º 101/2001, com ocultação da sua qualidade e identidade»¹²⁵.

Segundo Nuno Miguel Loureiro, o agente encoberto/infiltrado deve ser definido como o agente da autoridade ou particular, sob o controlo da polícia que, no contacto ou relacionamento com o (s) suspeito (s) criminoso (s), atua com ocultação da sua

¹²³ LUDOVICI, Maurício - O Agente Infiltrado e a Ordem Jurídica Portuguesa. Em ALVES, MANUEL JOÃO; VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES (Eds.) - Trad. Fernando GONÇALVES Lei e Crime - O Agente Infiltrado Versus O Agente Provocador. Os Princípios do Processo Penal. Lisboa : Almedina Editora, 2001, pp. 265-304.

¹²⁴ ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 150.

¹²⁵ RODRIGUES, Benjamim Silva - Da Prova Penal. Bruscamente... A (S) Face (S) Oculta (S) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal. [S.l.] : Rei dos Livros Editora, Vol II, 2010, pp. 120-121.

qualidade e identidade, assumindo um papel simulado ou disfarçado, com a finalidade, também ela oculta, de obter informações relevantes para prevenir a prática de crimes ou obter provas incriminatórias para a sua repressão, mas sem em qualquer caso determinar o (s) suspeito (s) à prática de infrações. Vai adiante o autor, referindo que, neste estão inseridos, qualquer cidadão comum, e não só o próprio arguido, que pretenda, ao participar na acção beneficiar do estatuto jurídico-penal do chamado “arrependido”, derivado de alguma norma de direito premial). Quer este actue apenas com ocultação da sua identidade e qualidade, ou também sua identidade fictícia, quer o faça por um curto ou por um longo período de tempo, reger-se-á pelo RJAE e apenas será legalmente admissível obedecendo aos termos e condições¹²⁶.

Para Rui Pereira, o agente encoberto é um meio enganoso de obtenção de prova, considerado ofensivo da integridade moral à luz do n.º 2, do artigo 126.º do CPP e do artigo 32.º, n.º 8 da CRP, e portanto absolutamente proibido¹²⁷.

Para João Branco, agente encoberto/infiltrado, consiste no indivíduo que se insere nos meios criminosos, ocultando a sua qualidade, para alcançar a confiança de agentes criminosos. Ele limita-se a observar a prática de crimes, não participa na sua execução, uma vez que o autor da prática criminosa já estava decidido a delinquir e a ação deste operacional só colocou em marcha um plano previamente delineado. O agente encoberto não promove a infração, a sua inserção no seio da organização não tem como fito a promoção da prática do crime, na medida em que o seu comportamento está espartanamente centrado na obtenção de provas que permitam a descoberta e a condenação do criminoso¹²⁸.

Já Franklin Furtado refere que, o agente infiltrado/encoberto é o agente de polícia ou terceiro (por si comandado) e se insinua nos meios em que se praticam crimes, com ocultação da sua qualidade de modo a ganhar a confiança dos criminosos com vista a obter informações e provas contra eles, mas sem os determinar à prática de infrações¹²⁹.

¹²⁶ LOUREIRO, Nuno Miguel - A Responsabilidade Penal do Agente Encoberto. Revista do Ministério Público n.º 142. Ano 36. Lisboa. 2015, pp. 82-84.

¹²⁷ PEREIRA, Rui - O Agente Encoberto na Ordem Jurídica Portuguesa. Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Vol. II, 2005, pp. 289-290.

¹²⁸ BRANCO, João - O Anonimato do Agente Infiltrado em Sede de Audiência de Julgamento: Uma Questão de Direitos Humanos. Revista de Investigação Criminal - Ciências Criminais e Forenses. N.º 5. Ensaios e Estudos. Lisboa. 2019, p.81.

¹²⁹ FURTADO, Franklim - O Agente Infiltrado. Revista de Direito e Cidadania. V n.º 16/17. 2002, pp.10-12.

Para Paulo Pinto de Sousa, agente infiltrado/encoberto, é aquele membro da Polícia Judiciária que se infiltra numa organização criminosa, utilizando uma identidade falsa (concedida pelo Estado), e que possui como finalidade a prevenção ou repressão de crimes e a informação sobre as suas actividades às autoridades competentes. Tudo isso, com o escopo primordial de obter provas da prática de crimes e proceder à detenção de seus autores. Vai mais longe o autor, referindo que, este deverá aceitar esta tarefa, de forma livre e voluntária, dado o enorme risco pessoal que sua execução proporciona, inclusive para a sua família¹³⁰.

Para Susana Aires de Sousa, agente infiltrado/encoberto, é uma técnica de investigação que consiste essencialmente na possibilidade de agentes da polícia criminal ou terceiros sob a sua verdadeira identidade, actuarem de maneira a impedir a prática de crimes ou a reunir provas que permitam a efectiva condenação dos criminosos¹³¹.

Segundo David Silva Ramalho, o conceito de acções encobertas deverá conter três elementos cruciais, a saber: “a ocultação da qualidade e identidade do agente no meio onde se infiltra; o acto de infiltração e a necessidade da acção encoberta para a recolha de prova da intenção da prática dos mesmos ou da sua efectiva comissão”. Assim para este autor, agente encoberto, trata-se daquele agente policial ou não (terceiro), que ocultando a sua identidade, infiltra-se, e uma vez integrado no meio criminoso, recolhe a prova que conduzirá a responsabilização criminal daqueles, e em última análise, à prevenção de outros ilícitos¹³².

4.2.1. TOMADA DE POSIÇÃO

Tendo presente o supra exposto, pudemos perceber que, ainda persiste uma grande dificuldade em estabelecer a distinção entre os conceitos em análise, pensamos ser crucial e necessário apontar algumas comparações estabelecidas pelos diversos autores acima mencionados, com o intuito de auxiliar esta contenda. Passaremos a apontar:

¹³⁰ SOUSA, Paulo Pinto De - As Acções Encobertas. Meio Enganoso de Prova? Agente Infiltrado e Agente Provocador outras questões. Revista do Centro de Estudos Judiciários n.º 14. 2010, pp. 233- 234.

¹³¹ SOUSA, Susana Aires De - Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões. Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias (org. Manuel Da Costa Andrade). Coimbra. 2003, pp. 1222–1223.

¹³² RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, pp. 292-293.

Segundo Isabel Oneto, não existe diferença entre a figura do agente infiltrado/encoberto, pelo que, trata-se do mesmo agente, que integra as ações encobertas. Este infiltrado/encoberto, é mais do que um simples observador, para a autora este é um participante activo na actividade criminosa. Insere-se no mundo do crime, convive com criminosos, ganha a sua confiança e comete crimes, quer na forma de cumplicidade, quer como co-autor ou mesmo como simples autor. Apenas lhe está vedado agir como instigador e como autor mediato. (pelo que isso se configuraria provocação, saindo assim, do seu campo inicial de atuação)¹³³.

Para João Branco, agente encoberto/infiltrado consiste no indivíduo que se insere nos meios criminosos, ocultando a sua qualidade, para alcançar a confiança de agentes criminosos. Ele limita-se a observar a prática de crimes, não participa na sua execução, uma vez que o autor da prática criminosa já estava decidido a delinquir e a ação deste operacional só colocou em marcha um plano previamente delineado. O agente encoberto/infiltrado, não promove a infração, a sua inserção no seio da organização não tem como fito a promoção da prática do crime, na medida em que o seu comportamento está espartanamente centrado na obtenção de provas que permitam a descoberta e a condenação do criminoso¹³⁴. Este autor, também não distingue estas figuras.

Para Susana Aires de Sousa, agente infiltrado/encoberto é uma técnica de investigação que consiste essencialmente na possibilidade de agentes da polícia criminal ou terceiros sob a sua verdadeira identidade, actuarem de maneira a impedir a prática de crimes ou a reunir provas que permitam a efectiva condenação dos criminosos. Também a autora, não faz referência a distinção das figuras de agente encoberto e agente infiltrado¹³⁵.

Segundo David Silva Ramalho, o conceito de ações encobertas deverá conter três elementos cruciais, a saber: “a ocultação da qualidade e identidade do agente no meio onde se infiltra; o acto de infiltração e a necessidade da acção encoberta para a recolha de prova da intenção da prática dos mesmos ou da sua efectiva comissão”.

¹³³ ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.150.

¹³⁴ BRANCO, João - O Anonimato do Agente Infiltrado em Sede de Audiência de Julgamento: Uma Questão de Direitos Humanos. Revista de Investigação Criminal - Ciências Criminais e Forenses. N.º 5. Ensaios e Estudos. Lisboa. 2019, p.81.

¹³⁵ SOUSA, Susana Aires De - Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões. Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias (org. Manuel Da Costa Andrade). Coimbra. 2003 1222–1223.

Assim para este autor, agente encoberto, trata-se daquele agente policial ou não (terceiro), que ocultando a sua identidade, infiltra-se, e uma vez integrado no meio criminoso, recolhe a prova que conduzirá a responsabilização criminal daqueles, e em última análise, à prevenção de outros ilícitos¹³⁶. Este autor também não distingue, estas figuras. Limitando-se a admitir apenas a distinção entre agente encoberto e provocador.

Já Manuel Augusto Meireis, considera o agente encoberto, um agente de autoridade ou alguém, actuando com o mesmo, que sem revelar quem é ou o que faz, frequenta locais conotados com o crime, com a expectativa de encontrar possíveis delinquentes, não provoca o crime, nem tem que conquistar a confiança de ninguém. Ou seja, este autor considera, o agente encoberto como sendo passivo relativamente à decisão criminosa, estando a presenciar um crime num determinado lugar, a uma determinada altura, como poderia estar outra pessoa qualquer. Já o infiltrado para este autor, será aquele agente de autoridade ou alguém, actuando com o mesmo, acrescentando que este exerce um papel, mais activo que o encoberto, sem nunca incitar ou determinar a prática de um crime, caso assim o fizer, esta actuação absorveria a infiltração, tornando-o num agente provocador¹³⁷.

Na mesma linha, encontramos os autores Fernando Gonçalves/ Manuel João Alves e valente, o agente infiltrado ou encoberto é o funcionário, de investigação criminal ou terceiro, por exemplo, o cidadão particular, que atue sob o controlo da polícia judiciária que, com ocultação da sua qualidade e identidade, e com o fim de obter provas, para a incriminação do suspeito ou suspeitos, ganha a sua confiança pessoal, para melhor observar, em ordem a obter informações relativas às actividades criminosas de que é suspeito e provas. Contra ele (s) com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo, o (s) determinar à prática de novos crimes. Assim, para estes autores o que distingue as figuras de agente encoberto e de agente infiltrado é a «actuação de absoluta passividade relativamente à decisão criminosa» por parte do agente encoberto, ao passo que, o agente infiltrado, para os autores, tem uma actuação mais activa relativamente à decisão criminosa¹³⁸.

¹³⁶ RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, pp. 292-293.

¹³⁷ MEIREIS, Manuel Augusto Alves - O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal. Coimbra: Almedina Editora, 1999, pp. 192-193.

¹³⁸ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João - Crime. Medidas de Coação e Prova. O Agente Infiltrado, Encoberto e Provocador. Lisboa: Almedina Editora, 2015, pp. 301-302.

Segue-se ainda, Maurício Ludovici, o agente encoberto é órgão de polícia criminal (PJ, PSP ou GNR) ou o particular que, de forma concertada com ele actua, que, sem revelar a sua qualidade e identidade, frequenta os lugares conotados com o crime (ex; bares, cafés, supermercados, estações de caminhos de ferro e outros lugares abertos ao público, com a finalidade de identificar e eventualmente deter, possíveis suspeitos da prática de crimes, mais ou menos graves, de natureza pública ou semi-pública, sem contudo, determinar à prática de qualquer crime ou conquistar a confiança de alguém. Para este autor o encoberto nunca teve nem o domínio absoluto, nem o domínio funcional do facto. Assim, o agente encoberto não se confunde com o infiltrado, pelo facto de o encoberto, ter uma «actuação de absoluta passividade relativamente à decisão criminosa»¹³⁹.

E os ilustres GNR, Jorge António de Jesus Cardoso e Ricardo Filipe da Silva Cortinhas, entendem que, existe diferença entre agente encoberto e infiltrado, baseando-se estes, na opinião de Manuel Augusto Meireis, o qual considera que o agente encoberto é uma figura mais afastada do provocador do que o agente infiltrado, caracterizando-se a sua actuação pela “absoluta passividade relativamente à decisão criminosa”. Fundamentam a sua posição em dois pontos: o primeiro está ligado à questão do “estabelecimento da relação de confiança (que este requisito está presente no agente infiltrado) e ausente (no encoberto). Reforçam este fundamento, com um segundo, que é pelo facto de se estabelecer uma relação de confiança com o investigado que o grau de ofensa ou de lesão dos direitos fundamentais do lesado é maior (no infiltrado), já no encoberto é de menos intensidade por contra posição a aquele na óptica dos autores¹⁴⁰.

Aqui chegados, podemos assim afirmar que, grande parte da doutrina ou a doutrina maioritária aqui referida, não estabelece uma divisão tripartida no universo dos “homens de confiança”, limitando-se a defrontar a actividade de provocação (agente provocador) de infiltração (agente encoberto/infiltrado).

Em síntese conclusiva sobre este tópico, pudemos observar que não é vulgar a autonomização da figura do agente encoberto, porque na verdade, a maioria das

¹³⁹ LUDOVICI, Maurício - O Agente Infiltrado e a Ordem Jurídica Portuguesa. Em ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Eds.) - Trad. Fernando GONÇALVES Lei e Crime - O Agente Infiltrado Versus O Agente Provocador. Os Princípios do Processo Penal. Lisboa: Almedina Editora, 2001, pp. 265-304

¹⁴⁰ CARDOSO, António De Jesus S. C. S.; CORTINHAS, Ricardo Filipe Da Silva - «Agente Encoberto - Apoio à Atividade de Investigação Criminal» Undercover Agent- Support for Criminal Investigation Activity. Revista de Direito e Segurança N.º 8, ano IV. 2016, pp. 88-89.

“construções conceptuais “ incluem a figura do encoberto na definição de agente infiltrado, considerando-os sinónimos, ou seja, palavras diferentes mas que têm a mesma realidade” e falando indistintamente de “agente infiltrado ou encoberto” limitando-se à defrontação da sua actuação face à do agente provocador.

Assim, é nosso entendimento, que não existe distinção entre a figura de agente encoberto/infiltrado, posição esta, vincada nas opiniões principalmente de David Ramalho¹⁴¹ (baseando a sua posição pelo facto de esta distinção padecer de inutilidade e gerar confusão), Isabel Oneto¹⁴² e em outros autores que preferem não fazer menção desta contenda de conceitos e ou terminologias, mas que, de acordo com as suas construções dogmáticas, se inclinam para esta posição, dando relevância apenas a distinção de agente encoberto/infiltrado vs. Agente provocador). Assim, pensamos não existir nenhuma distinção entre ambas as figuras, primeiramente com o

¹⁴¹ RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, refere o autor que, “a distinção entre agente encoberto e agente infiltrado, tem duas desvantagens: é inútil e gera confusão”... Explica o autor, que é “inútil- porque não apresenta conteúdo relevante. Assim, ou o conceito de agente encoberto, enquanto órgão de polícia criminal descaracterizado em locais onde se espera que sejam praticados ilícitos, se refere a órgãos de polícia criminal que não têm de usar farda no exercício da sua função, caso em que poderão ser sempre considerados agentes encobertos nesta acepção, ou se refere a órgãos de polícia criminal tipicamente sujeitos à utilização de farda que, durante o serviço, frequentam locais onde suspeitam que podem ocorrer ilícitos criminais, ocultando a sua identidade ou qualidade, caso em que se trata materialmente de uma acção encoberta subsumível ao regime da Lei n.º101/2001... por outro lado, refere o autor que gera confusão por vários motivos: exclui o conceito de agente encoberto do regime legal das acções encobertas e impõe que a figura que o legislador expressamente designa de agente encoberto (cf. Artigos 3.º, n.º 6, 4.º, n.º 3 e 4, 5.º, n.º 4, e 6.º, n.º 1, da Lei n.º101/2001), seja designada como agente infiltrado (figura inexistente na lei), ao passo que, na mesma acepção, o agente encoberto (figura consagrada na lei) passa a ser considerado um meio de obtenção de prova atípico. E reforça ainda este ponto, acentuando que, a confusão prende-se com a génese da distinção, ou seja, com o facto de o conceito de agente encoberto, por contraposição ao de agente infiltrado, ter surgido na vigência dos 59.º e 59.º-A da Decreto-Lei n.º15/93, altura em que, não só a lei não utilizava o termo encoberto, como utilizava o termo infiltrado (referindo-se ao funcionário ou terceiro infiltrados na epígrafe do artigos 59.º-A e no n.º 3). Mesmo aí, porém, o fundamento da distinção não apresentava particular utilidade, uma vez que tinha como propósito justificar (baseando-se na «norma substantiva desincriminatória» do artigo 59.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93) a conduta do órgão de polícia criminal que, sem estar envolvido numa acção encoberta, recebe estupefacientes ou substâncias psicotrópicas sem ter previamente interagido com o vendedor. Neste caso sublinha Isabel Oneto, e bem que, trata-se de um caso de flagrante delito, caso em que o agente deverá deter os suspeito, nos termos do disposto no artigo 255.º, n.º 1, alínea a), CPP”. Pp. 289-291.

¹⁴² ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Refere a autora que,“... A proceder-se a uma distinção entre agente infiltrado e agente encoberto, esta haveria de operar-se no âmbito do conceito de agente infiltrado, atribuindo ao agente encoberto as operações light cover, que precisamente se caracterizam pelo facto de não durarem mais de seis meses, exigirem um menor grau de planeamento, de supervisão e de experiência por parte do agente, mantendo este a sua identidade e o seu lugar na estrutura policial. Estas operações implicam um menor risco para o agente e têm um objectivo preciso, que pode consistir numa transação ou então só um encontro para recolha de informações. Nelas se enquadram as modalidades decoy operation, a pseudo-achat, a pseudo-vente, o flash-roll, a livraison surveillée e a livraison contrôlée. Desta forma poderíamos entender o agente encoberto como uma sub-espécie do agente infiltrado. Não deixa, contudo, de ser relevante o facto de o regime jurídico das acções encobertas referir-se expressamente ao “agente encoberto que tenha e actuado com identidade fictícia “nos termos do seu artigo 4.º/3, no 5.º/4, e no 6.º/1, deste RJAI. Parece que o legislador optou pela expressão agente infiltrado, nela se incluindo a realidade que pode comportar as duas figuras”. Pp.140-141.

fundamento, de estarmos a incorrer numa forçosa alteração da terminologia usada na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, ou seja, em vez de regime jurídico das acções encobertas, substituímos por regime jurídico das acções infiltradas, o que não nos parece ser do que se retira deste regime geral (que mais à frente falaremos), ainda pelo facto de esta distinção em si, não ter algum relevo, pelo facto de, a característica elencada pelos que defendem a distinção das figuras, ser a sua absoluta passividade relativamente à decisão criminosa (ausente no encoberto e presente no infiltrado), não nos parece ser um elemento que permita autonomizar as figuras, e sufragamos por último os fundamentos apontados por David Ramalho, que é o facto de ser inútil e gerar confusão (*confusão esta, que para nós acarreta desordem na estrutura e no próprio Regime Jurídico das Acções Encobertas*). Por isso achamos ajustável, não se distinguir estas figuras de agente encoberto de agente infiltrado, mas sim, agente encoberto de agente provocador, porque como sabemos, este regime permite (como veremos adiante) que o agente encoberto atue como encoberto (passo o pleonasma) e como infiltrado, tendo em conta os critérios de admissibilidade, necessidade e adequação da medida para cada investigação.

Em face da irrelevância da distinção supra exposta (agente encoberto de agente infiltrado), passaremos a nos reportar de forma indistinta no decurso da presente investigação os conceitos e ou terminologias de agente encoberto e de agente infiltrado.

4.3. O CONCEITO DE TERCEIRO

Depois de termos dado o devido tratamento às questões conceptuais que mais contendas trazem na doutrina, trataremos agora, de outra figura, problemática também, mas, não em função das terminologias, mas sim, em função de ser utilizada, nas operações encobertas, sem conhecermos, quem poderá ser esta figura, visto que, o RJAE, apenas refere "terceiro" e não o defini, desta forma dificultando o entendimento.

Como acabamos de referir acima, uma das preocupações do RJAE, prende-se com o conceito e utilização do terceiro. Desde logo, porque, da breve e apressada leitura que fazemos em torno do art.º 1.º, n.º 2 do RJAE, retiramos daí, que o "*terceiro serão todos os funcionários de investigação criminal e todos os particulares também, desde que actuem com ocultação da sua qualidade e identidade*". Ora, decorre desde logo,

dos termos do art.º 5.º, n.º 1, que a “atuação sob identidade fictícia está somente a cargo do agente de polícia, sendo deste modo, vedado ao tal terceiro (e bem, devido o grau de lesão e os riscos próprios desta operação).No entanto, o entendimento de *terceiro para efeitos do art.º 1.º, n.º 2 do RJAÉ* é bastante confuso, e aliás as menções neste RJAÉ reportadas ao terceiro, não nos ajuda a ter uma precisa definição desta figura.

David Ramalho refere que, o terceiro é uma figura que é muito predominante no sistema norte-americano (EUA), sob a designação de fonte confidencial ou informador, abrangidas pelo conceito mais amplo de um undercover agent.¹⁴³ E considera que o “terceiro a que se reporta o art.º 1, n.º 2 do RJAÉ é um “civil ou um homem de confiança” em sentido restrito, que pelos seus contactos, conhecimentos específicos ou pelo facto de já estar integrado no meio sob investigação, poderá recolher as informações pretendidas¹⁴⁴.

Segundo Eduardo Maia Costa considera que, os terceiros são os dados “homens de confiança”, e reitera que, o recurso a terceiros não funcionários não é pacífico. Assinala-se, relativamente a eles a inexistência de um vínculo de fidelidade ao Estado, que é inerente ao estatuto de funcionário de investigação, e que, não constituindo garantia absoluta de fidelidade ao direito, envolve necessariamente um grau de confiança maior do que a mera “contratação de assalariados” ocasionais para finalidades de elevada importância e de alto risco. Só a PJ, tem autorização para contratar “homens de confiança” e ainda de acordo com o art.º 5.º, n.º 2 do RJAÉ, estão os terceiros excluídos de no âmbito de uma operação encoberta atuarem sob identidade fictícia, porque esta prerrogativa está a cargo dos agentes policiais¹⁴⁵.

¹⁴³ RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, refere o autor que, “são várias as agências governamentais legitimadas para recorrer a este meio, como sejam a DEA (que em 2005 tinha cerca de 4000 fontes activas), o FBI (que em 1995 pagou ao informador que evitou o primeiro atentado ao World Trade Center cerca de 1 milhão de dólares), a U.S.Immigration and Customs Enforcement, o Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives (agora integrado no Departamento de Justiça), o IRS (que em 30 anos pagou cerca de 17.000 informadores cerca de 35 milhões de dólares), o US Marshals Service, a CIA, e várias polícias locais (por exemplo, o New York City Police Department)”. P. 298.

¹⁴⁴ RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, Acentua o autor que, “ o tipo e amplitude da recompensa a facultar ao terceiro infiltrado ou ao informador variarão, naturalmente, em função do quadro jurídico no qual se integre a sua utilização. Em qualquer caso, a motivação do terceiro para cooperar com a investigação e o seu interesse pessoal no sucesso da mesma terá, sempre, de ser devidamente relevado em sede de valoração probatória, juntamente o facto de se tratar de um infiltrado merecedor, à partida, de menor confiança e credibilidade do que um agente de polícia. P. 299.

¹⁴⁵ COSTA, Eduardo Maia - Ações Encobertas (Alguns problemas, algumas sugestões). Memória do Conselheiro Artur Maurício. 2014. Acentua o autor que, do princípio da reserva de lei resulta, a

Para Paulo Pinto de Sousa, o terceiro é um informador, que em linguagem corriqueira é denominado de “Chibos”, e acentua que estes podem ser extremamente valiosos para o êxito das investigações. Sendo aquela pessoa cujos dados são reservados, e que, confidencialmente fornece material informativo acerca de delitos, prestando uma valorosa ajuda aos funcionários de investigação criminal. E este normalmente tem certa proximidade com os quadros policiais, prestando a sua colaboração na obtenção de dados que possam auxiliar numa possível investigação penal¹⁴⁶.

Assim, pensamos que, este terceiro, será a figura que de forma livre, esclarecida e voluntária presta ou cede informações, muitas vezes “valiosas” à PJ, e atua sob o controlo da mesma (PJ), e para o seu recurso deve ser feito um prévio escrutínio da conduta do particular, porque, como sabemos, não é um agente de polícia, então estará à partida mais propenso em pressões psicológicas ou até mesmo em cair na tentação do cometimento do crime que esteja a investigar, de modo a retirar partido da mesma. Daí que, para alguns autores como acentua Manuel da Costa Andrade¹⁴⁷, em vez de melhorar, ou auxiliar essa tal eficácia, estará é a perigar essa mesma eficácia.

De resto, está habilitado este terceiro para desempenhar a operação encoberta, e todos os outros artigos reportados ao agente de polícia no RJAE, serão extensíveis a este terceiro, como acima exposto, exceptuando-se apenas a atuação do terceiro sob o manto da identidade fictícia (art.º 5.º, n.º 1), por razões supra explicadas e que se compreende.

consequência da exclusão de quaisquer atividades “encobertas” realizadas por particulares, sem controlo da polícia (isto é, da polícia judiciária). Continua referindo que, não é de rejeitar a possibilidade de qualquer pessoa se “oferecer” à polícia para fazer de “homem de confiança”, eventualmente pelo facto de ter sido contactado por alguém predisposto à prática de um crime de catálogo, e essa iniciativa ser aceite pela polícia. Mas só após a sua constituição formal como homem de confiança, e na medida em que atuar como tal, adquire cobertura legal essa atividade. P. 362.

¹⁴⁶ SOUSA, Paulo Pinto De - As Acções Encobertas. Meio Enganoso de Prova? Agente Infiltrado e Agente Provocador outras questões. Revista do Centro de Estudos Judiciários n.º 14. 2010, “trata-se de uma pessoa de confiança das autoridades policiais, que recolhe informações no âmbito criminoso e as fornece às polícias. O resultado dessa observação e colheita de dados dá-se sob o manto da garantia da confidencialidade e com expectativa de uma contraprestação material ou imaterial, sendo susceptível de interrogação, por vezes, a forma sob a qual é paga tal colaboração”. P. 235.

¹⁴⁷ ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente. N.º (3950). Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º137. 2007, Reitera o autor que, devemos ponderar esta figura, no sentido de poder ser “vital” para o sucesso desta eficácia da infiltração, as informações que o informador (terceiro) disponibilizar ao agente que se irá infiltrar, a cautela deve imperar ou cingir imperiosamente pelo facto de não ter outro meio para aferir a sua veracidade. Pp.101-105.

4.4. REGIME GERAL: EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO

Em Portugal, a figura do agente encoberto/infiltrado, foi pela primeira vez legalmente consagrada com o Decreto-Lei (DL) n.º 430/83, de 13 de Dezembro (denominada de “Lei da Droga”). Em 2001 o legislador criou um «regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal», aprovado pela Lei n.º101/2001, de 25 de agosto, passando assim a existir a terminologia já não de agente infiltrado, mas sim, agente encoberto, tendo esta nova lei revogado toda a anterior legislação existente até a data da entrada em vigor desta lei, esta, veio alargar o âmbito de aplicação das acções encobertas, que como sabemos, se encontrava até então, restrito ao âmbito do combate ao tráfico de droga e das medidas de combate à corrupção e à criminalidade económico-financeira. Seis anos depois, operou-se mais uma ampliação no regime, desencadeada pelo artigo 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho. Decorreram-se mais dois anos, ampliou-se mais uma vez o regime por força do artigo 19.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, alargando assim o catálogo de crimes passíveis de serem investigados através do recurso às acções encobertas.

Como já referimos atrás, este método oculto de investigação criminal foi introduzido no direito português pela primeira vez num diploma avulso, o diploma em causa é o Decreto-Lei 430/83, de 13 de Dezembro, (Lei das Drogas), sendo que no n.º 1, do artigo 52.⁰¹⁴⁸, com a epígrafe “Não punibilidade”, estabelecia que, “não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito preliminar, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”. Do preceito acima descrito, retira-se que, constituem características cruciais do conceito de agente encoberto/infiltrado a ocultação da qualidade e identidade do funcionário de investigação criminal. Realçamos ainda, nos termos do n.º2, deste artigo, estabelecia-se lá que, “ o prazo máximo será de 24 horas para ser junto ao processo o relato dos factos. Posteriormente esta “lei da droga” foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que manteve o conteúdo do anterior artigo 52.º, n.º1, alterando e passando

¹⁴⁸ COSTA, Eduardo Maia - Ações Encobertas (Alguns problemas, algumas sugestões). Memória do Conselheiro Artur Maurício. 2014, Refere o Conselheiro Maia Costa que, este preceito legal teve a “sua inspiração na lei italiana sobre estupefacientes de 1979, que se limitava a prever a «não punibilidade» da conduta do funcionário de investigação criminal que para fins de inquérito, aceitasse a entrega de estupefacientes”. P. 359.

a acolher o mesmo conteúdo, no artigo 59.º, portanto, houve apenas alteração na sua enumeração, não tendo, significativas alterações no regime das ações encobertas.

Com a publicação da Lei n.º 36/94 de 29 de Setembro (medidas de combate a corrupção e criminalidade económica e financeira) o recurso a um agente encoberto, estendeu-se aos crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira, portanto, observou-se uma ampliação no catálogo de crimes a que se podia recorrer ao método oculto agente encoberto/infiltrado.¹⁴⁹

Nos termos do *artigo 6.º* desta Lei, sob a epígrafe “*Atos de colaboração ou instrumentais*”, estabeleceu-se que é legítima, com vista a obtenção de provas em fase de inquérito, a prática de actos de colaboração ou instrumentais relativamente aos crimes previstos no n.º 1, do artigo 1.º, do mesmo diploma. Segundo Isabel Oneto, este preceito veio permitir que o Ministério Público e a Polícia Judiciária, por intermédio da direcção central, pudessem usar estes actos por forma a combater um leque de crimes ligados ou com pendor económico financeiros.¹⁵⁰ Esta lei nova permitiu a alterar a epígrafe do artigo 59.º (“Conduta não punível”), passando a estar previsto nesta nova Lei “Condutas não puníveis, reforçando-se patentemente o alargamento da atuação do agente não só para as condutas previstas até a data, mas também ao leque de infrações económico-financeiras que trouxe. Esta nova lei também, permitiu excluir a responsabilidade da conduta do funcionário de investigação ou de terceiro que atuasse sob o controlo da polícia judiciária.¹⁵¹ E um derradeiro

¹⁴⁹ ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Refere “o recurso a um agente infiltrado foi posteriormente extensivo aos crimes de corrupção e criminalidade económica e financeira, com a publicação da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro. Reforça ainda que, este diploma, além de ampliar o catálogo de crimes em que era admissível a utilização de agentes infiltrados, expandiu igualmente o seu campo de atuação. P.112. A este propósito cf. também. COSTA, Eduardo Maia - Acções Encobertas (Alguns problemas, algumas sugestões). Memória do Conselheiro Artur Maurício. 2014, p.360 e CARDOSO, António De Jesus S. C. S.; CORTINHAS, Ricardo Filipe Da Silva - «Agente Encoberto - Apoio à Atividade de Investigação Criminal» Undercover Agent- Support for Criminal Investigation Activity. Revista de Direito e Segurança N.º 8, ano IV. 2016, p.90.

¹⁵⁰ ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Refere que, “este último preceito, veio atribuir ao Ministério público e à polícia judiciária, através da direcção central para o combate à Corrupção, fraudes e infrações económicas e financeiras, competência para a realização de Acções preventivas no âmbito dos crimes de corrupção, peculato e participação económica em negocio, administração danosa em unidade económica do sector publico, fraude na obtenção ou desvio de subsidio, subvenção ou crédito, infrações económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática e infrações económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional”. Pp. 112-113

¹⁵¹ ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. Refere a autora que, A lei n.º 45/96, de 3 de Setembro, alargou por sua vez ao âmbito de actuação do agente infiltrado na prevenção e repressão dos crimes de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, sendo desde logo reveladora dessa ampliação a transformação da epigrafe “conduta não punível” em “condutas não puníveis”, ... é na epígrafe do artigo

elemento crucial desta Lei era, portanto, o artigo 59.^o_A com a epígrafe de (Proteção de funcionário e de agente infiltrado) foi aditado este artigo, nesta norma fez-se referência expressa pela primeira vez, à figura do agente infiltrado”¹⁵².

O regime jurídico atual encontra-se na Lei n.^o 101/2001 de 25 de Agosto Regime Jurídico das Acções Encobertas para fins de Prevenção e Investigação Criminal (RJAE)¹⁵³.

59.^o_A (Proteção de funcionário e de terceiro infiltrados), introduzido por esta lei, que pela primeira vez a intervenção de intervenção de terceiro (agente não policial) no âmbito destas operações. P. 113.

¹⁵² ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. A autora “admite possibilidade de aceitação por parte do agente, seja ela, directa ou por intermédio de um terceiro, a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, o novo n.^o1 do artigo 59.^o veio estabelecer que “não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal ou terceiro actuando sob o controlo da polícia judiciária que, para fins de prevenção ou repressão criminal, com ocultação da sua qualidade e identidade, 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”. P. 113. E a este propósito COSTA, Eduardo Maia - Acções Encobertas (Alguns problemas, algumas sugestões). Memória do Conselheiro Artur Mauricio. 2014, Refere o autor que, “este diploma expandiu notavelmente este meio de obtenção de prova, e elencou as mais significativas alterações: as ações encobertas passaram a poder ser desenvolvidas por homens de confiança, além dos agentes policiais; todos eles passaram a, além de aceitar, poder deter, guardar, transportar ou entregar estupefacientes; as ações passaram a depender de prévia autorização da autoridade judiciária; admitiu-se a junção ao processo do relato das ações encobertas, mas restringiu-se aos casos em que a autoridade judiciária a reputasse como «indispensável». Foi igualmente admitida a possibilidade de efectivação de ações encobertas no âmbito da corrupção e da criminalidade económica e financeira, já que a lei n.^o 36/94, de 29 e Setembro, prévia, muito enigmaticamente, a legitimidade da prática de actos de colaboração ou instrumentais relativamente aos crimes catalogados nessa lei”. P. 360.

¹⁵³ Antes da aprovação deste RJAE, “foi antecedida de um amplo debate parlamentar, durante o qual foram introduzidas alterações à proposta de lei, detectando-se, entre as mais relevantes as que restringiram os meios de obtenção de prova por parte dos agentes infiltrados. Esta restrição correspondeu, no essencial, à eliminação do artigo 7.^o da proposta de lei, nos termos do qual se admitia, no decurso de uma operação encoberta, «a produção de registos fotográficos, cinematográficos, fonográficos, por meio de processo eletrónico, ou quaisquer outros registos mecânicos, sem consentimento do visado» (n.^o1 do artigo 7.^o da proposta de lei do RJAE).O n.^o2, do mesmo artigo, estabelecia que «a produção destes registos depende de prévia autorização da autoridade judiciária titular da direcção do processo», sendo que esta autorização, de acordo com o n.^o3 do mesmo artigo, obedecia, «aos seguintes critérios: a) interesse da diligência para a descoberta da verdade ou para a prova; b) adequação e proporcionalidade em relação à gravidade do crime em investigação». Já o n.^o 4 do mesmo preceito legal tornava extensível aos registos obtidos no âmbito do n.^o3, com as necessárias adaptações, as formalidades previstas no artigo 188.^o do código de processo penal, enquanto o n.^o5, determinava que as «reproduções mecânicas obtidas nos termos dos números anteriores são consideradas lícitas para os efeitos previstos no artigo 31.^o, n.^o1, do código penal e no artigo 167.^o, n.^o1, do código de processo penal».

Refere a autora também que, o magistrado José Moura Lopez foi um dos primeiros que reagiram à proposta de lei, em particular face ao teor do artigo 7.^o, este considerou que, o alargamento do regime jurídico das ações encobertas «o mais grave atentado ao quadro legislativo processual que tutela a restrição dos direitos fundamentais do cidadão que foi feito depois de 1976». Na sua perspectiva, ao estender-se desmesuradamente o âmbito de possibilidades de atuação de agentes infiltrados, que pouco menos são que agentes provocadores, viola-se o princípio da proporcionalidade constante do artigo 18.^o n.^o, da constituição da república». Acresce ainda a autora que, Moura Lopes criticou a não consagração de um regime de controlo judiciário à actuação dos agentes infiltrados, através de juiz de instrução criminal, tal como ocorre no regime legal das escutas telefónicas, sendo que, no entender do autor, a aprovação da proposta de lei permitiria validar «meios de prova passíveis de sustentar prisões preventivas e mesmo condenações de cidadãos, sem um controlo de um juiz». Acresce Isabel Oneto que, “quanto aos meios de prova consagrados no artigo 7.^o, nomeadamente os registos fotográficos, fonográficos e eletrónicos obtidos por um agente infiltrado no âmbito de ações encobertas, aquele

4.5. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Com o artigo 7.º do RJAЕ revogou-se expressamente os artigos 59.º e 59.º_A da Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e o Artigo 6.º da Lei 36/94, de 29 de Setembro. E nos termos do artigo 1.º/1 do RJAЕ estabelece-se regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e repressão criminal, no n.º 2 deste diploma definiu-se as acções encobertas, como sendo “aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Policia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados no diploma em estudo, com ocultação da sua qualidade e identidade”. E deste preceito, percebemos que, o recurso às acções (actuações encobertas) está restringido (limitado à PJ), embora existam algumas excepções que estão a cargo dos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), mas, somente para algumas incumbências em específico. Conforme se pode observar no artigo 2.º, n.º 2 desta Lei, foi alargado o catálogo dos crimes cuja prevenção e repressão admite-se recorrer às acções encobertas (agente encoberto/infiltrado).¹⁵⁴

magistrado judicial sustentou a sua nulidade, alertando que tais meios de prova escapavam ao «rigoroso regime estabelecido para a autorização judicial de interceptações telefónicas e electrónicas no âmbito do Código de Processo Penal»”. Em sede de debate parlamentar, o artigo 7.º da proposta de lei foi, como se referiu, eliminado. A aprovação do regime jurídico das acções encobertas ocorreu a par de outras medidas de carácter criminal, que introduziram alterações à lei orgânica da polícia judiciária, ao regime penal do tráfico de detenção de armas e à lei da cooperação judiciária internacional em matéria penal, e coincidiu com a aprovação, para ratificação, da convenção relativa ao auxílio judiciário mutuo em material penal. Em debate parlamentar, o Ministro da Justiça, António Costa, justificou este pacote de medidas legislativas de combate à criminalidade mais grave e organizada com o facto de o governo entender que «à globalização da criminalidade transnacional há que responder com a globalização da repressão da criminalidade». Por outro lado o autor citado por Isabel Oneto sustentou que, «num estado de direito democrático, a polícia não é uma ameaça à liberdade, é um instrumento fundamental para a garantia dos direitos dos cidadãos» e, no que respeita às acções encobertas frisou que a «maior eficácia no combate à criminalidade significa maior segurança para os cidadãos». Em seu entender, «a actuação criminal, nomeadamente no que se refere à criminalidade mais grave e ao crime organizado», assinalando que, com o novo regime, pretendeu-se «traçar a fronteira entre o crime que é provocado pelo próprio agente (que aparecerá como agente provocador) e a actuação do agente que se limita a praticar actos típicos necessários a permitir que o facto criminal se desenvolva o necessário e suficiente para a recolha dos meios de prova necessária a obter uma efectiva condenação». Cf. ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 118-120.

¹⁵⁴ “Este novo regime alarga substancialmente o catálogo dos crimes cuja prevenção e repressão admite o recurso a agentes infiltrados. Assim, além dos crimes de tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, do crime de corrupção e de criminalidade económico-financeira – agora previstos, respectivamente nas alíneas J), l), m), n), o), e p) do artigo 2.º -, o recurso ao agente infiltrado, numa acção encoberta, é também possível na prevenção e repressão do crime de homicídio voluntário desde que o agente não seja conhecido (alínea a)), crime contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstrato, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes (alínea b)), tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados (alínea c)), escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns (alínea d)), organizações terroristas e terrorismo (alínea e)), captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstrato, pena igual ou superior a oito anos de prisão (alínea f)), crimes executados com bombas, granadas

Com este RJAE, por meio da Lei n.º 104/2001 de 25 de Agosto, permitiu-se o alargamento do seu âmbito subjectivo, para além do âmbito objectivo supra exposto, ao permitir a realização no território nacional, de operações por funcionários de investigação criminal de outros Estados, passando estes a ter o estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal nacionais. E impondo-se àqueles igual submissão ao regime jurídico em vigor, do artigo 160.º-B, n.º 1, da Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, (aditado pela citada Lei).¹⁵⁵

4.6. REQUISITOS E MODALIDADES DAS ACÇÕES ENCOBERTAS

Requisitos

Nos termos do n.º 1, do artigo 3.º deste RJAE estabelece que, “as acções encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação”. Já o n.º 2, do mesmo artigo refere que, “Ninguém pode ser obrigado a participar em acção encoberta”. Reforçando a ideia de que, deve ser voluntária, livre e esclarecida, o envolvimento e actuação do agente seja ele encoberto/infiltrado, ou terceiro, numa acção encoberta.

armadilhados, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas (alínea g)), roubo em instituições de crédito, repartições da fazenda pública e correios (alínea h)), associações criminosas (alínea i)), contrafação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e outros valores equiparados ou respectiva passagem (alínea q) e, finalmente, crimes cometidos no âmbito do mercado de valores mobiliários (alínea r)”. Acresce a autora que, no que tange à criminalidade económica e financeira, a alínea m),” além dos crimes de corrupção, peculato e participação económica em negócio, já previstos na alínea a) do n.º1 do artigo 1.º da Lei n.º36/94, de 29 de Setembro, vem alargar o recurso a acções encobertas à investigação do crime de tráfico de influências. Contudo, a alínea n) restringe a utilização de agentes infiltrados à investigação de crimes de fraude na obtenção ou desvio de subsídios ou subvenção, deixando cair a previsão contida na alínea c) do n.º1 da Lei n.º 34794 relativa à fraude na obtenção ou desvio de crédito. De igual modo foi excluído do novo catálogo de crimes em que é possível a actuação do agente encoberto o crime de administração danosa em unidade económica do sector público, que constava da alínea b) do n.º 1 do artigo 1.º da lei de Combate à corrupção e Criminalidade Económica e Financeira”. Cf. ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp.115-116.

¹⁵⁵ Para além da consagração de um regime jurídico das acções encobertas, o legislador ampliou também o seu âmbito subjectivo, ao admitir a realização em Portugal de operações por funcionários de investigação criminal de outros Estados, através da Lei n.º 104/2001, de 25 de Agosto. À tais funcionários é atribuído estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portugueses, impondo-se igualmente a sua submissão ao regime jurídico em vigor, nos termos do artigo 160.º-B, n.º 1, da Lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal, aditado pela citada lei. Acresce que, tais operações estão ainda condicionadas à existência de “um pedido baseado em acordo, tratado ou convenção internacional e da observância do princípio da reciprocidade” e à autorização por parte de um juiz do tribunal central de instrução criminal, sob proposta de um magistrado do ministério público junto do departamento central de investigação e acção penal, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 160.º-B. cf. ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 116.

Conforme supra referido, a atuação do agente encoberto varia em função dos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, e para tal, cada fim obedece a determinados requisitos de admissibilidade/validade, como refere o n.º 3, do mesmo artigo 3.º, se o fim for repressivo, (isto é, aquele que decorrerá no âmbito do inquérito) dependerá de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes. Caso diferente será se esta atuação tiver um fim preventivo, tal como estabelece o n.º 4, é competente para autorização o juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público. E acresce o n.º 5, que a iniciativa e a decisão é da competência do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Acção Penal e do juiz do tribunal central de instrução criminal.

Finda acção encoberta, impenderá à Polícia Judiciária a realização do relato da intervenção do agente encoberto à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo. (conforme preceituado no n.º 6 do mesmo artigo).

E a novidade deste diploma é a figura da *identidade fictícia*, que vem referida nos termos do artigo 5.º, que se traduz na atribuição à pessoa (no caso, ao agente encoberto/infiltrado) de forma voluntária por parte do próprio, de uma característica inventada, ilusória, aparente e ou enganosa com fitos essencialmente investigativos. E desta qualidade e ou característica, somente está a cargo do agente de polícia, excluindo-se os terceiros que actuem sob controlo da Polícia Judiciária, conforme se observa no n.º 1 do preceito legal em análise. E esta é atribuída por despacho do Ministério Público, mediante proposta do director nacional da Polícia Judiciária (n.º 2). Esta identidade fictícia é válida por um período de seis meses, que poderão ser prorrogáveis por períodos de igual duração, ficando o funcionário de investigação criminal a quem a mesma for atribuída autorizado a, durante aquele período, actuar sob a identidade fictícia, quer no exercício da concreta investigação quer genericamente em todas as circunstâncias do tráfico jurídico e social. Este despacho é secreto e deve incluir a referência à verdadeira identidade do agente encoberto. E a

gerência e promoção da actualização das identidades fictícias incumbe à Polícia Judiciária. (nos termos dos n.ºs 3, 4 e 5 do mesmo artigo).¹⁵⁶

Um derradeiro aspecto, e não menos importante, que releva referir do RJAE, é a questão da isenção de responsabilidade da conduta do agente encoberto ou de terceiros que actua sob controlo da Polícia Judiciária. Decorre do n.º 1, do artigo 6.º deste diploma, que “não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancia a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infração em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com finalidade da mesma”.

Modalidades

Como sabemos, as “acções encobertas” estão juridicamente regulamentadas na Lei n.º101/2001 de 25 de Agosto; sendo que é um regime muito abrangente, cabe neste (RJAE), todo o tipo de acções através das quais se pode recorrer a um agente encoberto/infiltrado. Elas podem ser divididas em dois tipos, consoante a duração das mesmas. A saber: as “*Ligth cover*” (em regra, estas não excedem os seis meses), não carecem de um grande planeamento, o agente encoberto/infiltrado mantém a sua identidade, não contacta permanentemente com o meio criminoso, mantendo-se na estrutura policial, limita-se a realizar, em certos casos, uma única operação (compra, venda de estupefacientes). E as “*Deep cover*”- estas exigem uma preparação mais cautelosa, sendo o prazo superior (relativamente as “*Ligth cover*”), nesta o agente encoberto/infiltrado, deixa a sua vida quotidiana e familiar para integrar, de forma permanente, a estrutura criminosa, e como podemos observar, estas operações por natureza acarretam maiores riscos propriamente ditos de uma operação comparando com as anteriores¹⁵⁷. Por sua vez, as *ligth cover* subdividem-se em seis modalidades

¹⁵⁶Cf. Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal - [Em linha] [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis&so_miolo=>>.

¹⁵⁷ Riscos no sentido de pressões físicas e ou até mesmo psicológicas. Temos uma forte probabilidade de o agente de polícia (ao se infiltrar neste meio, sofrer as tais ditas tentações de cair no mundo crime, e ou até mesmo aproximar-se a figura da provocação, caso não implemente na sua missão os requisitos que acima referimos sobre a admissibilidade das Acções encobertas) e este risco claramente será ainda maior no caso da figura do terceiro infiltrado e ou informador. Cf. ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 81.

que são: *Decoy operation (operation leurre)*, a *Pseudo-achat*, *pseudo-vente*, *flash-roll*, a *livraison surveillée* e a *livraison contrôlée*.¹⁵⁸

Nas *operation leurre* ou *decoy operation*, com predominância no sistema francês, nesta essencialmente o objectivo é inserir o agente no papel de vítima, num meio conhecido criminalmente, esperando que ele seja atacado por um delinquente para, posteriormente, o seu agressor ser detido em flagrante delito pelos agentes de polícia que intervenham de seguida. Já nas *pseudo-achat*¹⁵⁹, o agente encoberto é um suposto comprador de produtos ilícitos, enquanto, que nas *Pseudo-vente*, o agente encoberto/infiltrado é o ladrão que quer vender os produtos que adquiriu de forma ilícita. Nas *flash-roll*¹⁶⁰, o cenário é diferente, porque aqui o agente encoberto/infiltrado, exhibe quantias de dinheiro aos potenciais vendedores de mercadoria proibida ou de origem ilícita, com o fito de fechar o negócio). Já nas *livraison surveillée*, o agente encoberto/infiltrado, controla uma determinada área ou atividade com a finalidade de deter os criminosos em flagrante delito. E neste tipo de operações pode ser seguida também, de uma *pseudo-achat* ou *flash-roll*. Ao passo que, na derradeira modalidade de *light cover*, *livraison contrôlée*, são os policiais os responsáveis pela entrega dos produtos ilícitos, podendo esses produtos ser substituídos por outras coisas, ou, no caso de estupefacientes (serem trocadas por substâncias inócuas¹⁶¹). E do lado das “*Deep cover*”, estas subdividem-se em quatro modalidades, a saber: *sting operation*, *honey-pot operation*, *buy-bust/self-bust operation*, *infiltration de réseaux* ou *groupes*. Nas *sting operations*¹⁶², o agente encoberto/infiltrado, agindo sob identidade fictícia, constitui uma empresa, ou estabelecimento comercial, com o fito de vender produtos ilícitos (como armas, joias, etc.) que podem ali ser comprados, encorajando, dessa forma, os interessados a roubar. E estas operações para se desenrolarem ou serem funcionais, carecem da técnica de “*scouting*”, ou seja, determinados policiais, fazem-se passar por ladrões e inserindo-se em meios criminosos, publicitam o

¹⁵⁸ Cf. Idem, p. 82.

¹⁵⁹ Na Holanda, por exemplo esta modalidade, a formação destes grupos começou em 1985. Cf. Ibidem. P.100.

¹⁶⁰ Encontramos na previsão da circular do sistema Belga. Cf. ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 101.

¹⁶¹ Cf. Idem, p. 83.

¹⁶² É uma operação enganosa, projectada para pegar supostos criminosos a praticarem o crime. São ferramentas potencialmente valiosas usadas na aplicação da lei e em algumas agências governamentais. E estas a semelhança do sistema holandês constituem a principal forma ou modalidade de infiltração (no sistema Belga), envolvendo desta forma, a compra de mercadoria com o fito de facilitar a perseguição dos criminosos. Cf. Ibidem. P. 103. Também têm predominância nas investigações nos Estados Unidos da América. Cf. Sting Operations - [Em linha], atual. 2007. [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://popcenter.asu.edu/content/sting-operations-0>.

estabelecimento, com o intuito de fazer com que aqueles (os visados) se dirijam ao local para comprar ou vender produtos roubados; depois temos as *honey-pot*¹⁶³ *operations*, estas têm muita semelhança das *sting operations*, diferenciando destas, apenas pelo facto de criarem um comércio (restaurante, bar, café,..etc.) com o fito de o tornar num centro para os membros de organização criminosas e não para comprar ou vender mercadoria ilícita. Por sua vez, as *buy-bust operations* caracterizam-se por ser uma técnica de infiltração do que propriamente uma modalidade *deep cover*, nesta operação, o agente encoberto/infiltrado obtém, progressivamente, pequenas quantidades de estupefacientes, conseguindo dessa forma obter a confiança do mesmo e inserir-se no meio criminoso. E depois de obter a confiança e já se ter inserido no seio do crime, ele ganha a confiança do (s) suspeito e ou visado (s), o agente compra avultada quantia de estupefacientes, a fim de, em coordenação coma polícia, deter os suspeitos da transação. Ao passo que, as *self-bust operations*, o agente encoberto/infiltrado é o vendedor da mercadoria e ou produto ou substancia ilícita. E como derradeira modalidade de *deep cover*, encontramos a *infiltration de réseaux* ou de *groupes*, nesta, o agente encoberto/infiltrado, insere-se no meio criminoso, por um período de tempo considerável, com o fito de obter informação e provas relativas a um crime a praticar ou já praticado¹⁶⁴.

Em síntese, independentemente da modalidade, utilizada e ou assumida pelo agente encoberto (agente policial ou terceiro), deverá observar-se sempre, os requisitos de admissibilidade da ação encoberta (sejam eles formais ou materiais), e nomeadamente esta ser adequada as finalidades de prevenção e repressão criminal em concreto, mormente à descoberta de material probatório, isto é, a acção encoberta deverá ser proporcional face àquelas finalidades e à gravidade do crime em investigação.

¹⁶³ Estas operações normalmente são muito eficazes para atrair e obter informações sobre hackers. Um honeypot é um sistema de computador ou aplicativo criado para atrair agentes malicioso que tentam atacar redes de computadores por meio do uso de Spam, Phishing, e outros métodos nefastos. Quem cai nesta armadilha, o honey pot permite que os administradores obtenham dados valiosos sobre o tipo de invasor, atividade que ele estava tentando realizar e em muitos casos, até mesmo identifiquem o invasor. Tem como objectivo crucial, a identificação de ataques emergentes contra diferentes tipos de software e colectar relatórios para analisar e gerar dados de inteligência que posteriormente serão usadas para criar técnicas de prevenção contra ameaças de rede, Permitindo assim a redução da superfície de ataque. [Em linha] BORGES, Esteban - [Best Honeypots for Detecting Network Threats](https://securitytrails.com/blog/top-20-honeypots)SecurityTrails, de Outubro de 2019. [Consult. 23 jul. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://securitytrails.com/blog/top-20-honeypots>.

¹⁶⁴ ONETO, Isabel - [O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas](#). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 84.

4.7. TÉCNICA ESPECIAL DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. QUEM TEM COMPETÊNCIA PARA SER AGENTE ENCOBERTO/INFILTRADO

A finalidade das técnicas especiais é de auxiliar as unidades de investigação criminal, na busca, deteção e recolha de dados, notícias ou provas¹⁶⁵ que de alguma forma até então eram inacessíveis, de modo a reforçar a eficácia por parte da actuação policial, permitindo resultados investigativos satisfatórios. Estas técnicas especiais de investigação integram a actividade policial dissimulada, de natureza confidencial, ou até secreta. As acções encobertas, bem como a protecção de testemunhas, a gestão e o controlo de colaboradores, as entregas controladas, o seguimento e a vigilância eletrónica e a intercepção de comunicações e registo de voz e imagem, também são técnicas especiais de investigação, que são aplicadas como instrumento de suporte em acções de investigação policial de natureza pro-activa, embora sem prejuízo de poder ser utilizada em Acções de investigação reactiva. Assim, António Sintra refere que, as técnicas especiais de investigação criminal, no geral, mas em particular as acções encobertas, "destinam-se a apoiar as unidades de investigação na pesquisa, deteção e recolha de dados, notícias ou provas, não acessíveis de outro modo, que permitam caracterizar e antecipar cenários delituosos e elaborar planos de atuação fiáveis e consistentes que conduzam a subseqüentes intervenções policiais com resultados de excelência"¹⁶⁶.

Releva aqui também referir que, para ativar as operações encobertas como técnica especial exige-se que;

Se observe /respeite os princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade. Em relação aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto e à gravidade do crime em investigação;

Autorização prévia (autoridade judiciária): no âmbito de um inquérito, depende de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, carecendo de obrigatoriedade a comunicação ao juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público (conforme se observa nos termos do artigo 3.º, n.ºs 4 e 5 do RJAE).

Duplo controlo: antes, durante e após a operação encoberta exige-se um controlo quer da autoridade judiciária (conforme o n.º 6, do artigo 3.º do RJAE);

¹⁶⁵ SINTRA, António - *Técnicas Especiais de Investigação Criminal - Factor de Segurança*. Lusíada - *Política Internacional e Segurança* N.º 4. Lisboa. 2010, p. 177.

¹⁶⁶ Cf. Idem, pp. 176-177.

Dupla dependência: exige-se dependência técnica e tática por parte da autoridade policial e dependência funcional por parte da autoridade judiciária.

Importa aqui, carrear para este tópico, uma vez que nos estamos a debruçar das técnicas especiais que estas operações encobertas devem observar na investigação criminal, o que releva aqui, embora já tenhamos falado de modo breve acima a propósito do RJAЕ, é a questão de saber a quem caberá actuar ou realizar estas ações encobertas. Como sabemos decorre dos conjugados preceitos legais, artigo 1.º, n.º 2 do RJAЕ¹⁶⁷ e do artigo 188.º/2 da Lei 23/2007 de 4 de julho (RJEPSAETN)¹⁶⁸, a quem compete desempenhar estas operações.

No entanto, a nível da doutrina paira uma pequena contenda acerca deste assunto, pelo que, há quem entenda que o legislador não restringiu a utilização desta técnica especial de investigação apenas à Polícia Judiciária (P.J) e aos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), uma vez que no n.º 2, do artigo 1.º do RJAЕ, refere que as ações encobertas são “desenvolvidas por *funcionários de investigação criminal* ou por *terceiro* actuando sob controlo da polícia judiciária ...” assim, pensamos que, a questão será o que é então funcionário de investigação criminal. A definição de funcionário encontra-se plasmada no artigo 386.º do Código Penal (CP)¹⁶⁹. E como se

¹⁶⁷ Cf. Artigo 1.º/2 “Consideram-se Ações encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária”... em. Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal - [Em linha] [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis&so_miolo=>.

¹⁶⁸ Cf. Artigo 188.º/2 “ As acções encobertas desenvolvidas pelo SEF, no âmbito da prevenção e investigação de crimes relacionados com a imigração ilegal em que estejam envolvidas associações criminosas, seguem os termos previstos na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto”.

¹⁶⁹ Cf. Artigo 386.º

Conceito de funcionário

1 - Para efeito da lei penal a expressão funcionário abrange:

- a) O funcionário civil;
- b) O agente administrativo; e
- c) Os árbitros, jurados e peritos; e

D) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar.

2 - Ao funcionário são equiparados os gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessionárias de serviços públicos.

3 - São ainda equiparados ao funcionário, para efeitos do disposto nos artigos 335.º e 372.º a 374.º:

- a) Os magistrados, funcionários, agentes e equiparados de organizações de direito internacional público, independentemente da nacionalidade e residência;
- b) Os funcionários nacionais de outros Estados, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português;
- c) Todos os que exerçam funções idênticas às descritas no n.º 1 no âmbito de qualquer organização internacional de direito público de que Portugal seja membro, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português;

pode observar no preceito legal, é bastante abrangente o conceito de funcionário, e neste, para efeitos de investigação criminal se inclui os agentes e militares das forças de segurança. Daí que, esta parte da doutrina entenda que, seja razoável afirmar que os funcionários de investigação criminal são todos os elementos das forças e serviços de segurança, a quem incumbe realizar atividades de investigação criminal e tal se encontra plasmado na sua lei orgânica.

Outra parte da doutrina entende, que com a referência a funcionários de investigação criminal apenas se quis incluir os inspetores da Polícia Judiciária (PJ). E fundamentam, no sentido de que, se o legislador tivesse acolhido a possibilidade do agente encoberto poder ser também um funcionário da investigação criminal da Guarda Nacional Republicana (GNR) ou da Polícia de Segurança Pública (PSP), não teria estabelecido no n.º 2 do artigo 1.º, que o “terceiro teria de atuar somente sob o controlo da PJ”. Invoca-se ainda que o n.º 6 do artigo 3.º, n.º 2 e 3 do artigo 4.º, n.º 2 do artigo 5.º todos do RJAE, somente se referem a PJ e não a outros OPC, ainda que em momento posterior se tenha alargado essa técnica ao SEF. E em derradeiro fundamento, invocam a Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (Lei do Cibercrime- trataremos da mesma nos próximos pontos com algum cuidado). E o regime jurídico dos estrangeiros (Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho) apenas faz referência a crimes cuja investigação é da competência reservada da PJ ou do SEF, consoante os casos, nos termos da Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC-Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto, alterada pelas Leis n.º 34/2013, de 16 de Maio e n.º 38/2015 de 11 de maio), impedindo a este propósito, o seu acesso às forças de segurança, nomeadamente à GNR e PSP.¹⁷⁰

É verdade que a competência em matéria de investigação criminal dos crimes previstos no artigo 2.º do RJAE, no artigo 19.º da Lei do Cibercrime é da PJ, e no artigo 188.º do regime jurídico dos estrangeiros é do SEF, embora a investigação de

d) Os magistrados e funcionários de tribunais internacionais, desde que Portugal tenha declarado aceitar a competência desses tribunais;

e) Todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, independentemente da nacionalidade e residência, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português;

f) Os jurados e árbitros nacionais de outros Estados, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português.

4 - A equiparação a funcionário, para efeito da lei penal, de quem desempenhe funções políticas é regulada por lei especial. Cf. [artigo 386.º do Código Penal](#) Disponível em WWW:<URL:https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php>.

¹⁷⁰ CARDOSO, António De Jesus S. C. S.; CORTINHAS, Ricardo Filipe Da Silva - «Agente Encoberto - Apoio à Atividade de Investigação Criminal» Undercover Agent- Support for Criminal Investigation Activity. *Revista de Direito e Segurança* N.º 8, ano IV. 2016, p. 95.

alguns deles possa ser deferida a outros OPC, (conforme se observa o artigo 8.º LOIC)¹⁷¹. No entanto, nas situações em que a investigação levada a cabo seja deferida a outros OPC, proíbe-se o recurso à figura do agente encoberto/infiltrado, pelo simples facto de estarmos perante casos que não abrangem uma “elevada complexidade”, de igual modo que não exigem a utilização de técnicas de investigação sofisticadas, daí que se justifica esta distinção da investigação criminal a outros OPC.¹⁷²

Como pudemos observar do RJAE, parece-nos que a tese consagrada foi a segunda, no sentido de que, a esta técnica de investigação está apenas atribuída à PJ. (de acordo com as várias menções no diploma legal em causa) podendo esta utilizar funcionário da sua própria organização ou um terceiro. A lei não retrata bem quem poderá ser este terceiro, mas existe unanimidade no sentido de que, serão aquelas pessoas com ligações ao meio criminoso, escolhidas com muito rigor e cuidado, sendo estas utilizadas essencialmente para integrarem na pessoa do agente

¹⁷¹ Cf. *Artigo 8.º* Competência deferida para a investigação criminal

1 - Na fase do inquérito, o Procurador-Geral da República, ouvidos os órgãos de polícia criminal envolvidos, defere a investigação de um crime referido no n.º 3 do artigo anterior a outro órgão de polícia criminal desde que tal se afigure, em concreto, mais adequado ao bom andamento da investigação e, designadamente, quando:

- a) Existam provas simples e evidentes, na aceção do Código de Processo Penal;
- b) Estejam verificados os pressupostos das formas especiais de processo, nos termos do Código de Processo Penal;
- c) Se trate de crime sobre o qual incidam orientações sobre a pequena criminalidade, nos termos da Lei de Política Criminal em vigor; ou
- d) A investigação não exija especial mobilidade de actuação ou meios de elevada especialidade técnica.

2 - Não é aplicável o disposto no número anterior quando:

- a) A investigação assuma especial complexidade por força do carácter plurilocalizado das condutas ou da pluralidade dos agentes ou das vítimas;
- b) Os factos tenham sido cometidos de forma altamente organizada ou assumam carácter transnacional ou dimensão internacional; ou
- c) A investigação requiera, de modo constante, conhecimentos ou meios de elevada especialidade técnica.

3 - Na fase do inquérito, o Procurador-Geral da República, ouvidos os órgãos de polícia criminal envolvidos, defere à Polícia Judiciária a investigação de crime não previsto no artigo anterior quando se verificar alguma das circunstâncias referidas nas alíneas do número anterior.

4 - O deferimento a que se referem os n.ºs 1 e 3 pode ser efectuado por despacho de natureza genérica do Procurador-Geral da República que indique os tipos de crimes, as suas concretas circunstâncias ou os limites das penas que lhes forem aplicáveis.

5 - Nos casos previstos nos n.ºs 4 e 5 do artigo anterior, o Procurador-Geral da República, ouvidos os órgãos de polícia criminal envolvidos, defere a investigação a órgão de polícia criminal diferente da que a tiver iniciado, de entre os referidos no n.º 4 do mesmo artigo, quando tal se afigurar em concreto mais adequado ao bom andamento da investigação.

6 - Por delegação do Procurador-Geral da República, os procuradores-gerais distritais podem, caso a caso, proceder ao deferimento previsto nos n.ºs 1, 3 e 5.

7 - Na fase da instrução, é competente o órgão de polícia criminal que assegurou a investigação na fase de inquérito, salvo quando o juiz entenda que tal não se afigura, em concreto, o mais adequado ao bom andamento da investigação. Cf. [Em linha] Disponível em WWW:<URL:https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php>.

¹⁷² CARDOSO, António De Jesus S. C. S.; CORTINHAS, Ricardo Filipe Da Silva - «Agente Encoberto - Apoio à Atividade de Investigação Criminal» Undercover Agent- Support for Criminal Investigation Activity. *Revista de Direito e Segurança* N.º 8, ano IV. 2016, p. 95.

encoberto/infiltrado, um determinado ambiente criminoso. Como supra mencionado, esta técnica também está atribuída ao SEF, apenas e só, para um catálogo específico de crimes. Excluindo-se assim, os demais OPC.

4.8. A PROVA: SUA ADMISSIBILIDADE, VALIDADE E VALORAÇÃO

O agente encoberto/infiltrado como meio oculto de obtenção de prova, no âmbito da investigação criminal, como supra pudemos observar, sempre levantou inúmeras contendas a nível de vários ordenamentos jurídicos, e com o ordenamento jurídico português não podia ser diferente. Com o seu RJAE, o artigo 19.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, e do n.º 2, do artigo 188.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, permitiu ampliar o seu âmbito de atuação a um leque bastante amplo de crimes em que se pode recorrer à figura do agente encoberto.

No entanto, a admissibilidade da prova depende do preenchimento de três requisitos cruciais. Desde logo, como não podia deixar de o ser, é o respeito ou observância pela legalidade, isto é, tem a ver com a observância dos requisitos materiais e formais prescritos pelo RJAE, ou seja, reporta-se a legalidade da própria acção encoberta (conforme preceituado nos termos do artigo 6.º, n.º 1 do RJAE, e desta lei resulta que o recurso ao agente encoberto está sob a alçada da Polícia Judiciária e dos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras – SEF (apenas para determinados crimes previstos no artigo 188.º da Lei n.º 21/2000, de 10 de Agosto), desenvolvida por funcionários de investigação criminal ou terceiro atuando sob o controlo da PJ, e somente o agente de polícia, pode atuar sob identidade fictícia (conforme o artigo 5.º do RJAE).

E o segundo pressuposto tem a ver com as finalidades e ou fins da acção encoberta, que como resulta do artigo 1.º, n.º 1 do RJAE, fins de prevenção e repressão de algum dos crimes exaustivamente previstos no artigo 2.º do mesmo diploma, adicionando ainda os crimes relacionados com a imigração ilegal em que estejam envolvidas “associações criminosas”. (art.188.º/2 da Lei n.º 21/2000, de 10 de agosto) e incluindo também o artigo 19.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009 de 15 de setembro (que iremos abordar, mais para frente). No entanto, para fins de prevenção, é competente para autorização, o Juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público, a iniciativa e a decisão é da competência, do magistrado do Ministério Público junto do Departamento Central de Investigação e Acção Penal e do juiz do tribunal central de instrução criminal (nos termos do art. 1.º, n.º 1 e 3, art.º 3.º, n.º 1, 4 e 5 do RJAE), já

para os fins de repressão criminal, dependerá de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, e devendo ser comunicada ao JIC. (conforme art.º 1.º, n.º 1 e 3.º, n.º 3 do RJA).

E em último requisito, a prova e sua admissibilidade dependerá também da figura utilizada aquando de uma operação encoberta, por parte do agente encoberto a cargo desta operação. Uma das figuras mais criticadas em torno desta acção encoberta é o agente provocador, pelo que, este, entre nós e como supra identificamos nos outros ordenamentos jurídicos também é considerado como o instigador do ilícito, ou o autor mediato e por isso deve ser punido como, o autor do próprio crime, porque, ainda nem se quer estava concretamente definido na cabeça do perseguido e ou visado nesta operação, a prática do ilícito típico culposo e punível nos termos legais. De acordo com Fernanda Palma, o inaceitável na figura do agente provocador reside no facto de, sem ele, o ato ilícito não se verificar naquelas condições de lugar, tempo e modo, referindo que àquele não lhe falta a intenção de praticar o crime, nem que seja pelo menos na forma tentada. Neste sentido, o seu dolo não será afastado, ainda que em última instância, o agente, “ora instigador”, pretenda a punição do delinquentes que é o autor material do crime. Refere ainda a autora que, o agente provocador é o verdadeiro autor moral, perigando assim, a função constitucional de defesa da legalidade democrática atribuída à polícia.¹⁷³

Sendo o agente provocador o próprio criminoso, o recurso a esta figura é e será sempre inadmissível em nossa humilde opinião, pelo que, como refere Fernanda Palma e outros autores, contraria os princípios de um Estado de Direito Democrático, colocando em causa o artigo 32.º, n.º 8 da CRP. E podemos constatar exatamente isto, porque não há previsão desta figura a nível dos diplomas nacionais.

Assim, podemos referir que, as provas obtidas por esta figura, são consideradas métodos proibidos de prova (conforme o artigo 126.º, n.º 1 e 2 do CPP, sendo por isso nulas, não podendo ser utilizadas, a não ser para proceder criminalmente contra quem as produziu (agente provocador), nos termos do n.º 4 do mesmo preceito legal. Já, toda a prova recolhida pelo agente encoberto/infiltrado ou terceiro (sob controle da PJ), que atue sob identidade fictícia, desde que a mesma não tenha sido recolhida

¹⁷³ Refere a autora que, “o que esta figura representa é uma sobreposição «esquizofrénica» da eficácia da investigação aos valores do estado de direito e à proteção da própria vítima”. Cf. PALMA, Fernanda - Agente provocador [Em linha], atual. de dezembro 2011. [Consult. 16 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.cmjornal.pt/opiniao/detalhe/agente-provocador>.

recorrendo a instigação ou autoria mediata (agente provocador), a mesma é ou será legalmente aceite¹⁷⁴. Conforme acentua Germano Marques da Silva que, "... a questão dos agentes infiltrados não têm a mesma tensão da dos agentes provocadores e por isso é de admitir que, no limite, se possa recorrer a estes meios de investigação."¹⁷⁵

Depois de referida a admissibilidade da prova obtida por um agente encoberto/infiltrado, importa ver quais os requisitos formais e materiais de admissibilidade da acção encoberta propriamente dita, passaremos assim para o campo da sua validade.

A *validade* aqui está essencialmente ligada ao preenchimento dos requisitos materiais de admissibilidade da acção encoberta, juntamente com a admissibilidade da prova que está, como já vimos atrás ligado à questão de o agente encoberto atuar sob as formas de participação de instigação e autoria mediata. Ou seja, para efeitos de aferição de validade da atuação encoberta, é necessário que o agente atue fora das margens da provocação para ser considerada admissível, mormente válida tal ação encoberta.

Por isso a sua *valoração* implica que esta, já tenha passado os "testes" de admissibilidade e validade, mas também, terá de passar pelo "teste" da justa medida e ou proporcionalidade em sentido estrito, onde se avaliará o equilíbrio na relação entre a importância do fim visado e a gravidade do crime em investigação. Porque, sabemos que, o método pode ser necessário, mas se e ao mesmo tempo afectar de forma excessiva, intolerável ou desproporcionada o (s) direito (s) do visado (s) deixa de ser adequado. Daí que este terceiro "teste" seja de difícil alcance, porque deve ser ponderado, sopesado em situações concretas, tendo em conta as vantagens e desvantagens, por isso é que vemos, que maior parte do material probatório, que chega a este "teste", falha e, não passa, porque apesar de admissível, válido a luz de outros critérios prévios e exigidos, não passa o teste da proporcionalidade e por isso

¹⁷⁴ Refere a autora que, "As ações encobertas são admissíveis em relação a um conjunto de crimes graves que inclui, entre outros, o homicídio, o sequestro, a violação, a corrupção, o tráfico de influências, o terrorismo e os tráficos de pessoas, drogas e de veículos. São promovidas, autorizadas ou conhecidas pelo ministério público e pelo juiz e obedecem a critérios de adequação e proporcionalidade. Acrescenta a autora que, Mas, o agente encoberto, que pode actuar com identidade fictícia, não pode instigar ao crime nem ser seu autor mediato. Ele é apenas o elo fungível de um processo que conduziria inevitavelmente ao crime, podendo até evitar que ele tenha êxito em casos muito graves e em que a polícia se confronta com uma intrincada e inexpugnável organização criminosa". Cf. PALMA, Fernanda - Agente provocador [Em linha], atual. dezembro de 2011. [Consult. 16 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.cmjornal.pt/opiniao/detalhe/agente-provocador>.

¹⁷⁵ SILVA, Germano Marques Da - Meios Processuais Expeditos no Combate ao Crime Organizado (A Democracia em Perigo?). Lusíada Direito Lisboa N.º 3. Lisboa. 2005, p. 75.

não se valora tal material probatório. Quando analisarmos o agente encoberto em ambiente digital, veremos que a questão da valoração desta será ainda mais difícil, pensamos nós.

4.9. RELATO E DEPOIMENTO DO AGENTE ENCOBERTO

De acordo com o art.º 4.º, n.º 1 do RJAE com a epígrafe “Proteção de funcionário e terceiro”, estatui-se que, “a autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato a que se refere o n.º 5, do artigo 3.º se reputar absolutamente indispensável em termos probatórios”. Desde logo, este preceito levanta o seguinte problema acentuado por Isabel Oneto, o facto de o seu escrutínio ficar de fora do alcance dos demais sujeitos processuais (como o assistente, o arguido).

Isabel Oneto acentua que, o *relato* afigura-se um momento processual de grande relevância para a aferição da conformidade da acção encoberta com a autorização concedida, nesta medida, o relato não é a observância de uma mera formalidade, mas sim uma peça processual crucial. Reforça ainda que, este relato tem uma função processual que poderá revelar-se indispensável em termos probatórios, conforme refere o art.º 4.º, n.º 1.¹⁷⁶

Para António Henriques Gaspar, este relato releva em termos de «admissibilidade e validade das provas recolhidas e, conseqüentemente, à possibilidade e limites de utilização para decisão de acusar ou em julgamento e para a convicção do tribunal sobre a prova». *Por outro lado, sendo o dossier junto ao processo principal, qual será objectivamente o seu valor probatório.* Alguma doutrina tem vindo a pronunciar-se no sentido de que o art.º 4.º, n.º 1 é pouco claro, que o relato só por si, não constitui elemento probatório, só podendo valer como meio de prova o depoimento pessoal do agente encoberto¹⁷⁷. Na mesma esteira encontramos Paulo Pinto de Albuquerque, que refere que, “o relato não tem qualquer valor probatório na audiência de julgamento, por

¹⁷⁶ ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Continua a autora, invocando aqui o entendimento de António Cluny estabelece que, “ «Ao magistrado que toma conhecimento de um determinado delito não compete, unicamente, averiguar os factos, quem foi o infrator, as circunstâncias, as razões e os objectivos do mesmo e, depois, enquadrá-los na lei, determinando assim a incriminação» ”. “Compete-lhe ainda apreciar a validade das provas recolhidas antes da sua intervenção, corrigir se possíveis as suas irregularidades e fundamentalmente ajuizar, selectiva mas rigorosamente, sobre os elementos probatórios que devem dar corpo ao inquérito a fim de fundamentar – no estrito cumprimento dos requisitos legais – a sua decisão de acusar ou não”. Pp. 192-193.

¹⁷⁷ GASPAR, António Henriques - As Acções Encobertas e o Processo Penal - Questões sobre a Prova e o Processo Equitativo. Revista do Centro de Estudos Judiciários - Medida de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira. 2004, pp. 52.

força do princípio da imediação (consagrado nos termos do art.º 355.º, n.º 1 *do CPP*). Só o depoimento pessoal do autor do relato (o agente encoberto) vale como meio de prova do que ele fez, viu e ouviu,... porque isso que não é considerado um documento, mas sim um texto escrito, acentua o autor”.¹⁷⁸

O conselheiro Eduardo Maia Costa refere que, a ação do agente encoberto visa a recolha de elementos de prova e o seu carreamento para o inquérito. O agente encoberto funciona pois como meio de obtenção de prova, não como meio de prova. O relato da intervenção a que se refere o n.º 6, do art.º 3 da Lei n.º 101/2001, não tem qualquer valor probatório, não é um meio de prova. Esse relato destina-se, antes e apenas, a fiscalização da atividade do agente por parte das autoridades judiciais (Ministério Público e juiz). Acresce que, no art.º 4.º, n.º 1 da Lei n.º 101/2001, prevê-se que o “relato”, elaborado pelo agente encoberto só será junto aos autos por ordem da autoridade judiciária quando se reputa absolutamente indispensável em termos probatórios. E no n.º 2, adiciona-se que a apreciação sobre a indispensabilidade pode ser remetida para o termo do inquérito ou da instrução, e lhe parece resultar deste preceito que, o relato do agente encoberto fica, em princípio, à margem do processo e portanto às ocultas do arguido e que a junção dependerá de um juízo de utilidade, para efeitos probatórios, por parte da autoridade judiciária investigante, o Ministério Público ou o juiz, conforme o processo se encontre em inquérito ou na fase de instrução”,... desta forma, só quando for junto o relato aos autos ou ainda quando o agente encoberto depuser como testemunha (oficiosamente ou a requerimento da PJ, nos termos *do* n.º 3, do art.º 4.º da Lei n.º 101/2001) tem o arguido conhecimento de que se realizou uma ação encoberta. Caso contrário, nunca o saberá.¹⁷⁹

¹⁷⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De - Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p.660

¹⁷⁹COSTA, Eduardo Maia - Ações Encobertas (Alguns problemas, algumas sugestões). Memória do Conselheiro Artur Maurício. 2014. Reitera o autor que, “relewa saber se esta interpretação da lei salvaguarda os direitos de defesa? Entende que não salvaguarda. Porque desde logo, a ocultação da ação encoberta ao arguido pode irrestrita, como ainda porque, quando a sua revelação se concretizar, ela estará funcionalizada a um juízo relacionado com os interesses da acusação e nunca, ou só reflexamente, com os da defesa. A ocultação ao arguido da realização da ação encoberta e dos meios de prova recolhidos no âmbito da mesma traduzir-se-ia numa intolerável redução das garantias de defesa... o reconhecimento da legitimidade dos métodos ocultos de prova, implica o estabelecimento de um quadro de garantias de defesa compensador da especial danosidade pessoal destes métodos de prova. Garantia basilar será a possibilidade de impugnação pelo arguido da verificação dos pressupostos legais da utilização do meio de obtenção de prova, e também da validade dos elementos de prova obtidos, garantia essa denegada evidentemente quando ao arguido é recusado o próprio conhecimento dessa utilização”. P. 367.

Relativamente o depoimento o autor acentua que, o depoimento do agente encoberto pode incidir apenas sobre os factos por ele presenciado e ainda sobre as declarações ouvidas directamente do arguido desde a preparação até à consumação do crime. Nas fases processuais anteriores, a lei apenas admite o depoimento do agente encoberto que tenha atuado com identidade fictícia, desde que seja sob essa identidade, sendo a decisão da “autoridade judiciária”.¹⁸⁰

Em face do acima exposto, entendemos que, concluídas as investigações, caberá a PJ, efectuar no prazo máximo de quarenta e oito horas seguintes, um relatório para a autoridade judicial, que apenas será tido como válido, caso o agente encoberto/infiltrado tiver atuado em conformidade com os requisitos exigidos para a sua obtenção (adequação ao fim e proporcionalidade à finalidade e à gravidade do crime). Assim, partilhamos com a opinião dos autores acima expostos, que, tendo este documento crucial relevo, na aferição da conformidade dos requisitos materiais e formais da ação encoberta, podendo ser um documento indispensável, em termos probatórios, o magistrado deverá apreciar e avaliar a validade das provas recolhidas antes da sua valoração e neste contexto, dar a oportunidade de a outra parte vier a efectuar a devida impugnação sob tal documento, o que nos parece ser crucial em matéria de garantia de defesa do visado e ou arguido.

O agente encoberto pode prestar depoimento sob a mesma identidade fictícia com que realizou a investigação. Caso seja chamado a fazê-lo, fará a requerimento da PJ e autorizado pela entidade competente. E será ao abrigo do RJAE, que o agente deporá, e o mesmo será em tribunal como testemunha e ficará sob alçada da protecção que a Lei n.º 93/99 atribui aos casos de testemunha protegida (conforme se estabelece no art.º 4.º deste diploma). Isto é, o depoimento do agente encoberto também será feito sob identidade fictícia, por razões ligadas a sua protecção. Entende-se que, devido os elevados riscos, seja pela sua integridade física, quer seja, pela psicológica, e dos seus familiares deve manter a sua identidade fictícia. Há quem entenda que tal possibilidade poderá levar à violação dos princípios do contraditório (nos termos do art.º 302.º, n.º 2 do CPP) ou mesmo do princípio da mediação (nos termos do art.º 355.º, n.º 1 do CPP). Mas, claramente que não, porque argumenta-se no n.º 2 do art.º 19.º da Lei n.º 93/99, que “nenhuma decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente” na prova obtida desta forma. Assim, consideramos que, a revelação da verdadeira identidade do agente encoberto não deva assumir carácter obrigatório.

¹⁸⁰ Cf. *Idem*, p. 366.

4.10. CONTROLO E RESPONSABILIDADE DO AGENTE ENCOBERTO

Controlo

É da natureza dos métodos ocultos de investigação criminal, (tal como supra referimos no capítulo II-dedicado aos métodos ocultos), lesarem, perigarem ou até mesmo danificarem de forma assustadora e ou avassaladora, direitos liberdades e garantias (DLG) consagrados no texto constitucional dos cidadãos visados, atingidos e ou suspeitos, ou ainda terceiras pessoas que nada têm a ver com o processo. Tal é o caso do agente encoberto, porque não podia deixar de o ser, justamente, pela sua ocultação. Daí que tal figura não pode e nem deve estar isento de controlo judicial.

Conforme preceitua o artigo 3.º, n.º 3 do RJAÉ¹⁸¹, “qualquer investigação em que se recorra às acções encobertas, quer seja para fins preventivos ou para fins de investigação criminal (repressivo). Dependerá de prévia autorização da autoridade judiciária competente (do Ministério Público ou do juiz de instrução criminal, nos termos do art.º 3.º, n.º 3, 4 e 5 do RJAÉ).

O conselheiro Maia Costa acentua que, a intervenção do juiz tem como é óbvio, uma função garantística do maior relevo: a de assegurar a tutela preventiva dos direitos fundamentais. E esta intervenção desdobra-se em vários pontos: necessidade da autorização; verificação dos pressupostos; duração temporal dessa intervenção; definição do âmbito da intervenção do agente encoberto. Desta forma, a lei estabelece, porém, um regime distinto, conforme se trate de prevenção ou de investigação. No âmbito da prevenção criminal compete ao juiz de instrução (artigo 3.º, n.º 4 da Lei n.º 101/2001). Mas já no inquérito, a autorização é dada pelo Ministério Público, cabendo ao juiz apenas uma subsequente validação, que pode ser tácita, pois a autorização será tida por validada se no prazo de 72 horas não for proferido despacho de recusa pelo juiz (art.º 3.º, n.º 3 da mesma Lei). Continua o autor, manifestando, ser inaceitável esta solução, desde logo, porque não se compreende porque se estabelece regime diferente em função da finalidade ser de prevenção ou de repressão. O carácter inquestionavelmente invasivo da ação encoberta, característica que a integra nos meios ocultos de prova, imporia que, tal como nas

¹⁸¹Cf. Regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal [Em linha] [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis&so_miolo=>>.

escutas telefónicas, fosse o juiz de instrução a autorizar previamente, e não apenas a convalidar, a intervenção do agente encoberto no inquérito¹⁸².

Assim, se a finalidade da ação encoberta, for a repressão criminal, apesar desta se realizar mediante proposta do Ministério Público, é ao juiz de instrução criminal, que caberá autorizar de acordo com o art.º 32.º da CRP conjugados com os art.º 268.º e 269.º do CPP.

Responsabilidade

Cientes da necessidade de munir com meios eficazes os órgãos de polícia criminal, e ao mesmo tempo ter o fito de garantir a defesa dos direitos fundamentais (na sua dupla dimensão), para este efeito, releva agora abordar sobre o modo como aquela eficácia pode ser alcançada sem perigar os limites estabelecidos pela própria constituição. Desde logo, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, do RJA, com epígrafe “Isenção de responsabilidade”, resulta que, “não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma ação encoberta, consubstancia a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infração em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma”. Esta cláusula é considerada de forma unânime pela doutrina, como uma cláusula de exclusão ou justificação da ilicitude, que se traduz no “cumprimento integral de um dever”, nos termos do artigo 31.º, n.º 2 al c) do CP.

E as questões a fazer são: é permitido a prática de crimes no âmbito de uma operação encoberta? Sendo possível, que ilícitos típicos estarão ou não abrangidos pelo preceito legal e quais os requisitos dos ilícitos abrangidos que devem ser observados ao abrigo desta disposição? E a outra questão tem a ver com a responsabilidade civil do agente encoberto/infiltrado no decurso da operação encoberta, ou seja, se por exemplo, o agente encarregue com a operação encoberta, precise furtar uma viatura

¹⁸² COSTA, Eduardo Maia - *Ações Encobertas (Alguns problemas, algumas sugestões)*. Memória do Conselheiro Artur Maurício. 2014. Reitera ainda o autor que, a intervenção do juiz de instrução é de natureza jurisdicional e não administrativa, de forma que a autorização tácita desprovida de fundamentação, viola o princípio da obrigatoriedade de fundamentação dos atos jurisdicionais, (consagrado no art.º 97.º/5, do CPP, e no art.º 205.º/1 da CRP). E esta validação tácita fomenta fortemente a redução do papel garantístico que é reservado no procedimento de legitimação deste meio de obtenção de prova...” P. 363.

de algum terceiro, (por se entender que a mesma tem as características que precisa para transportar a droga).

Para o conselheiro Eduardo Maia Costa, pelo facto de a lei não qualificar a natureza da “isenção de responsabilidade penal do agente encoberto, Considera que, “a isenção da responsabilidade penal constituirá, pois, uma específica e atípica causa de exclusão da punibilidade, que não elimina a ilicitude da conduta, nem conseqüentemente isenta os demais participantes de responsabilidade penal, nem afasta a admissibilidade de legítima defesa contra, a conduta praticada. E excluída também não está a responsabilidade civil do estado por facto ilícito perante os lesados, nos termos do regime da responsabilidade civil extracontratual do estado, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro”.¹⁸³

Segundo *Daniel Silva*, considera que, este artigo 6.º, n.º 1 do RJAE, no fundo enfatiza a distinção entre agente encoberto e agente provocador, com particular insistência no «*due process*», na legalidade dos meios e fins da atividade policial, apelando à legalidade na administração da justiça, enfatizando a necessidade da intervenção de um magistrado independente no controlo do processo». ¹⁸⁴

Para Nuno Miguel Loureiro, consciente de que «a actuação do agente encoberto poderá levar à prática de factos que seriam, noutras circunstâncias, ilícitos típicos penais», consagrou no artigo 6.º, n.º 1 do RJAE, «um regime de isenção da responsabilidade criminal por esses factos». Prescreve tal normativo que «não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma ação encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infração em qualquer forma de participação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma». Refere o autor ainda que, o legislador procurou resolver aquele conflito através da criação de um especial tipo justificador que orienta a conduta dos agentes encobertos enquanto meio de prevenção e repressão criminal em situações de colisão, prevendo, como que numa espécie de estado de necessidade em face de determinado tipo de criminalidade, a forma como pretende que seja realizada a ponderação dos interesses conflitantes. E com base na ideia de proteção do interesse jurídico mais importante

¹⁸³ COSTA, Eduardo Maia - Ações Encobertas (Alguns problemas, algumas sugestões). Memória do Conselheiro Artur Maurício. 2014, p. 365.

¹⁸⁴ SILVA, Daniel - As Ações Encobertas no Estado de Direito Democrático. Revista de Investigação Criminal. Ciências Criminais e Forenses. N.º 5. Ensaios e Estudos. 2013, p. 54.

ou mais valioso na concreta situação de conflito, admite o sacrifício, em certas circunstâncias, de alguns bens jurídico-penais a favor de uma prossecução mais eficaz das finalidades preventivas e repressivas da criminalidade, permitindo que a actuação formalmente típica dos agentes encobertos se possa apresentar como licita, conforme ao direito e socialmente positiva¹⁸⁵.

Isabel Oneto considera que, “pode um agente encoberto/infiltrado praticar determinados ilícitos típicos, desde que, bens jurídicos como a vida e a integridade física não sejam lesados. Será assim, permitido a prática de ilícitos típicos, quando esteja em causa apenas a lesão de bens jurídicos patrimoniais ou supra individuais, porque, só assim estará justificada as acções encobertas à luz de uma justiça funcionalmente eficaz, atendendo ao tipo de criminalidade que as mesmas têm subjacente”¹⁸⁶.

Sobre a questão da *responsabilidade civil*, refere *Isabel Oneto* que, conforme decorre do preceito legal, artigo 31.º, n.º 1 do Código Penal, com a epígrafe, Exclusão da ilicitude, que “o facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade”. A dúvida cingirá em saber se este preceito acima estabelecido aplica-se também a todos os ramos do Direito (no caso em

¹⁸⁵LOUREIRO, Nuno Miguel - A Responsabilidade Penal do Agente Encoberto. Revista do Ministério Público n.º142. Ano 36. Lisboa. 2015, Segundo este autor, para que exista isenção de responsabilidade (nos termos do artigo 6.º/1 do RJA) dos actos preparatórios e dos actos de execução no decurso de uma operação encoberta, é necessário que se verifique cumulativamente 5 pressupostos de justificação de tais actos, que são: legalidade da ação encoberta; Finalidades de prevenção e repressão da Acção; comparticipação; pressuposto objectivo da justificação é a proibição da instigação e da autoria mediata e o pressuposto da proporcionalidade. Pp. 91-118.

¹⁸⁶ ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, Continua a autora acentuando que, “a eficácia da investigação criminal, quando dirigida aos poderes fácticos que minam o estado de direito, constitui uma concretização do interesse de cariz constitucional que apela à realização de uma justiça funcionalmente eficaz. Mas tem também ela, um limite constitucional, que dá prevalência em caso de conflito de dois interesses, àquele que assume um carácter subjectivo individual. Poderemos ainda configurar que a eficácia da investigação criminal tem, como fim último, a defesa de bens jurídico-penais, ainda que não seja esse o seu objecto imediato, nomeadamente quando a ação encoberta assume a vertente de repressão criminal. Sendo certo que, como meio de reação imediata em defesa de bens jurídico-penalmente tutelados, o agente pode sempre socorrer-se dos meios que o código de processo penal lhe facultar, em particular nos casos de revistas e buscas, nos termos dos artigos 174.º n.º 4 al a) e 176.º n.º 3, por remissão expressa do artigo 251.º, ou seja, o regime consagrado para situações de “terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade física de qualquer pessoa”. A autora levanta ainda a questão de saber se, “o agente encoberto, se eximirá de responsabilidade do crime de homicídio quando, no seio do grupo criminoso, corre o perigo iminente de ser descoberto por um dos seus elementos tendo para o evitar, de cometer tal crime? Sugere a mesma que neste caso, o conflito de valores cai fora do âmbito da ponderação entre o bem jurídico sacrificado e a funcionalidade da operação encoberta para ser dirimida no âmbito do estado de necessidade desculpante (nos termos artigo 35.º do CP), se as circunstâncias em causa reunirem os pressupostos dessa causa de exclusão da culpa. Em caso de perigo iminente para a vida ou integridade física do agente infiltrado, o Código penal, fornece aos que excluem a ilicitude e a culpa que possam cobrir a sua conduta”. Pp. 181- 182.

questão ao ramo de direito civil)? A autora acentua que, “em razão do princípio da subsidiariedade do direito penal e da sua função como última ratio da política social do Estado. Ora, se a conduta do agente encoberto/infiltrado ocorre ao abrigo de um tipo justificador, tal não significa que se possa excluir a sua responsabilidade civil por facto ilícito. Por outro lado o texto constitucional, no seu artigo 22.º, sob a epígrafe (responsabilidade das entidades públicas), determina que “o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulta violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”. Assim, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 48.051 de 21 de Novembro de 1967, e no âmbito da sua responsabilidade extracontratual, deve o Estado proceder ao pagamento da correspondente indemnização sempre que no decurso de uma ação encoberta/infiltrada haja um dano para terceiro, independentemente da licitude da conduta do agente. No entanto, pensamos que, pelo facto de o agente estar munido dos “*munus público*”, (incumbência, ou ao serviço do estado) permitir a eficácia da investigação criminal, esta responsabilidade civil, obedecerá o critério do artigo 22.º da CRP.

Em síntese, partilhamos a opinião de que, pode o agente praticar actos preparatórios ou de execução de uma infração, desde que se observe e ou respeite, os pressupostos objectivos de admissibilidade da ação encoberta.

Assim no que concerne, a responsabilidade civil por facto ilícito praticado pelo agente no decurso da ação encoberta, partilhamos a opinião de prevalência da norma prevista nos termos do artigo 22.º da CRP, ou seja, ainda que se isente a responsabilidade do agente para efeitos penais, persistirá a responsabilidade civil extracontratual. Levando assim a responsabilidade em forma solidária quer do Estado, quer a do agente. Não se lhe aplicando desta forma o art.º 31.º, n.º 1 do Código Penal.

5. REGIME ESPECIAL- AGENTE ENCOBERTO EM AMBIENTE DIGITAL - LEI DO CIBERCRIME

Concluído, os aspectos cruciais a propósito do agente encoberto em ambiente físico ou tradicional, cabe-nos de agora em diante, abordar sobre o denominado agente encoberto no meio ou em ambiente digital. Para tal, falaremos em primeira linha novamente do regime especial aplicado a este ambiente, ou seja, da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, explicaremos agora de forma detalhada, o percurso histórico até a sua entrada em vigor. E de seguida falaremos mas uma vez do seu regime jurídico, para assim entrar no agente encoberto no meio digital ou em ambiente digital propriamente dito, que consta do artigo 19.º da Lei acima referida. Quanto ao agente encoberto em ambiente digital pensamos ser crucial defini-lo, e a semelhança do agente encoberto tradicional, trazermos aspectos ligados ao regime de atuação do mesmo, como requisitos de admissibilidade, controlo e responsabilidade, relato e depoimento, identidade fictícia Online e admissibilidade validade e valoração da prova obtida por este agente.

Decorridos oito anos sobre a Convenção de Budapeste, de 3 de Novembro, Portugal, decidiu a sua ratificação, através da Resolução da Assembleia da República n.º 88/2009 e pelo Decreto do Presidente da República n.º 92/2009. Entre nós a Convenção do Cibercrime é considerada o primeiro e relevante trabalho internacional em matéria de “cibercrime, de crime no ciberespaço ou ainda de crimes em ambiente digital ou virtual”, desta forma considerado ainda, como um dos instrumentos legislativos que serviu de modelo para a Lei n.º 109/2009 de 15 de setembro. (apelidada de “Lei do Cibercrime”). Por sua vez este diploma foi transposto para o direito interno através da Decisão-Quadro n.º 2002/222/JAI, do Conselho de 24 de Fevereiro.

Como sabemos, a então Lei da Criminalidade Informática, padecia de inúmeros vazios, a propósito (da prova digital), por esta razão, com a entrada em vigor da “Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009 de 15 de Setembro), veio preencher alguns vazios daquela lei. A Lei do Cibercrime revogou a Lei da Criminalidade Informática, trazendo assim, um regime que regula de forma específica e pormenorizada o modo de obtenção de prova digital. Sem descorar que, o Código de Processo Penal naquela altura, já solucionava (ainda que com muita contenda) problemas ou situações de prova digital, sendo reconduzido A todas as comunicações transmitidas por meio

diferente de telefone ao regime das escutas (ou interceptações telefónicas), o que gerava muita contenda, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

No que concerne ao capítulo I da Lei 109/2009, as disposições penais materiais ou substantivas, o legislador excluiu o catálogo de crimes informáticos do Código Penal, mantendo os crimes de Devassa por meio de informática (nos termos do art.º 193.º) e de Burla informática (nos termos do art.º 221.º) todos do Código Penal, desta forma, vem no seu art.º 1.º, estabelecer que as disposições penais materiais e processuais, bem como as disposições relativas à cooperação internacional em matéria penal, são relativas ao domínio do cibercrime e da recolha de prova em suporte eletrónico-digital. É nos termos do art.º 2.º, onde consta um conjunto de definições que se entendem essenciais, para facilitar a compreensão deste regime.

São eles, a enumerar: “sistema informático, dados informáticos, dados de tráfego, fornecedor de serviços, interceção, topografia e produto semiconductor”. Já no que tange ao capítulo II, que vai dos art.º 3.º ao art.º 8.º), temos a destacar: os crimes de falsidade informática (art.º 3), dano relativo a programas ou outros dados informáticos (art.º 4), sabotagem informática (art.º 5.º), acesso ilegítimo (art.º 6), interceptação ilegítima (art.º 7.º) e reprodução ilegítima de programa protegido (art.º 8.º).

Já no capítulo III, temos as disposições processuais em matéria de “crimes no ciberespaço”, e começamos desde logo, com o art.º 11.º com a epígrafe- “Âmbito de aplicação das disposições processuais”, estabelece o n.º 1.º deste preceito legal que, “com exceção do disposto nos art.º 18.º e 19.º, as disposições processuais previstas no presente capítulo, aplicam-se a processos relativos a crimes: a) previstos na presente lei, b-) cometidos por meio de um sistema informático, ou c) em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico. Refere Pedro Dias Venâncio que, resultou de uma transposição das opções previstas no art.º 14.º da CCIBER. E acentua o mesmo autor que, as medidas processuais de recolha, preservação, revelação, apresentação e apreensão da prova digital previstas na Lei do Cibercrime têm um “campo de aplicação geral, na medida em que estamos perante a possibilidade de recurso a estes “meios de obtenção de provas digitais para o combate da criminalidade, seja qual for a sua forma. Assim, estamos perante um regime processual de obtenção da prova digital com um campo de aplicação bastante amplo, não restringido apenas a processos relativos a crimes informáticos, é suficiente que a prova esteja em formato digital ou em dispositivos informáticos. Do mesmo preceito

legal (art.º 11.º), decorre uma exceção expressa, aplicação dos artigos 18.º e 19.º da LC, pelo simples facto de que, estes artigos preverem dois meios de prova específicos ou melhor relacionados com o combate de determinados tipos de crimes¹⁸⁷. Particularizando desta exceção o art.º 19.º, que é aquele, que mais importa para o nosso tema, já que o legislador incluiu um regime inovador, permitindo a abertura de acções encobertas à investigação forense.

Ressalta Pedro Venâncio que, este catálogo de medidas processuais deverá ser considerado de forma integral, “analisado como um todo, pois em muitos aspectos práticos se relacionam e complementam, visando o mesmo objectivo de aceder a dados informáticos necessários à investigação”¹⁸⁸. O autor divide em dois grupos este diploma legal, sendo que o primeiro grupo integra: medidas de preservação expedita de dados” (art.º 12.º), revelação expedita de dados (art.º 13.º), injunção para apresentação ou concessão de acesso a dados (art.º 14.º), pesquisa de dados informáticos (art.º 15.º), apresentação de dados informáticos (art.º 16.º) e apreensões de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante (art.º 17.º). Já no segundo grupo, integra as denominadas medidas exceções, a saber: interceptação de comunicações eletrónicas (art.º 18.º) e as acções encobertas (art.º 19.º) todos do LC. Assim ficam apenas abrangidos os crimes passíveis de investigação através de acções encobertas: os consagrados no RJAE, bem como os elencados no art.º 19.º, por crimes previstos na Lei.º 109/2009, de 15 de Setembro, e para crimes cometidos através de meio informático- correspondente a uma pena de prisão superior a cinco anos, ou inferior, se revelarem dolosos- tais como: crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores ou incapazes, burla qualificada, burla informática e nas comunicações, discriminação racial, religiosa ou sexual e infracções económico-financeiras.

O capítulo IV é dedicado à cooperação internacional, as medidas de cooperação internacional vêm previstas nos art.º 20.º a 26.º da LC, medidas estas que resultam dos art.º 23.º a 35.º da CCIBER. Em matéria de cooperação judiciária internacional em matéria penal, vigora igualmente a Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto (alterada pelas Lei n.º 104/2001, de 25 de Agosto, Lei n.º 48/2003, de 22 de Agosto, Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, e Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro). No n.º 1 do artigo 21.º da LC, o

¹⁸⁷ RAMALHO, David Silva - *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Coimbra: Almedina Editora, 2017, p. 303.

¹⁸⁸ VENÂNCIO, Pedro Dias - *Lei do Cibercrime - Anotada e Comentada*. [S.l.] : Wolters/Kluwer Coimbra Editora, 2011, p. 91.

legislador consagrou uma imposição à Polícia Judiciária, a criação de uma estrutura que garanta um ponto de contacto sem interrupção entre as autoridades nacionais com as autoridades internacionais, sendo a PJ a entidade de responsável por essa cooperação. Vem o art.º 22.º com a epígrafe –“ Preservação e revelação expedita de dados informáticos em cooperação internacional”, no seu n.º 1, estabelecer uma faculdade de pode ser solicitada a Portugal a preservação e revelação expedita de dados informáticos, armazenados em sistema informático relativo a crimes previstos no art.º 11.º da LC. E este preceito tem como objectivo a apresentação de um pedido de apoio judiciário para fins de pesquisa, apreensão e divulgação dos dados. Nos termos do artigo 23.º da mesma Lei, com a epígrafe – “Motivos de recusa”, tal solicitação dirigida às autoridades portuguesas pode ser recusada, caso os dados respeitem a infração de natureza política ou conexa, atentem contra soberania, segurança ou ordem pública, ou ainda quando não sejam oferecidas garantias adequadas à proteção dos dados ou ainda, quando não sejam oferecidas garantias adequadas à proteção dos dados ou em requisito derradeiro, de recusa, quando se concluir que faltará o requisito de dupla incriminação. E ainda releva aqui referir que as autoridades estrangeiras podem formular pedido às autoridades portuguesas para que seja autorizado pelo juiz a intercepção de transmissões de dados informáticos realizadas por via de um sistema informático localizado em Portugal desde que esta medida esteja prevista em acordo, tratado ou convenção internacional ao abrigo do artigo 18.º da LC- intercepção de comunicações em cooperação internacional-art.º 26.º da mesma lei.

Finalmente temos o *capítulo V*, último capítulo da Lei do Cibercrime, que se dedica, as disposições sobre a aplicação no espaço da lei penal portuguesa e competência dos tribunais portugueses (art.º 27.º - com a epígrafe aplicação no espaço da lei penal portuguesa e competência dos tribunais portugueses), este preceito, reitera que, a lei penal portuguesa, é aplicável nos casos previstos no Código Penal, tratados ou convenções internacionais e ainda aplicável a factos enumerados no seu n.º 1, no caso de existir conflito positivo de competências (situação na qual dois tribunais se consideram competentes para conhecer de um dos crimes previstos na LC, deve recorrer-se aos mecanismo instaurados no seio da união europeia previsto no n.º 2 do mesmo artigo, e decidir em que tribunal o processo vai ter seguimento, sendo que este toma a sua decisão de aceitação ou transmissão têm de atender aos factos previstos no n.º 3 é aplicável com as necessárias adaptações as regras gerais de competência previstas no CPP, n.º 4 do art.º 27.º da LC, sendo que, em caso de duvida, a

competência cabe ao tribunal que primeiro tiver conhecimento dos factos. Em tudo o que não se encontrar previsto na LC, são aplicáveis as disposições dos meios de prova tradicionais (contidas no CP, CPP e na Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, portanto, não há aqui exclusão do previsto na LC, vê-se assim a facilidade de subsidiariedade das disposições dos meios de prova tradicionais coma LC. Para efeitos da presente lei, a competência da PJ, em cooperação internacional, para efeitos da presente lei, é desenvolvida no âmbito da unidade do cibercrime – unidade orgânica que investiga os crimes previstos na LC (conforme estabelece o art.º 29.º). em derradeiro e relevante aspecto desta lei é também, o art.º 30.º com a epígrafe de “Protecção de dados pessoais”, é aplicável ao seu tratamento o previsto na Lei n.º 67/98 de 26 de outubro. Com a entrada em vigor da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, revogou-se a Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto – denominada de Lei da criminalidade informática. (art.º 31.º da LC).

5.1. AGENTE ENCOBERTO NO AMBIENTE DIGITAL OU NO MEIO VIRTUAL

Com a entrada em vigor da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, (apelidada Lei do Cibercrime), foi introduzida pelo legislador no art.º 19.º, uma norma especificamente dedicada às “acções encobertas em ambiente digital”, embora parecendo, uma “mera adição”¹⁸⁹.

Como sabemos, no meio físico ou tradicional, o agente encoberto poderá integrar a estrutura criminosa, ficando exposto a um grande perigo para a sua própria vida (ainda que com ocultação). Esses riscos desaparecem por completo, no meio ou ambiente digital, tendo em conta que não existe uma interação física, passando-se tudo meramente com um interlocutor num meio como por exemplo: computador, tablet, ou um smartphone. A falta de contacto, característica do mundo virtual possibilita que a aparência dos sujeitos, incluindo a do agente, não seja possível identificar, bem como, pelo menos de forma fácil, ocultar a sua real localização.

De acordo com o art.º 19.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, conjugando com a Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, as acções encobertas em ambiente digital, são um método oculto de investigação criminal, desenvolvidas por funcionários de

¹⁸⁹ R RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, “... De certos crimes informáticos (em sentido restrito) ou cometidos através de um sistema informático ao catálogo previsto no artigo 2.º da Lei n.º101/2001, para efeitos do recurso às Acções encobertas aí previstas e «nos termos aí previstos»”. P. 303.

investigação criminal ou terceiro actuando sob o controlo da PJ, com fins de prevenção ou repressão dos crimes previstos (quer ao abrigo da Lei do Cibercrime, quer ao abrigo do RJAEPIC- art.º 2.º). Nesta linha, o agente encoberto no ambiente digital ou no meio virtual, é a figura (agente policial ou terceiro sob controlo da PJ), que integra as acções encobertas neste meio digital ou virtual), de forma (livre, voluntária e esclarecida dos riscos inerentes à operação e activa, na actividade criminosa (também ela virtual ou digital), tendo em conta o tipo de modalidade de acção encoberta que vai adoptar ou que adopta. Este convive virtualmente, ganhando a confiança do cibercriminoso (s) (visado/suspeito (s) virtual), comete crimes, quer na forma de cumplicidade, quer na forma de co-autoria ou mesmo como simples autor. Vedando-se assim, a atuação de provocação virtual ou no meio digital, ou seja, proíbe-se a figura do agente “provocador virtual”. (nos termos dos conjugados artigos e diplomas – art.º 19.º da Lei n.º 109/2009- Lei do Cibercrime e art.º 1.º, n.º 1 e 2, art.º 2.º e art.º 3.º, 2 do RJAE.

David Silva Ramalho refere que, a “acção encoberta em ambiente digital é tida como uma modalidade da acção encoberta e não um método oculto” de investigação criminal autónomo e independente, e pelo que devia ter um regime específico para elas, e não lhe ser integralmente sujeito ao regime geral.

Para a atuação do agente encoberto no meio digital ou virtual, no decurso de um fim preventivo, é competente para autorizar, o juiz de instrução criminal, mediante iniciativa, proposta e decisão do competente magistrado do Ministério Público, junto do DCIAP e do juiz do tribunal central de instrução criminal (nos termos dos conjugados art.º 3.º, n.º 4 e 5 do RJAE). Diferentemente será a atuação do agente encoberto no meio virtual, no decurso de investigação criminal com fim repressivo que já, dependerá de prévia autorização do magistrado do MP, e tendo obrigatoriedade de comunicação ao JIC (art.º 3.º, n.º 3 do RJAEPIC, conjugado com o art.º 19.º da Lei do Cibercrime). À semelhança do agente encoberto físico ou tradicional, independentemente do fim (preventivo ou repressivo), se estiver em causa matérias de direitos fundamentais ou seja, direitos liberdades e garantias é competente, o Juiz de instrução criminal, devido a sua função garantística de crucial relevo: a “tutela preventiva e repressiva dos direitos fundamentais”. Parafraseando o conselheiro Maia Costa “esta desdobra-se em vários pontos: necessidade de autorização; verificação dos pressupostos; duração

temporal dessa intervenção; definição do âmbito da intervenção do agente encoberto¹⁹⁰ (virtual ou no meio digital) ”.

A propósito do terceiro virtual ou digital, à semelhança do terceiro tradicional ou físico, releva-nos referir que, este será um informador ou homem de confiança que atuará de forma livre, voluntária e esclarecida, no meio virtual, com todos os riscos inerentes à operação e ao ambiente em si.

Sobre a *identidade fictícia Online*, cabe-nos referir que, enquanto, no meio tradicional, é necessário, como prevê o art.º 5.º, n.º 3 do RJAE, a autorização daquele agente desta prerrogativa ou qualidade, “identidade fictícia”, mas não define o que pode ser esta tal identidade. Para o agente encoberto digital ou virtual, pensamos não fazer sentido esta tal autorização, pelo simples facto de ser da natureza ou característica própria do mundo virtual a ocultação, porque como sabemos, a internet está cheia de agentes virtuais, a atuarem com a ocultação da sua qualidade e identidade, reconduzindo a um perfil falso. E até existem utilizadores que entram na rede com recurso ao roubo do perfil de terceiro. É esta prática, de perfil falso em ambiente digital ou virtual, que não encontra sanção eficaz no mundo jurídico, que faz com que seja natural, originando uma enorme dificuldade de identificar os utilizadores na rede. No entanto, o agente pode entrar na rede com perfil falso, para ocultar a sua identidade, sem ter a necessidade de um despacho do MP¹⁹¹. E, é justamente este ponto que nos causa inquietação ou um certo incómodo, por alguns motivos, a saber: primeiro, pelo facto de dificultar a identificação exacta de que este perfil pertence ou corresponde a um certo e concreto agente encoberto, caso venha a ser desencadeado um futuro processo penal. E nesta esteira, a questão da aplicação do princípio do contraditório, se, não se sabe contra quem concretamente pode ser feito, se não existe prova neste sentido (que aquele perfil pertence ao agente encoberto de facto). E em segundo, a questão de existir vários agentes que utilizam o mesmo perfil, dando a entender que é uma única pessoa, mas no fundo são vários agentes, pode se dar o caso do agente

¹⁹⁰ COSTA, Eduardo Maia - Ações Encobertas (Alguns problemas, algumas sugestões). Memória do Conselheiro Artur Maurício. 2014, p. 363.

¹⁹¹ RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, Acentua o autor que, a criação de perfis falsos ou de usernames não deve ser relegada genericamente para o campo operacional. À falta da desejável disposição legal específica, a autorização da autoridade judiciária deve incluir referencia expressa aos limites à criação destas identidades virtuais, não só evitando a utilização de nomes excessivamente sugestivos, mas também prevenindo a possibilidade de, no perfil falso, ser introduzida uma fotografia de outrem. Deverá a autoridade judiciária estipular um limite numérico à criação de username, impondo obrigatoriamente a sua comunicação em momento prévio à respectiva utilização, para assim evitar que o agente crie contas que utiliza para provocar o suspeito e posteriormente apenas faça constar dos autos a interação ocorrida através de uma conta da qual consta o resultado final da provocação. P. 306.

estar a interagir ou não com o visado e ou suspeito, por um lado até decorre uma vantagem, que vai no sentido de que, é uma técnica muito útil quando há uma necessidade de vigilância permanente.

Já David Silva Ramalho que, a participação em qualquer interação Online, não implica um risco acrescido para a segurança do agente que justifique o recurso à identidade fictícia, nos termos legais, uma vez que os suspeitos não têm, à partida, qualquer elemento identificativo seu. Continua o autor referindo que, em rigor, o mesmo nome de utilizador pode até ser usado por vários agentes. Evitando assim, abinício, a necessidade de criação de uma identidade fictícia, nos termos do art.º 5.º do RJA, sem que tal prejudique a existência de uma verdadeira ação encoberta.¹⁹²

Contrariamente com o que acontece na ação encoberta tradicional, o “terceiro virtual” ou inserido em ambiente digital, se, se entender “absolutamente necessário”¹⁹³ a sua prestação para melhor eficácia da operação, não necessita de despacho do MP, para recorrer a criação de perfil falso ou username, até porque, como vimos esta prerrogativa faz parte da natureza do ambiente em causa. O que causa uma certa querela é a questão da dupla danosidade ou lesividade dos direitos fundamentais atingidos (ou seja, pelo facto de o método e o ambiente-virtual, serem de todo insidiosos, e acresce, a questão de se tratar de um terceiro, que nem se quer pertence aos órgãos de polícia, por ser alguém, ao nosso ver pouco confiável devido as fraquezas e pressões que terá nesta operação), que de certo modo, obriga que exista uma vigilância deste, e ao não existir esta vigilância ou controlo, pensamos, perigar mais essa tal eficácia que se pretende alcançar. Assim, pensamos ser essencial que exista um controle na criação destes perfis falsos, quer para o próprio agente de polícia e quer principalmente para o terceiro devido os riscos supra mencionados, e ainda a questão de se poder estar a atuar como um “agente provocador virtual”.

¹⁹² Cf. *Idem*, p. 306.

¹⁹³ Cf. *Idem*. Refere o mesmo autor que, “quando se revele absolutamente necessário, nada parece obstar, como se referiu, a que o agente encoberto recorra ao username de um terceiro previamente integrado no meio onde aquele se pretende infiltrar, cujas credencias tenham sido facultadas voluntariamente ou obtidas por outra via legalmente admissível. No entanto, trata-se de uma faculdade que deveria encontrar previsão legal expressa, em face do seu duvidoso enquadramento na – lei- em todo o caso excessivamente – ampla redação legal... ao fazer-se passar por um membro da confiança dos demais suspeitos, assim ganhando acesso privilegiado à informação pretendida, o agente encoberto age de um modo particularmente insidioso dentro da tradicional insidia das ações encobertas, pelo que é necessária a verificação de circunstâncias excepcionais que o justifiquem. P. 306.

Quanto a isenção de responsabilidade do agente encoberto em ambiente virtual ou digital, discute-se se é admissível a prática de crimes em autoria material (singular), por parte do agente encoberto?

Alguma doutrina tende a inclinar-se no sentido da não admissibilidade, como é o caso de Rui Pereira, acentuando que, apenas permite-se que o agente encoberto pratique ilícitos em comparticipação, ficando assim proibidos a prática de quaisquer ilícitos em autoria material singular, exceptuando-se, quando, o crime autónomo praticado pelo agente encoberto esteja numa “logica de comparticipação” com outro crime. Em casos por exemplo de aquisição de droga a um traficante, alegadamente para consumo¹⁹⁴.

Posição contrária tem o conselheiro Eduardo Maia Costa, acentua que, se o sucesso da ação encoberta depender do envolvimento do agente na prática de crimes, em autoria material (singular), sob pena do seu desmascaramento, será de admitir a sua comissão, desde que, para além do requisito da necessidade, se verifique o menor grau de ofensividade possível e de que aí não se incluam ofensas pessoais, excepto em casos de legítima defesa ou de estado de necessidade¹⁹⁵.

David Silva Ramalho considera que, ambas as posições são “viáveis e cumuláveis”, admitindo a prática de crimes numa logica de comparticipação, bem como a prática de crime em autoria material, desde que se verifique os requisitos¹⁹⁶ de exclusão da responsabilidade do agente (como por ex. o requisito da necessidade e para além deste, que se verifique o menor grau de ofensividade possível e de que aí não se incluam ofensas pessoais (art.º 24.º e 25.º da CRP), a menos que, se verifique (nestas excepções), causa de legítima defesa ou de estado de necessidade.

Assim, parece-nos que, quanto à prática de ilícitos por parte do agente encoberto em ambiente virtual/digital, na “lógica de comparticipação” existe uma unanimidade na admissão, ainda que tímida; já para a lógica da prática de um crime em autoria material é que parece ser numa primeira abordagem negado, mas, poderá ser

¹⁹⁴ PEREIRA, Rui - O Agente Encoberto na Ordem Jurídica Portuguesa. Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Vol. II 2005, p. 302.

¹⁹⁵ COSTA, Eduardo Maia - Ações Encobertas (Alguns problemas, algumas sugestões). Memória do Conselheiro Artur Maurício. 2014, p. 365.

¹⁹⁶ RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017. O autor ilustra através de um exemplo em ambiente virtual: “no caso de ficheiros com conteúdo de pornografia infantil (nos termos do art.º 176.º, n.º1 alínea c), quando do seu envio dependa a admissão num grupo restrito, a prática de um crime de acesso ilegítimo (art.º 6.º, n.º 1 da lei do cibercrime, quando seja condição necessária para sua integração; ou a compra de droga, (nos termos do art.º 21.º n.º 1, da lei n.º 15/93, para ganhar a confiança de um traficante...” P. 307.

admissível se, se verificar o requisito da necessidade, e para além deste, que se verifique o menor grau de danosidade possível dos visados. E em qualquer dos casos, pensamos ser vedado a lesão dos bens jurídicos tipificados nos art.º 24.º e 25.º da CRP, ou seja, sendo permitidos apenas a lesão dos bens patrimoniais e supra individuais e cumulando com os requisitos supra referidos, excluindo-se assim, os pessoais ou não patrimoniais- estes apenas em caso de estado de necessidade ou de legítima defesa. (art.º 6.º, n.º 1 do RJAE, conjugado com o art.º 19.º, da Lei do Cibercrime).

Ainda nesta linha, mas já com a diferença no bem jurídico tutelado, (tratando-se de um menor), será que a solução será a mesma?

David Silva Ramalho acentua que, se por hipótese sucede que a infiltração num grupo privado Online estiver dependente, do envio prévio de um conjunto de ficheiros contendo pornografia infantil, neste já não releva se o crime se encontre numa “lógica de participação” ou que seja “condição da infiltração”, neste carecerá sempre de consentimento dos respectivos representantes legais ou através de técnicas de anonimização dos menores, pelo facto de se tratar de bem jurídico tutelado pertencente a menor.¹⁹⁷

E ainda a propósito do relato do agente encoberto em ambiente digital, à semelhança do agente encoberto tradicional ou em meio físico, levanta-se a contenda no sentido da junção deste relatório no processo.

A maior parte da doutrina entende que sim, deve ser junto ao processo, por razões de melhores juízos ponderativos no momento da decisão final. Apesar de se ocultar do visado e ou suspeito, a identidade verdadeira do agente, por razões ligadas à sua vida e família, o que se compreende. Em ambiente virtual ou digital, pensamos ser crucial esta aceitação da junção do relato, até porque, diminuirá o risco de insegurança da prova, a própria fragilidade da prova aliada à necessidade de um relatório detalhado dos procedimentos forenses da sua recolha¹⁹⁸. Desta forma cremos que esta junção permitirá averiguar os requisitos e ou pressupostos materiais e formais de admissibilidade, a necessidade e a proporcionalidade *stritico sensu* desta acção, e só

¹⁹⁷ Cf. Idem. Refere que, “desta forma o envio das imagens implicará uma perpetuação do dano do crime”. P. 308.

¹⁹⁸ Cf. Ibidem. P. 308.

com esta junção será possível identificar e averiguar estes pontos, que pensamos ser reforços de uma decisão equitativa e ponderada.

Sobre a questão da *admissibilidade, validade e valoração da prova obtida pelo agente encoberto em ambiente digital ou virtual*, aprez-nos referir que, à semelhança da obtenção da prova em ambiente tradicional ou físico, a questão da admissibilidade/validade da prova, estará na dependência da figura utilizada, adoptada e ou encarnada, pelo agente encoberto no momento da obtenção. No entanto, para o agente virtual/ digital, acresce um alto grau de insídia, do meio em si (virtual/digital), pelo que, claramente, não podíamos descurar, deste critério, que entre nós é bastante crucial: “Que é justamente averiguar, neste ambiente, a figura adoptada ou encarnada pelo agente” ao obter a prova. Por exemplo no *facebook*, se este agente encarnou a figura do provocador virtual/digital, ao fazer-se passar por uma criança, naquela rede, ele próprio, abusando das suas faculdades técnicas que lhe são incumbidas, torna-se num ciberpedófilo, e começa a aliciar a criança que estará a teclar do outro lado, solicitando fotos desta criança, abusa, engana e provoca virtualmente esta criança, com o fito único de maldade àquela criança. Aqui claramente, ao ser descoberto este agente, o que só será possível em nosso entender, se existir uma fiscalização e ou controlo da criação do perfil falso (fake- que acima referimos) e com a junção deste relato/relatório ao processo, a prova não será admissível. E mais uma vez, aqui apela-se à importância não só, destes requisitos atrás referidos, mas também, do papel do juiz na defesa de direitos fundamentais principalmente os de um “menor” que estará a ser lesado. Desta forma, tendo o agente encarnado esta figura da provocação virtual/digital, a solução é justamente a não validade, ex ante, desta prova em concreto, por ser uma prova absolutamente proibida e nula.

Teremos já solução diferente se o agente em ambiente virtual/digital, encarnar a figura de encoberto propriamente dito, (isto é, dando sequência ao exemplo acima dado, o agente poderá adoptar a postura, quer de uma criança, ou mesmo de um ciberpedófilo, com as técnicas especiais/específicas da sua atividade, ao perceber que quem está do outro lado é um pedófilo, disfarçado de criança (que tenciona enganar, aliciar, sequestrar, estupro, e até mesmo matar crianças), o agente atuará atendendo as técnicas especiais, cometendo crimes, se necessário ao sucesso eficaz, preenchendo também os requisitos formais e materiais inerentes a este tipo de atividade e em último lugar com o fito não de provocar, mas sim de captar, pescar, desmantelar, atenuar e até mesmo extinguir com estas redes virtuais de

ciberpedófilos. cremos que, atendendo e ou ponderando os critérios (formais e materiais) inerentes a própria função /tarefa, acrescido com estes supramencionados requisitos em vários pontos, a prova obtida neste ambiente preencherá o momento da admissibilidade e validade (nos termos do art.º 125.º, do CPP), e transitará para o momento da valoração. E aqui por forma a uma melhor decisão, importa a junção do relato/relatório deste agente ao processo, como já atrás mencionado. Assim, o momento da valoração, atenderá, já não tanto à figura encarnada/adoptada pelo agente neste ambiente digital/virtual, porque tal já se teve de ter em conta no momento anterior, mas sim, ao equilíbrio na relação entre a importância do fim do visado e a garantia do crime em investigação, (justa medida). Este é apelo ao tal juízo de ponderação, está entregue ao juiz, este papel tão importante, de pôr na balança a atuação deste agente que deve ser adequada aos fins preventivos e ou repressivos, mormente à descoberta de material probatório, isto é, que tais acções sejam estritamente proporcionais quer às finalidades supra mencionadas, quer à gravidade do crime em investigação. E este juízo ponderado deverá ser em concreto, ou seja, naquele concreto caso, situação, ou naquela situação em particular, como óbvio. Se assim não for, será difícil preencher os critérios necessários para a sua valoração. Logo, observando-se estes pressupostos e ou critérios supra mencionados, o juiz decidirá se ocorrerá ou não este momento da valoração. Importa referir que em poucos casos serão dados por completos, todos os pressupostos e critérios necessários à valoração da prova. É normal que assim seja, porque não é fácil decidir sobre matérias de restrição/limites e ou violação de direitos liberdades e garantias dos visados, (muitas das vezes são os “denominados direitos intocáveis” e estão na mesma posição) principalmente quando este fere, viola, avassala direitos de uma criança, pensamos ser mesmo bastante difícil.

5.1.1. REDES SOCIAIS: ASPECTOS GERAIS

Hoje e cada vez mais, o mundo está interligado, em rede. É uma “realidade através de máscaras”.

Tendo surgido no final do século XX (20), as redes sociais, na sociologia moderna e mais tarde na antropologia social. Posteriormente, foi amplamente alargada em diversas áreas, associado a um novo paradigma das ciências sociais, da biologia, de estudos de comunicação, economia, geografia, das ciências da informação, psicologia social, sociolinguística e sobretudo no serviço social. Foi criada com o fito de designar

um conjunto complexo de relações entre membros de um sistema social a diferentes dimensões, desde a interpessoal à internacional. E nesta estrutura social os atores sociais, caracterizam-se predominantemente pelas suas “relações” do que, pelos seus atributos (como género, idade, classe social). Assim uma rede social pode ser definida como sendo, uma estrutura social, composta por pessoas ou organizações, ligadas ou conectadas por um ou vários tipos de relações, que compartilha valores e objectivos comuns. E uma das cruciais características que integra a definição/conceito de redes, é a sua abertura, permitindo deste modo, os relacionamentos horizontais, descentralizados e não hierárquicos entre os participantes. Levando deste modo, a um rápido e fácil fazer e desfazer das mesmas.

As redes sociais Online operam em diferentes níveis, redes de relacionamentos (por exemplo: Facebook, Twitter, Instagram, Google +, Youtube, My space, Badoo, WhatsApp, Viber etc...), ou como redes profissionais; que também são denominadas na prática de networking, com exemplo desta última temos o LinkedIn, é considerada a maior rede social ou plataforma profissional, que tem como fito fortalecer a rede de contactos de um indivíduo, visando futuros ganhos pessoais ou profissionais. Estas redes sociais podem ainda operar como redes comunitárias: que são muito frequentes em bairros ou cidades, têm como fito, reunir interesses comuns dos habitantes, melhorar a situação do local ou prover outros benefícios; e ainda temos as redes políticas e militares. O interessante, nestes tipos de redes sociais é que, entre elas existem pontos comuns, como: o compartilhamento de informações, conhecimentos, interesses e esforços em busca de objectivos comuns. E, estas redes sociais Online podem ser de três funções e ou espécies, a saber: as redes sociais públicas, em que o registo está desbloqueado para todos ou melhor, é acessível à todos; as privadas, que dependem da aceitação do pedido efectuado ao username/utilizador, e só assim estará em aberto para aquele utilizador em concreto; e ainda as redes sociais pessoais, que são aquelas destinadas especificamente para famílias ou amigos. O facebook, adequa-se perfeito nas três espécies e ou funções.

As redes sociais podem ainda dividir-se em quatro tipos ou modalidades, a saber: redes sociais virtuais¹⁹⁹; geossocial²⁰⁰; egocêntrica²⁰¹; mensageiro instantâneo²⁰² e fórum de discussão²⁰³.

¹⁹⁹ MARIA DO SOCORRO CORRÊA DA CRUZ - Redes sociais virtuais: percepção, finalidade e a influência no comportamento dos académicos [Em linha], atual. mar. 2020. [Consult. 25 jun. 2020].

Disponível em WWW:<URL:https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/7681/6660>. Pp.12433–12446.

²⁰⁰ É um tipo de rede social, que inclui funcionalidades relacionadas com a georreferenciação (como a geocodificação ou a geotiquetagem). Esta teve a sua evolução iniciada com a implicação social das interfaces de programação de aplicações por parte das empresas de internet no início de 2000. Ex: deste tipo de rede é a foursquare, Lançada em 2009 nos Estados Unidos América (EUA). No *Facebook* por ex. temos a função “places” (desta forma, observamos a facilidade de interligação e de se cumularem). Estas permitem aos seus utilizadores uma dinâmica social adicional à que existe em outras redes sociais, porque usam ou promovem a interação com base no lugar onde se encontrem esses utilizadores. Cf. GUILHERME SIQUEIRA BEZ, RAFAEL ÁVILA FARACO, MARIA TEREZINHA ANGELONI - Aplicação da Técnica de Análise de Redes Sociais em uma Instituição de Ensino Superior. Em XXVI Simpósio de Gestão, da inovação tecnológica [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://www.anpad.org.br/admin/pdf/simpósio68.pdf>.

²⁰¹ É uma rede formada em torno de um indivíduo em particular, consistindo de seus contactos imediatos. O indivíduo em questão é denominado de “Ego” e seus contactos imediatos de alters. Estas são habitualmente obtidas através de questionários, entrevistas, ou ambos conduzidos diretamente junto aos participantes. E o objecto de estudo, são regiões locais menores da rede. Elas podem ser obtidas através de duas maneiras, a saber: projectando: quando o projecto de pesquisa tem como ponto de partida perguntas referentes a indivíduos em particular. Redes egocêntricas podem ser constituídas diretamente a partir da coleta de dados. Ex. Quando um questionário de nomes é distribuído para uma amostra de estudantes para analisar laços de amizade entre os participantes, a resposta de cada estudante pode ser usada diretamente na construção de uma rede egocêntrica. E derivando: quando uma rede completa pode ser obtida. Redes egocêntricas podem ser derivadas da rede original realizando uma filtragem nos dados. Ex. Quando obtém-se uma rede a partir de uma mídia social (como facebook ou twitter). Pode-se criar redes egocêntricas, selecionando usuários com características de interesse para o estudo. É relevante que o “ego”, controle quantos contactos pode atingir, portanto deve definir a vizinhança de contactos. E ainda, estas redes propagam-se em níveis: nível 1.0- constituída do “ego” e seus alters imediatos, cuja distância máxima é 1. E formalmente trata-se de um “grafo estrela”; nível 1.5: é análogo a rede anterior (1.0), nesta sabe-se quais os alters que estão conectados entre si, mas não se incluem conexos com outros “nos”, excepto, se estes já estão presentes como alters do ego, ou seja, nesta já existem conexões entre os alters. Nível 2: aqui incluem-se todos os “nos” que estão a uma distância de 2 egos, ou seja, incluem-se aqui, todas as características dos níveis anteriores além da presença dos contactos imediatos dos alters. Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>.

²⁰² Ou comunicador instantâneo, conhecido também, pela sigla inglesa, IM (instant messaging) é uma aplicação que permite o envio e o recebimento de mensagens de texto em tempo real. E este tipo de rede social, está sempre associada a um serviço diferente do e-mail na medida em que as conversações ocorrem em tempo real. E acresce ainda, que, os serviços subentendem um “estado “ entre os intervenientes, como por exemplo, se um contacto está ou não a utilizar ativamente o computador e ou tablet ou ainda smartphone,..etc. através desta rede social, o usuário, é ou será informado quando algum dos seus contactos (amigos..., etc.) cadastrados na sua lista, está Online, isto é, quando o contacto cadastrado na sua lista estiver conectado a rede. E daí, estes podem manter conversações de mensagens de texto, (que são recebidas instantaneamente pelo destinatário). E ainda, incorporam os recursos de envio de figuras, imagens animadas, documentos diversos, conversação em áudio- utilizando as caixas de som e microfone do sistema, além de videoconferência (webcam). Essa rede social teve a sua origem com a implementação do “plato”, muito utilizado na década de 1970, mais tarde, sendo utilizada, por académicos e engenheiros nos anos 80 e 90, para se comunicarem pela internet. O ICQ (...) foi o primeiro sistema de mensagens instantâneas para computadores não-UNIX/LINUX, em novembro de 1996. Assim, temos como principais mensageiros instantâneos: o ICQ, SKYPE, Windows LIVE Messenger e Whatsapp. E isto não, não significa que as demais redes ficam de fora, (como por ex. wechat, na facebook, encontramos a facebook Messenger, que também permite trocar mensagens instantâneas em tempo real). Cf. MENSAGEIROS INSTANTÂNEOS - [Em linha], atual. 10 jul. 2017. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://portal.uab.pt/gestaoacademica/glossary/mensageiros-instantaneos/>.

²⁰³ Esta não é propriamente dita uma rede social, mas é integrada no leque de modalidades de rede social, pelo simples facto de ter alguns elementos constituintes de uma rede social. É uma ferramenta para páginas de internet, que tem como fito, promover debates por meio de mensagens publicadas, abordando uma questão. É denominada esta ferramenta de “comunidade ou board”, criada em 1987, por John Smith. E nesta, os fóruns de discussão organização em duas divisões: a primeira faz a divisão por assunto, e a segunda, uma divisão do assunto em tópicos. E as mensagens ficam ordenadas de forma decrescente por data, da mesma forma que os tópicos ficam ordenados pela data da última postagem. É necessário efectuar um processo de registo. É ainda necessário aceitação para o usuário estar registado, depois do registo feito com sucesso, É-lhe apresentado um formulário que deverá preencher, uma senha,

As *redes sociais virtuais* são fundamentalmente grupos ou espaços específicos na internet, que permitem partilhar dados e informações, sendo estas de carácter geral ou específico, das mais diversas formas (como por ex. texto, arquivos, imagens, fotografias, vídeos,..etc.).

Foi preciso passar por estes pontos, porque pensamos ser bastante crucial para melhor compreensão da concreta e eficaz atuação do agente encoberto em ambiente digital/virtual, isto é, da actuação daquele agente na rede social virtual Facebook, que é a rede que escolhemos tratar neste percurso investigativo. Daqui em diante, até ao fim deste trabalho, dedicar-nos-emos, na atuação do agente encoberto nesta rede. E para isso necessitamos de fazer, ainda que singela, uma mais detalhada abordagem sobre os aspectos cruciais da mesma rede, e só assim então cingir-mo-nos ao cerne do objecto do nosso trabalho, que é a validade e valoração da atuação do agente nesta rede social virtual, o Facebook.

5.1.2. AS ACÇÕES ENCOBERTAS NA REDE SOCIAL FACEBOOK

O Facebook é uma rede social virtual de relacionamento, também utilizada atualmente, cada vez mais, para fins profissionais. Foi fundada por Mark Zuckerberg e os seus colegas de quarto da faculdade (Eduardo Saverin, Dustin Moskovitz e Chris Hughes) em 4 de Fevereiro de 2004²⁰⁴. Inicialmente a rede estava limitada apenas aos próprios fundadores, depois alargou-se para os estudantes da universidade de Harvard, mais tarde, estendeu-se para outras Universidades/faculdades na área de Boston, da Ivy League e da Universidade Stanford, depois então, foi expandida, para outras universidades, estudantes do ensino médio e finalmente em 11 de Setembro de 2006, passou a estar disponível para qualquer pessoa do mundo, com pelo menos treze anos de idade. Actualmente é a rede social mais utilizada em todo mundo, por usuários ativos mensais²⁰⁵. Em Maio de 2011, teve uma queda total de Sete milhões

e-mail e o código de verificação. (que serve para impedir programas automáticos de se cadastrarem no fórum). E nesta ferramenta, maior parte delas, exige-se cadastro para fazer/efectuar postagens os usuários registados denominam-se de “membros ou foristas”. Embora existem fóruns que não necessitam de cadastro para (criação de conta para postagem, mas é aconselhado ou persuadido à cadastrar-se). E em último aspecto e não menos importante, existem dois tipos de fórum, que são: o público e o privado. Cf. Fóruns, tópicos e postagens - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://forum.vbulletin.com/help?faq=vb3_board_usage#faq_vb3_forums_threads_posts>.

²⁰⁴Cf. Aspectos gerais sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/>.

²⁰⁵ Cf. Facebook atinge os 2 bilhões de usuários - [Em linha], atual. 27 jun. 2017. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/facebook-atinge-os-2-bilhoes-de-usuarios.ghtml>.

de usuários (nos EUA e Canadá)²⁰⁶. Em 2009, foi introduzido o recurso ou funcionalidade “nome do usuário” e a sua escolha a critério do próprio usuário²⁰⁷. Rede social, que ano após ano evoluía de forma muito rápida, e esta evolução estava associada a criações de várias funcionalidades e recursos (como por ex; Facebook chat, webcam/ vídeo webcam, (serviço de vídeo chamada- em parceria com o Skype). Em Fevereiro de 2014, comprou a WhatsApp, compra mais recente, a seguir a do Instagram²⁰⁸. Em Junho de 2017, atingiu mais de dois bilhões de usuários, portanto, nos dias de hoje ultrapassa o número de habitantes do país mais populoso do mundo (que como sabemos é a China).

Sobre o seu funcionamento e recursos, podemos aqui realçar que, esta rede social virtual, é de cariz gratuita, e a sua principal fonte é a publicidade, incluindo banners. As suas funcionalidades são; o mural²⁰⁹, presentes²¹⁰, botão curtir/gostar²¹¹, market

²⁰⁶ Cf. Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>. E cf também DOUG GROSS - Is Facebook growth stalling in North America? [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://edition.cnn.com/2011/TECH/social.media/06/13/facebook.dropping.america/index.html/>.

²⁰⁷ Aqui está um dos problemas desta rede social, porque se fosse solicitado, a cada pessoa que quisesse se cadastrar, inserisse com obrigatoriedade o seu nome próprio, e por sua vez solicitassem a confirmação deste nome, para assegurar a veracidade do mesmo, então, pensamos que, reduziria o impacto da criminalidade nesta rede... daí que, esta prerrogativa fomenta o aumento dos crimes nesta rede. Este pormenor, que entre nós faz toda a diferença, permitiria em nossa humilde opinião, reduzir os frequentes crimes virtuais (como por ex. Roubo de identidade ou os denominados perfis falsos ou ainda “fake” com o intuito de burlar, chantagear e até mesmo sequestrar pessoas – sejam elas maiores ou menores de idade, que maior parte dos casos que temos assistido terminam sempre em tragédias (em morte)). Cf. Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>. E cf também. Aspectos gerais sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/>.

²⁰⁸ Que entre nós, pensamos ser facilitador dos cibercriminosos e dos próprios crimes virtuais, que como supra nos referimos. Cf. Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>.

²⁰⁹ É um espaço na página de perfil do usuário que permite aos amigos postar mensagens para os outros verem e comentarem e quiserem. Ele é visível para qualquer pessoa com permissão para ver o perfil completo, e posts diferentes no mural aparecem separados no “feed de notícias”. Cf. Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>.

²¹⁰ Este recurso foi adicionado em fevereiro de 2007, (também denominados de Gifts), no essencial, são pequenas imagens desenhadas por Susan Kare, e estas são disponibilizadas nas lojas de presentes virtuais do facebook e adicionado uma mensagem. Estes tais gifts têm um custo de 1 dólar, mas, é ofertado aos novos usuários, como um presente de boas vindas, e este presente depois ficará disponível na página deste, que depois poderá enviar a um outro usuário (seja amigo ou família) para presentear o mesmo. Cf. Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>. E cf também. Aspectos gerais sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/>.

²¹¹ Este serve essencialmente para que os usuários possam curtir/gostar de certos comentários, fotos, links, compartilhados por amigos e propagandas que aí estiver. Permitem também, o compartilhamento de conteúdo do site com os amigos. Cientistas criticam esta funcionalidade, apontando que, curtidas podem não ser reais. Até fevereiro de 2016, foi criado novo tipo de reações dentro deste recurso, ou seja, palavras geradas de forma personalizada, como por ex. “triste, raiva, amei, haha”, Cf. Aspectos gerais sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em

place²¹², toque²¹³, status²¹⁴, eventos²¹⁵, aplicativos²¹⁶, Facebook vídeo²¹⁷, Facebook Messenger²¹⁸, em memória de²¹⁹.

Sobre as *críticas* e *controvérsias*, o Facebook tem, sido palco de inúmeras críticas, principalmente por denúncias de que teria colaborado com o programa de vigilância eletrônica conhecido como Prism²²⁰, da agência de segurança nacional estadunidense,

WWW:<URL:https://about.fb.com/>. E cf também ARRUDA, Wellington - Facebook lança reações de afeto em meio ao isolamento social - [Em linha], atual. 17 abr. 2020. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/152216-facebook-lanca-reacoes-afeto-meio-isolamento-social.htm>. E recentemente (2020) foi lançada a palavra “força”, oriunda da situação que vivemos nos dias de hoje (pandemia do coronavírus). Cf. ARRUDA, Wellington - Facebook lança reações de afeto em meio ao isolamento social - [Em linha], atual. 17 abr. 2020. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/152216-facebook-lanca-reacoes-afeto-meio-isolamento-social.htm>.

²¹² Foi criado em 2007, permite aos usuários publicar classificados gratuitamente e somente dentro das seguintes categorias: for sale (à venda); housing (imoveis), jobs (emprego); e other (outros), e estes podem postados em diferentes formatos. Cf. Facebook Adds «Marketplace» of Classified Ads - [Em linha], atual. 12 mai. 2007. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://phys.org/news/2007-05-facebook-marketplace-ads.html>.

²¹³ Este recurso permite que os usuários enviem toques uns aos outros. É uma forma de interagir com o outro usuário.

²¹⁴ Este permite aos usuários informar a seus amigos e a membros de sua comunidade coisas que acha interessante, (como por ex. vídeos, fotos e links).

²¹⁵ São uma forma que os membros têm de informarem seus amigos, sobre os próximos eventos em sua comunidade, para organizar encontros sociais ou simplesmente para manifestar seu sentimento do momento. Cf. . Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>. E cf também. Aspectos gerais sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/>.

²¹⁶ Esta funcionalidade foi lançada em Maio de 2007, prevê o Framework. Para desenvolvedores criarem aplicações que interajam com os recursos internos do facebook (como por ex.; jogos de xadrez e scrabble). Cf. . Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>. E cf também. Aspectos gerais sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/>.

²¹⁷ Permite partilhar vídeos somente dentro do facebook, este surgiu devido a concorrência com a rede social virtual Myspace. Em 2015, foi lançado o serviço de “live mentions” (ou seja, pessoas públicas da rede social podem agora realizar conversas ao vivo, shows, enquanto fãs comentam, compartilham e curtem em tempo real), são as vulgarmente denominadas de “lives ou famosas lives”. Que neste momento da pandemia, tem sido a fonte de distrações das pessoas (algumas têm cariz positiva- por exemplo aquelas em que tratam de temas actuais como saúde preventiva, o aumento de crimes virtuais devido o isolamento social físico, etc., mas também têm cariz negativa-quando por exemplo, utilizam para difamar a vida de outrem, muitas das vezes mesmo a ofender figuras publicas durante todo o live...etc.). cf. Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>. E cf também. Aspectos gerais sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/>.

²¹⁸ Foi lançado em agosto de 2011, para os sistemas operativos android e ios, e um outro para blackberry. Esta permite trocar mensagens instantâneas, em tempo real, permite conversar, mensagens a serem enviadas e recebidas com notificações. Cf. Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>. E cf também. Aspectos gerais sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/>.

²¹⁹ E em derradeira funcionalidade, foi criada esta, com o fito de recordar as pessoas falecidas “em memória de”, trazendo recordações e saudades para amigos e entes queridos. Cf. Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>. E cf também. Aspectos gerais sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/>.

²²⁰ É um dos programas dos sistemas de vigilância global da NSA. PRISM: O Sistema Americano que regista tudo o que fazemos - [Em linha], atual. 17 jun. 2013. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://pplware.sapo.pt/informacao/prism-o-sistema-americano-que-regista-tudo-o-que

conhecida como NSA. Houve mesmo comprovação da participação do Facebook e de outras empresas, nos programas de vigilância revelados por Edward Snowden²²¹.

O Jornal “The Whashington Post” acentuou que, o documento tornado público por Edward Snowden, mostrou que o programa Prism é fonte primária de inteligência usada nos relatórios de análise da NSA. E actualmente a NSA utiliza o Keyscore, que permite de forma mais abrangente interceptar qualquer atividade Online.²²²

Levantaram-se ainda controvérsias ligadas à privacidade dos usuários da rede em análise, o Facebook, concretamente ligadas ao roubo de identidade, à segurança de crianças que podem ser facilmente vigiadas por predadores tendo acesso até a fotos destas e ainda os famosos casos de indivíduos usando falsas identidades para intimidar, chantagear, obter dados pessoais e outros casos semelhantes, e ainda fomentam a chamada escravatura moderna ou ciberescravatura²²³. Críticas

fazemos/>. E cf. também. Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA - [Em linha], atual. 14 fev. 2014. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>.

²²¹ É um ex-técnico de sistemas da CIA e Ex-contratado da NSA, acusado de espionagem por tornar público informações sigilosas de segurança dos Estados Unidos da América e revela em detalhes alguns dos programas de vigilância que o país usa para espionar a população americana – utilizando servidores de empresas como Google, Apple e facebook. – e vários países da Europa e da América latina, entre eles Brasil, inclusive fazendo o monitoramento de conversas da Ex-presente Dilma Rousseff com seus principais assessores. E esta revelação deu-se através dos jornais the Guardian e the washigton post. E ainda o documentário bastante ilustrativo que “Citizenfour”, dirigido por Laura Poitras, que venceu o Oscar de melhor documentário em 2015, este no essencial abordava sobre a extensão da vigilância global e espionagem pelos estados unidos, feitos através da NSA, bem como, em filmagem feita durante o desenrolar dos eventos, documenta ainda «, como se deram os encontros com Snowden antes e depois da sua identidade ter sido revelada ao publico. Cf. Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA - [Em linha], atual. 14 fev. 2014. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>.

²²² Em novembro de 2019, foi publicado, uma reportagem de empregadas (trabalhadoras) domésticas à venda: investigação feita pela equipa da BBC News (subsidiaria da British broadcasting corporation no brasil) no Kuwait, esta investigação, revela mercado Online de escravas. Redes sociais e ou aplicativos pertencentes a rede social mãe facebook (como; Instagram, Google e Apple), possibilitam a criação de um mercado digital ilegal de escravos, ao aprovar e disponibilizar aplicativos usados para a compra e venda de trabalhadoras domesticas no Golfo (e sem a autorização/conhecimento das mesmas). Segundo entrevista cedida a equipa da BBC News, feita a Urmila Bhoola (relatora da ONU, ligada ao gabinete de assuntos de escravidão moderna ou novas formas de escravatura, esta acentuou que, estes indivíduos violam as leis do kuwait e internacionais de escravidão moderna. Nesta reportagem também, permitiu-se observar que para além daquelas redes e ou aplicativos, existiam mais aplicativos que se dedicavam a esta pratica ilícita, como o foursale ou 4sale, e neste havia uma funcionalidade especificamente dedicada a esta pratica, inclusive até a equipa constatou que as crianças também são objecto de venda, alias esta reportagem, presenciou um resgate e volta de “fatou” uma rapariga de 16 anos de idade, que foi para o kuwait com promessa de trabalho como babá na china, e acabou em mãos de traficantes, até a data que a equipa “a” conseguiu resgatar e mandar de volta para a Guiné-Conacri sua terra natal. Cf. Empregadas à venda: investigação da BBC revela mercado online de escravas - Kuwait, Nov. 2019. [Em Linha] [Consult. 15 Dez. 2019] Disponível em WWW:<URL:https://www.youtube.com/watch?v=txRG90jkOdY>.

²²³ Cf. Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>. E cf também. Aspectos gerais sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/>.

expandem-se também sobre a incapacidade de encerrar contas sem que o Facebook mantenha os dados pessoais do usuário para a companhia Facebook, mesmo quando o usuário apaga a sua conta²²⁴. E em 2010, foi demonstrado que, mesmo que a informação não se destinasse a ser pública, qualquer pessoa poderia ter acesso a informações salvas em um perfil no Facebook²²⁵. Segundo os jornais supra mencionados, o Facebook, tem fornecido voluntariamente informações dos seus usuários em resposta a solicitações de governos e autoridades locais, estaduais e federais para investigar pessoas, crimes, determinar localização de indivíduos, provar ou refutar alibis e revelar comunicações²²⁶.

Outro problema que está ligado a esta rede social, é o escândalo da Cambridge Analytica. Este escândalo foi crucial para o reforço das normas éticas nas empresas de mídias sociais, organizações de consultoria política e dos políticos. Desta forma, contribuindo para uma maior proteção do usuário da mídias Online e direito à privacidade, bem como restringindo desta formação e a propaganda. No essencial, o que estava na base deste escândalo, era a coleta de informações pessoalmente identificáveis de 87 milhões de usuários do Facebook que a Cambridge Analytica começou a recolher em 2014, de forma indevida²²⁷. E estes dados foram usados para influenciar a opinião de eleitores em vários países para ajudar políticos a influenciarem eleições nos seus países. E este escândalo foi fruto de uma investigação feita pela channel 4news²²⁸. O *Facebook* respondeu, inicialmente, pedindo desculpas e de seguida referiu que, não vendeu os dados pessoais dos usuários à Cambridge,

²²⁴ Por conta desta situação esta rede social foi várias vezes processada. Cf. Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>. E cf também. Aspectos gerais sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/>.

²²⁵ Foi a partir de um trabalho feito pela electronic frontier Foundation. Cf. RICHARD ESGUERRA - A Handy Facebook-to-English Translator [Em linha], atual. 28 abr. 2010. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.eff.org/deeplinks/2010/04/handy-facebook-english-translator>. E cf. também, Obtaining and Using Evidence from Social Networking Sites - [Em linha], atual. 3 mar. 2010. [Consult. 27 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.eff.org/files/filenode/social_network/20100303__crim_socialnetworking.pdf>.

²²⁶ Cf. Obtaining and Using Evidence from Social Networking Sites - [Em linha], atual. 3 mar. 2010. [Consult. 27 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.eff.org/files/filenode/social_network/20100303__crim_socialnetworking.pdf>.

²²⁷ Uma das lesadas foi a Amazon.Com, e por conta disto, decidiu suspender a Cambridge analytica de utilizar os seus serviços. Cf. CADWALLADR, Carole - Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach [Em linha], atual. 17 mar. 2018. [Consult. 27 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>. E cf. também, Cf. Notícias/informações sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>.

²²⁸ Cf. CADWALLADR, Carole - Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach [Em linha], atual. 17 mar. 2018. [Consult. 27 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>.

dizendo ainda, que se esta coletou tais dados, foi de forma inadequada²²⁹. Em 2015, o “Jornal The Guardian”, noticiou que o político norte-americano Ted Cruz estava a usar dados provenientes desta coleta indevida, e os usuários não tinham conhecimento que os seus dados pessoais estavam a ser utilizados para fins políticos²³⁰. Em Março de 2018, foi possível ligar o Facebook a estes esquemas devido aos relatórios que o New York Times, o The Guardian e o Channel 4News apresentaram sobre a violação de dados com novas informações de que um ex-funcionário da Cambridge Analytica, Christopher Wyell, forneceu, possibilitando informações mais claras sobre o tamanho da violação de privacidade, a natureza das informações pessoais roubadas e a comunicação entre a Facebook, Cambridge Analytica e os representantes políticos que haviam contratado a empresa Cambridge Analytica para utilizar dados para influenciar a opinião do eleitor. E ainda estas fontes jornalísticas, informaram que, a partir de 17 de Março de 2018 os dados estavam disponíveis na internet aberta e disponíveis na circulação geral. O outro caso incluído no escândalo é relativo ao referendo sobre a permanência do Reino Unido na UE em 2016. Por conta destes escândalos, em abril de 2018, foi implementado o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da UE²³¹.

No entanto o Facebook como rede social, continua a permitir a conexão e a ligação entre pessoas que há muito não tinham contacto. É atualmente a rede social mais bem-sucedida, comparando com as atuais redes e anteriores redes sociais. Cerca de 44% da população estadunidense (EUA) obtém notícias a partir desta rede²³².

²²⁹ Cf. NEWTON, Casey - Facebook scandal «hit 87 million users» [Em linha], atual. de abril de 2018. [Consult. 27 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.bbc.com/news/technology-43649018>.

²³⁰ Informação DAVIES, Harry - Ted Cruz using firm that harvested data on millions of unwitting Facebook users [Em linha], atual. sexta feira de dezembro de às 22h22. 2015. [Consult. 27 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.theguardian.com/us-news/2015/dec/11/senator-ted-cruz-president-campaign-facebook-user-data>.

²³¹ Hoje em dia já se encontra em toda e qualquer instituição em todo o país, o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (RGPD) n.º2016/679, é um regulamento do direito europeu sobre privacidade e proteção de dados pessoais, aplicável a todos os indivíduos na UE e EEE (espaço económico europeu que foi criado em 2018). E não só prevê a proteção destes dados pessoais para fora da UE e EEE, tem como fito este RGPD, conceder aos cidadãos nacionais e residentes, forma de controlar os seus dados pessoais e verificar o quadro regulamentar europeu. Com a entrada deste diploma, revogou-se a directiva de proteção de dados pessoais de 1995 (95/44/CE). Cf. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) - [Em linha], atual. de maio de 2016. [Consult. 27 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2016:119:FULL>.

²³² Infelizmente esta tendência nos dias de hoje tem acontecido por todo o mundo. Hoje é muito frequente, ficarmos a saber de informações, em qualquer dimensão ou proporção nas redes sociais. E muito mais tarde, ser noticiado pelos jornais oficiais. Sendo estes últimos como sendo meios ou pontos de confirmação de informação de que anteriormente fora publicitada.

Outro aspecto que importa referir são os impactos emocionais, que esta rede pode produzir, temos desde logo, efeitos negativos ligados a autoestima, provocando sensações de inveja e de solidão²³³. Outro impacto tem que ver com a dissonância cognitiva dos usuários de redes sociais, ao dividirem o seu tempo, utilizando rede social e interagindo no mundo real, as pessoas tendem a partilhar nesta rede social, aspectos relativos as suas vidas, amor e relações, que depois têm as suas consequências (maior parte das vezes, pagando muito caro).

Outro impacto de natureza política desta rede social, que importa referir foi o que aconteceu no Egito, em 2011, devido à página criada nesta rede, “We are all khaled said”. Depois deste surgiram mais movimentos revolucionários.

Depois de nos termos debruçado sobre alguns aspectos estruturantes da rede social virtual que é o *Facebook*, que pensamos serem essenciais para um melhor entendimento, mas também um melhor enquadramento do contexto do problema que nos propomos tratar, é que podemos, nos dedicar ao fulcro do nosso tema, ou seja, à análise da actuação do agente encoberto na rede social virtual Facebook.

²³³ Referem os estudos feitos pela universidade de Utah., cf. Aspectos gerais sobre a rede social Facebook - [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/>.

6. DA VALIDADE E VALORAÇÃO DE OBTENÇÃO DE PROVA EM REDES SOCIAIS VIRTUAIS, EM ESPECIAL NA REDE SOCIAL FACEBOOK.

A facilidade com que a revolução digital propiciou a que uma grande massa da população passasse a ter acesso às novas tecnologias de computadores de uso pessoal e à rede mundial internet, trouxe, também, diversos problemas para a sociedade. Dada as suas características, a internet permite e/ou facilita a prática de numerosos tipos de crimes informáticos de cariz transnacional, o que dificulta ainda mais a aplicação do direito. Não se trata apenas de ataques de hackers, de ações de programa extremista, de crimes de ciberpedofilia e da criminalidade organizada, mas também de ciberguerra/ciberterrorismo²³⁴ e de ciberespionagem. Crimes virtuais ou cibernéticos são atos praticados ilicitamente com o intuito de roubar, ofender, denegrir, prejudicar, abusar psicológica ou fisicamente outro indivíduo. Assim, a internet é um conjunto de computadores associados a (World Wid Web) Web, e é nessa Web, que se reproduzem as apelidadas “redes sociais”. As redes sociais como acima detalhamos, são estruturas constituídas por pessoas ou organizações que partilham interesses, motivações, valores, gostos e objectivos comuns. Este sistema de rede é mantido e partilhado através da comunicação partilhada pelos seus membros. Portanto, elas avigoram as relações sociais, e por isto mesmo é motivo para sermos mais cautelosos quando partilhamos e/ou compartilhamos determinados ficheiros (como por ex. fotos/imagens, vídeos...etc) quer seja em chats ou outro meio qualquer, de modo a prevenirmos a nossa privacidade, que desde já se encontra tutelada na nossa constituição. (art.º 26.º, n.º1 da CRP) e esta, por sua vez, tem o seu cerne no princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1.º da CRP)²³⁵.

Daí que os órgãos de investigação criminal devem estar a par destas situações/fenómenos que ocorrem nas redes sociais por forma a garantir segurança jurídica e justiça.

As partilhas/compartilhamentos de dados em sites de relacionamentos em geral, têm como que um duplo carácter, ou seja, é simultaneamente exposição da esfera em si e constitui a esfera de privacidade do indivíduo.

²³⁴ CALLEJA, Álvaro Manuel Monge - A Investigação Criminal Face à Globalização e o Cibercrime. Revista Semestral de Investigação Criminal- Ciências Criminais e Forenses N.º 11. Ensaios e Estudos. Lisboa. 2017, p. 175.

²³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra : Coimbra editora, 2014, referimo-nos concretamente a anotação ao artigo 1.º da CRP, Vol I Artigos 1.º-107.º.

Segundo Danni Sales Silva, “os sites de relacionamento criam a sua particular divisão das esferas de privacidade, que podem ser facilmente controladas e compreendidas pelos usuários. Quanto a rede que é objecto do nosso estudo, o Facebook, as informações/conversas são trocadas e divulgadas em três grandes planos”²³⁶: *informações/conversas públicas, restritas e privadas* (tal como supra detalhamos).

As informações/conversas públicas, tal como o nome já infere, são aqueles dados patentes, partilhados sem limite algum aos demais utilizadores/usuários. Já as restritas, – nesta existe um numero limitado de utilizadores que podem ter acesso a tais dados partilhados carecendo de prévia autorização do utilizador que partilha. E as privadas ao contrário das públicas, pertencem a orla especial do utilizador, apesar de estarem na web. No fundo é observável em cada plano, seja de todo, médio ou mínimo por parte do indivíduo a exibição da sua intimidade. Assim, a prova obtida pelos órgãos de persecução criminal em cada um dos planos possa conflitar com o direito a privacidade do investigado. Apraz-nos mergulhar em cada um dos planos, de modo aferir a validade e valoração da prova obtida na rede social Facebook.

6.1. INFORMAÇÕES/CONVERSAS PÚBLICAS

O conceito de “público” centra-se na ideia de acessibilidade, tudo o que vem a público está acessível a todos, pode ser visto e ouvido por todos, ou seja, o termo “público”, centra-se na ideia de comum, popular, vulgar, geral, etc. daí que, informações/conversas públicas- são aquelas acessíveis a todos ou que podem ser vistos ou ouvidos por todos. Aqui predomina o princípio da publicidade em site de relacionamento, quando exista partilha e ou compartilhamento de dados ou mensagem enviada a vários usuários indeterminados e sendo de livre acesso a outros destinatários/utilizadores e ou usuários. O acesso à informação/conversa aqui como podemos constatar, é liberado a todos abarcando a autoridade policial e o Ministério Público. Pensamos que é inquestionável a violabilidade do direito de privacidade ou intimidade da vida privada de um utilizador que exhibe de todos dados susceptíveis de atentar a sua privacidade ou intimidade pelo que, se o utilizador que exhibe dados susceptíveis de atentar a sua privacidade de forma aberta no Facebook é porque de alguma forma consente a intromissão, e se consente por maioria de razão não merece

²³⁶ SILVA, Danni Sales - Da Validade Processual Penal das Provas obtidas em Sites de Relacionamento e a Infiltração de Agentes Policiais no Meio Virtual. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol.120, 2016, p.3.

tutela. É evidente, que aqui nem se coloca a questão da validade da prova obtida pelos órgãos de investigação criminal, porque entendemos que de facto não existe qualquer privacidade a ser tutelada. Neste tipo de informação, em sites de relacionamento, que possibilitam a fácil captura de informação, os órgãos de persecução criminal, não carecem de autorização ou ordem judicial para os captar, pelo que o próprio utilizador consentiu. Portanto, a obtenção e utilização dessa prova não viola a intimidade do investigado dado que ele próprio facilitou essa obtenção.

6.2. INFORMAÇÕES/CONVERSAS RESTRITAS

É uma informação sigilosa a qual o acesso é limitado a classes específicas de pessoas. Nesta, a obtenção de prova a cargo dos órgãos de persecução num site de relacionamento infringe o direito à intimidade, que por sua vez está consagrado no art.º 26.º, n.º 1 da CRP, ou seja, se o indivíduo que publica no Facebook fotos, vídeos ou outros dados ou informações quaisquer, tendo presente que a estas informações somente um limite de utilizadores tem acesso a elas, é consensual que este indivíduo não ia gostar de saber que um dos membros integrantes do seu grupo é um agente de polícia que atua sobre identidade fictícia online (usa um perfil falso), e que por isso teve acesso a este grupo, porque caso contrário não seria membro. Portanto, existe uma relação de confiança do indivíduo aos integrantes do seu grupo. Mas é certo que, se tais informações integram a esfera de “segredo”²³⁷, porque razão o indivíduo partilha na web com este grupo de utilizadores se ele sabe que ao autorizar o acesso de outros utilizadores, possibilita a esses a compartilharem estas informações com outros utilizadores (fora do grupo).

Portanto em site de relacionamento (no Facebook), as provas obtidas pelos agentes encobertos devido à partilha de informações por parte do indivíduo a este grupo limitado de usuários, não viola a intimidade deste indivíduo, pelo que se era segredo ele ao partilhar com este grupo ainda que limitado perde a essência do conceito. Assim tal prova obtida a cargo dos órgãos competentes para o efeito em site de relacionamento será partida válida, e conseqüentemente valorada atendendo aos critérios de razoabilidade.

²³⁷ Cf. Idem. P.4

6.3. INFORMAÇÕES/CONVERSAS PRIVADAS

São aqueles dados ou mensagens confidenciais, sigilosas ou secretas, ou seja, aquela que integra a orla especial do indivíduo. É possível que o utilizador de um site de relacionamento determinado, mantenha informações indisponíveis a todos, ou seja, em visualização privada.

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada está consagrado no elenco de direitos, liberdades e garantias da nossa Constituição da República, no art.º 26.º, n.º 1. bem como em inúmeros documentos internacionais e europeus. Este direito de personalidade está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana (princípio norteador do nosso ordenamento jurídico, que se encontra consagrado no art.º 1.º da CRP), que se traduz na simples qualidade de ser humano, independente de qualquer outra condição, na medida em que a dignidade da pessoa pressupõe que o indivíduo beneficie de um espaço de privacidade, quer no âmbito da vida doméstica, familiar, sexual ou afectiva²³⁸.

Segundo Danni Sales Silva, “o internauta poderá trocar informações sigilosas por meio de um diálogo oculto, privado e bilateral”²³⁹.

É consensual entre nós que, no âmbito destas informações só é válida a intrusão pelo órgão de persecução penal (incluindo o agente encoberto) caso exista uma autorização da autoridade judiciária para o efeito. Caso contrário tal intrusão padecerá de invalidade com fundamento na violação do direito à intimidade da vida privada (nos termos do art.º 32.º, n.º 8 da CRP).

Portanto, na rede social Facebook, tal intrusão do agente encoberto em busca de prova, que resida no manto da intimidade do investigado, visado, suspeito e ou arguido, se for feita sem autorização da Autoridade Judiciária não poderá ser valorada pois não é válida. Mas, solução diferente terá, se a mesma observa tal autorização, neste caso poderá eventualmente ser válida e consequentemente valorada, desde que cumpra com as limitações de princípios como dignidade da pessoa humana, critérios

²³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra editora, 2014, referimo-nos concretamente a anotação ao artigo 1.º, 18.º e 26.º da CRP, Vol.I Artigos 1.º-107.º.

²³⁹ SILVA, Danni Sales - Da Validade Processual Penal das Provas obtidas em Sites de Relacionamento e a Infiltração de Agentes Policiais no Meio Virtual. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol.120, 2016, p. 4

de proporcionalidade isto é, idoneidade, necessidade e justa medida. Princípios, estes que serão aflorados no ponto seguinte.

6.4. PRINCÍPIOS-LIMITE A ATUAÇÃO DO AGENTE ENCOBERTO EM AMBIENTE DIGITAL

6.4.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Este princípio vem consagrado no art.º 1 da CRP e também no art.º 1.º da DUDH, é reevocada algumas vezes (vejam-se os art.º 13.º, n.º 1 e 26.º, n.º 2 alínea e) todos da CRP). Definir o conceito e determinar o conteúdo deste princípio tem-se revelado das mais árduas tarefas no estudo dos direitos fundamentais e naquilo que de facto releva para o tema no uso de métodos ocultos de investigação criminal²⁴⁰.

Segundo Jónatas Machado, a dignidade da pessoa humana “representa uma síntese, dotada de elevado grau de generalidade e abstração, dos principais desenvolvimentos teleológicos, filosóficos, ideológicos e teórico-políticos resultantes da reflexão multiseular em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades, exigências e objectivos espirituais, morais, racionais emocionais, físicos e sociais, juntamente com as suas limitações e necessidades, devem assumir na conformação da comunidade política”²⁴¹.

O Tribunal Constitucional português explica este princípio em articulação com a igualdade (daí, o uso que tem feito da formula «igual dignidade»)²⁴² e com a exigência de condições mínimas indispensáveis para uma existência condigna²⁴³.

Sendo assim, com este princípio o que se visa é a máxima exclusão de validação e conseqüente valoração de provas que adquiridas em sites de relacionamento (no *Facebook*) que lesem a dignidade do investigado.

²⁴⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra editora, 2014, referimo-nos concretamente a anotação ao artigo 1.º, 18.º e 26.º da CRP, Vol. I Artigos 1.º-107.º.

²⁴¹ MACHADO, Jónatas Mendes - Liberdade De Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 358-359.

²⁴² ALEXANDRINO, José Melo - A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa - A Construção Dogmática. Lisboa: Almedina Editora, Vol. II 2006, pp. 580-584.

²⁴³ ALEXANDRINO, José Melo; MIRANDA, Jorge - Grandes Decisões do Tribunal Constitucional Português. Jurisprudência Constitucional. N.º14. Lisboa. 2007, pp. 8-17.

6.4.2. TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Tendo nascido no âmbito do direito administrativo e do direito de polícia, este princípio tornou-se ao longo do século XX, uma das ferramentas mais notáveis do direito público, atravessando hoje múltiplos ramos do direito, tanto no plano interno como no plano internacional²⁴⁴.

Com inúmeros afloramentos e alusões no texto constitucional (em especial nos artigos 18.º, n.º 2 e 3, 19.º, n.º 3, 4 e 8, 266.º, n.º 2, 272.º, n.º 2 e 282.º, n.º 4), este princípio está particularmente presente no funcionamento do sistema de direitos fundamentais. Hoje constitui a referência fundamental por onde passa o controlo da actuação do Estado, em particular no que respeita ao enquadramento dos limites e das restrições aos direitos, liberdades e garantias²⁴⁵ e em geral de qualquer outras afectações dos direitos fundamentais.

O fundamento do princípio da proporcionalidade encontra-se nas referências valorativas que animam a essência do estado de direito: liberdade, autonomia, igualdade, justiça. Na doutrina tem-se debatido o facto de este princípio ter fundamento directo no princípio da «dignidade da pessoa humana» ou no dito «princípio da repartição» (segundo o qual, no Estado de direito, a liberdade seria ilimitada e a ingerência do Estado na liberdade seria a excepção).

É entendimento da doutrina que, a regulamentação de métodos ocultos de investigação criminal, que restringem direitos fundamentais, está sob égide do legislador em função da proporção do método, que obriga a uma “filtragem” do tipo de crimes e das circunstâncias da sua prática, plausíveis de fundamentarem tal restrição abrangida pela norma²⁴⁶.

Segundo David Ramalho, “o legislador poderá, para o efeito recorrer a fórmulas como «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 art.º 187.º, n.º 1 do CPP), quando se tornar necessário à produção de

²⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis - *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 729.

NOVAIS, Jorge Reis - *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 161-165.

²⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 2018, pp 448- 463.

²⁴⁶ RAMALHO, David Silva - *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*. Coimbra: Almedina Editora, 2017, p. 228.

prova, tendo em vista a descoberta da verdade» (cf. art.º 15.º, da Lei do Cibercrime), «sendo necessário» (cf. art.º 19.º, n.º 2 da Lei do Cibercrime), «quando tiver grande interesse para a descoberta da verdade (cf. art.º 4.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro), entre outras»²⁴⁷.

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo constitui um verdadeiro superconceito (*oberbegriff*), superconceito este que tem sido tradicionalmente decomposto em três subprincípios e ou dimensões (como supra tratamos) a saber: adequação ou idoneidade; necessidade (indispensabilidade ou do meio menos restritivo); e o da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro *subprincípio da adequação ou idoneidade* significa que as medidas restritivas devem ser aptas ou idóneas para realizar o fim prosseguido pela restrição. Está aí em causa uma relação objectiva e empiricamente comprovável entre um meio e um fim, violando-se o subprincípio quando a medida restritiva se revelarem indiferentes ou contrários à realização do fim em vista²⁴⁸.

O segundo subprincípio da *necessidade (indispensabilidade ou do meio menos restritivo)* – constitui-se sem dúvida, o teste mais complexo, exigente e decisivo, significa que se deve recorrer ao meio menos restritivo para atingir o fim em vista. A indispensabilidade afere-se pela comparação entre os prejuízos provocados por esse meio e os prejuízos que seriam provocados pela utilização de um alternativo. O teste é complexo desde logo porque é em função de múltiplas variáveis. O teste é satisfeito, na situação optima, quando o meio seja o menos agressivo, seja o mais eficaz ou o igualmente eficaz e quando não existam efeitos colaterais negativos. Pelo contrário viola-se este subprincípio quando o meio seja mais agressivo (do que outro que pudesse ser usado), quando o meio seja menos eficaz do que outro que pudesse ser usado ou quando surjam efeitos colaterais negativos iguais ou superiores²⁴⁹.

Com o terceiro subprincípio, *a proporcionalidade em sentido estrito* (justa medida ou *stricto sensu*)- visa-se apurar o equilíbrio da relação entre a importância do fim visado e a gravidade do sacrifício imposto. Na verdade, uma medida pode ser adequada e

²⁴⁷ Cf. *Idem*, pp. 228-229.

²⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis - Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 167-169.

²⁴⁹ Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos - [Em linha] [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>.

necessária e ao mesmo tempo afectar de forma excessiva, intolerável ou desproporcionada o direito em questão. O essencial deste subprincípio da justa medida, tem a ver com a ideia de pesar ou sopesar, ou ainda de ponderar as vantagens presentes num determinado cenário de restrição, apresentando alguma semelhança com a análise económica dos custos/benefícios de uma decisão²⁵⁰.

É na fase de inquérito que se verifica de forma evidente a restrição de direitos fundamentais sacrificados em prol de interesses da investigação criminal, portanto é primordial que aí se aplique os critérios de razoabilidade de modo a combater determinados excessos, arbítrios que estas entidades possam ter. Daí que, tal princípio funciona como um limite a actuação do Estado.

Como refere Costa Andrade, «o cumprimento da proporcionalidade obriga a chamar à balança da ponderação um largo espectro de valores, interesses e contra-interesses», a eminência e dignidade dos bens jurídicos a salvaguardar bem como a idoneidade da medida para o conseguir²⁵¹. Portanto, com este princípio, o que se exige é que os órgãos de persecução criminal na obtenção de prova em determinado site de relacionamento, observem os critérios de razoabilidade dos métodos utilizados a descoberta da verdade, visto que, se não observarem determinados critérios tal prova padecerá de eventual invalidade.

6.4.3. PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE

Na maior parte dos casos, as provas obtidas em sites de relacionamento são produzidas pelo próprio acusado²⁵². Porém, ao investigado é concedido o privilégio de não produzir prova contra si mesmo e o direito de não prestar declarações (direito ao silêncio). E a questão a fazer é a seguinte: qual a validade processual penal da prova obtida no site de relacionamento (Facebook) produzida pelo acusado?

O princípio nemo tenetur teve a sua origem no Reino Unido, no século XVII (17), como reacção as práticas inquisitórias dos tribunais eclesiásticos. Foi posteriormente recebido na Bill of Rights dos EUA em 1791, tendo aplicação antes de existir acusação ou

²⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis - Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 182.

²⁵¹ Citado por RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, p. 227.

²⁵² SILVA, Danni Sales - Da Validade Processual Penal das Provas obtidas em Sites de Relacionamento e a Infiltração de Agentes Policiais no Meio Virtual. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol.120, 2016, pp. 8- 9.

audiência de julgamento²⁵³. Era visto fundamentalmente enquanto direito contra uma autoincriminação induzida pelo Estado. Vem também consagrado na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art.º 6.º, n.º 2)²⁵⁴ e no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos da ONU (art.º 14.º, III, al g)²⁵⁵. Entre nós, a origem deste princípio no processo penal é associado ao processo acusatório. Finalmente, com o Código de Processo Penal de 1877 (CPP), o direito ao silêncio, além de expressamente consagrado, adquire verdadeira efectividade prática, porque é acompanhado da interdição da valoração negativa do silêncio, da consagração de proibições de prova que impedem a utilização de provas obtidas com violação daquele direito, da proibição da utilização de declarações anteriores do arguido que se remete ao silêncio em audiência, bem como da obrigação de fundamentação das decisões judiciais.

Como sabemos a Constituição da República Portuguesa não tutela expressamente o “*nemo tenetur*”. Apenas está consagrado expressamente no CPP (como supra referido), na vertente do direito ao silêncio (art.º 61.º, n.º 1 alínea d), 132.º, n.º 2, 141.º, n.º 4 alínea a), 343.º, n.º 1 todos do CPP, apesar de não ter expressa previsão constitucional é entendimento unânime quer da doutrina e quer da jurisprudência que este princípio tem natureza constitucional implícita. E nesta senda, os fundamentos constitucionais do princípio podem distinguir-se em dois, segundo divisão da doutrina germânica: um fundamento material ou substantivo e um fundamento processual ou adjectivo. A nível da doutrina nacional prevalece o fundamento de natureza processual ou adjectiva. E dentro desta, podem distinguir-se várias nuances, configurando a maioria dos autores o direito ao silêncio como projecção da estrutura acusatória do processo e das garantias de defesa. Outros relacionam aquele direito com aspectos particulares destas garantias, tais como a presunção da inocência, e outros ainda sem afastar as garantias de defesa, reconduzem-no ao princípio do processo equitativo. Apesar de considerarmos que, o fundamento constitucional do *nemo tenetur*, seja de natureza processual ou adjectiva, isto não põe em causa o valor substancial intrínseco deste princípio, ou seja, este princípio protege igualmente, de forma mediata a

²⁵³ PINTO, Lara Sónia - Privilégio Contra A Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido. Prova Criminal e Direito de Defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra. 2010, pp. 99–102.

²⁵⁴ Cf. Artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos - [Em linha] [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>.

²⁵⁵ Cf. PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, art.º 14.º alínea g). - [Em linha] [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf>.

dignidade da pessoa e direitos fundamentais com eles relacionados²⁵⁶ (como direito à integridade pessoal e à privacidade).

É imperioso aqui também realçar, a posição da nossa jurisprudência do Tribunal Constitucional. Destacamos desde logo o acórdão do TC n.º695/95, que declarou inconstitucional o antigo n.º 2 do art.º 342.º, do CPP. E este fundamentou dizendo que “a essência das garantias constitucionais de defesa no processo penal é a exigência de tratamento do arguido como sujeito do processo e que a este é atribuído um direito de defesa nos termos do art.º 32.º, n.º 1 da CRP, que se efectiva e desenvolve através de direitos processuais autónomos a exercer durante o processo e que lhe permitem conformar a decisão final do processo”²⁵⁷.

Como sabemos o Processo Penal Português tem uma estrutura basicamente acusatória integrada e mitigada por um princípio de investigação do juiz. Assim o princípio *nemo tenetur* desdobra-se numa serie de corolários, o mais importante dos quais é o direito ao silêncio. Quer por razões históricas, quer pelo amplo acolhimento legal de que beneficia, pode afirmar-se que este direito ao constitui o núcleo do *nemo tenetur*, os seus titulares são o arguido e o suspeito. Este direito constitui assim um núcleo²⁵⁸ quase absoluto do *nemo tenetur*. Daí que, as concepções doutrinárias mais restritivas do princípio *nemo tenetur*, confundem este com o direito ao silêncio. Refere a doutrina que se pronunciou de forma mais detalhada sobre o princípio em causa, que este estabelece que “ninguém pode ser obrigado a contribuir para estabelecer a sua própria culpabilidade”²⁵⁹. É unânime na doutrina, que este princípio desdobra-se

²⁵⁶ RAMOS, Vânia Costa; DIAS, Augusto Silva - Fundamento Geral do Direito À Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Direito Processual Penal Português. [S.l.] : Coimbra Editora, 2009, pp.15-16.

²⁵⁷ E decisão foi pela inconstitucionalidade do n.º2 do art.º 342.º, por entender que “a imposição ao arguido do dever de responder a perguntas sobre os seus antecedentes criminais formulada no início da audiência de julgamento viola o direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa asseguradas no art.º 32.º/1 da CRP, cujo objectivo ultimo é a protecção da posição do arguido como sujeito do processo. E reitera esta posição em vários acórdãos como 155/2007, 181/2005 e 304/2004. E reforça ainda o TC, que tem sido este também o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH). Cf. RAMOS, Vânia Costa; DIAS, Augusto Silva - Fundamento Geral do Direito À Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Direito Processual Penal Português. [S.l.] : Coimbra Editora, 2009, p.16. Todos os Acórdãos estão disponíveis em [Em linha] Disponível em WWW:<URL:https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>.

²⁵⁸ RAMOS, Vânia Costa; DIAS, Augusto Silva - Fundamento Geral do Direito À Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Direito Processual Penal Português. [S.l.] : Coimbra Editora, 2009, p.21.

²⁵⁹ ANDRADE, Manuel Da Costa - Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. Pp.125-126. E cf. também PINTO, Lara Sónia - Privilegio Contra A Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido. Prova Criminal e Direito de Defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra. 2010, pp. 108–109.

em dois vectores, a saber: o direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação²⁶⁰.

Segundo Lara Sónia Pinto, “o privilégio contra a autoincriminação traduz-se no direito a não cooperar no fornecimento de quaisquer meios de prova para a sua incriminação. E este corresponde ao entendimento originário do privilégio. A jurisprudência do TEDH confirma a extensão do privilégio nestes termos, bem como a escassa jurisprudência do STJ encontrada. Enquanto, que o direito ao silêncio apenas abarca a colaboração do arguido na sua incriminação através de declarações sobre os factos que lhe são imputados”²⁶¹.

É indiscutível na doutrina, que o direito ao silêncio alcança outras formas de cooperação autoincriminatória que não só as declarações do arguido. O art.º 61.º, n.º 1 alínea d) do CPP, outorga que o direito ao silêncio abrange as declarações sobre os factos típicos que lhe são imputados. Na nossa doutrina discutem-se duas orientações do direito ao silêncio: *minimalista*, direccionada para as declarações do arguido em sentido estrito e sobre os factos que lhe são imputados (prova por declarações); *maximalista*, envolvendo as declarações por meio de documentos, de uma actuação²⁶², identificando-se num direito a não ser obrigado a fornecer prova da sua culpabilidade²⁶³.

Como já referimos atrás o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação não são totalmente idênticos, mas por vezes podem sobrepor-se ou até confundir-se, porque o direito a não cooperar pode ser alargado a todas as situações de cooperação com a justiça com carácter incriminatório; o direito ao silêncio abrange apenas a liberdade de declaração do arguido, que pode ser efectuada por meio de um documento ou actuação, se o direito ao silêncio não existisse, o arguido seria obrigado a declarar e cooperar sempre que estes actos não abrangessem conteúdo incriminatório.

²⁶⁰ PINTO, Lara Sónia - Privilégio Contra A Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido. Prova Criminal e Direito de Defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra. 2010, p.104.

²⁶¹ Cf. Idem, p.109.

²⁶² MENEZES, Sofia Saraiva - O Direito ao Silêncio: A Verdade por trás do Mito. Prova Criminal e Direito de Defesa : estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra. 2010, p. 120-122.

²⁶³ PINTO, Lara Sónia - Privilégio Contra A Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido. Prova Criminal e Direito de Defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra. 2010, pp. 108-109.

Reiteramos o supra referido que, o fulcro do *nemo tenetur* está no “respeito pela dignidade da pessoa humana”, o que privilegia ao acusado a condição de sujeito processual, e não a de objecto de investigação²⁶⁴.

Nos termos dos conjugados art.º 1.º, 2.º, 20.º n.º4, 25.º, 26.º e 32.º, n.º2 e 8, todos da CRP, não resulta que o investigado não possa produzir prova contra si mesmo, sendo que esta proibição apenas está a cargo do Estado. Ou seja, a lei proíbe a entidade “Estado” de coagir o investigado a se autoincriminar²⁶⁵.

Assim, se o investigado produzir prova contra si mesmo no *Facebook*, pensamos que, tal prova será válida e conseqüentemente valorada em tribunal pelo que é o próprio a produzir prova contra si mesmo.

6.5. CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO PELO AGENTE ENCOBERTO PARA OBTENÇÃO DE PROVA

É uma técnica frequentemente utilizada “criação de perfis falsos ou simples *fake*”, que nada mais é do que, como supra referimos, uma identidade fictícia Online, que é criada numa rede de relacionamento (*Facebook*) por parte dos órgãos de investigação criminal para a obtenção de prova. Esta técnica surgiu como forma de “caçar” os cibercriminosos.

No âmbito das informações restritas e privadas, explicadas atrás quando o investigado libera o acesso às informações a um número limitado de utilizadores no *Facebook*, é claro que ele em condições normais não aceitaria como membro desse grupo limitado agentes dos órgãos de investigação criminal, daí que, tais agentes para terem acesso

²⁶⁴ Sempre que o suspeito e ou arguido, seja induzido ou coagido, de forma mais ou menos activa ou mais ou menos intelectualmente elaborada, a sua inculpação, refere Costa Andrade que, estaremos em presença de uma “degradação da pessoa em mero objecto ou instrumento contra si própria”. Desta forma, caindo-se na esfera de protecção do *nemo tenetur*. Cf. ANDRADE, Manuel Da Costa - Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. P.126.

²⁶⁵ RAMOS, Vânia Costa; DIAS, Augusto Silva - Fundamento Geral do Direito À Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Direito Processual Penal Português. [S.l.] : Coimbra Editora, 2009, Acentua a autora que “ Nenhum princípio é globalmente de vigência absoluta, ... daí que, este será sempre aquele «trunfo» incluído na ponderação, reforçando deste modo, a posição do suspeito perante a actuação do poder punitivo, que pode influenciar o output da ponderação valorativa dos bens em conflito. Logo, “se alguém for levado por indução em erro ou por coação a contribuir para a sua auto-incriminação, resultará, desde logo, conseqüências ao nível da validade probatória das declarações do arguido..., se o meio de prova, independentemente de qual seja, tiver sido obtido por meios enganosos, através de coação ou de ameaça com medida legalmente inadmissível, estipulam os n.ºs 1 e 2, alíneas a e d), do art.º 126.º, do CPP, que a prova é nula e não pode ser utilizada. A nulidade, acompanhada pela inutilização, é também aplicável à prova obtida mediante intromissão na vida privada sem o consentimento do visado, nos termos do n.º 3 do art.º 126.º, de realçar ainda que, em qualquer um dos casos a prova não pode ser valorada e utilizada no processo, cominação que traduz a existência de uma nulidade particularmente grave e insanável. Pp. 36-37.

a essas informações precisam de criar perfis falsos em determinados sites de relacionamento de modo a facilitar a captura na obtenção de provas. É neste contexto que os agentes trocam informações com o investigado, é como se o investigado permitisse a entrada dos agentes em sua casa. É de entendimento consensual, que esta técnica, carece de autorização da autoridade judiciária para o efeito.

Segundo Francisco de Muñoz Conde, figura-se “proibição de valoração de prova quando o órgão estatal simula de forma insidiosa a sua identidade no fake (web) para obtenção de prova, viola o direito do suspeito, de não ser forçado a produzir prova contra si mesmo, de forma a se autoincriminar”²⁶⁶, ou seja, viola o *nemo tenetur* e o *direito ao silêncio* tipificado no art.º 61.º, n.º 1 alínea d) do CPP.

Portanto, para que tal prova seja valorada ante válida é necessário que exista uma autorização da autoridade judiciária e ainda deverá ter em linha de conta os princípios desenvolvidos atrás – limites ao uso do fake, que por sinal, correspondem aos princípios aplicáveis em matéria de restrição de direitos fundamentais. São eles: o princípio da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, e o próprio *nemo tenetur*. Caso contrário, padecerá de nulidade, não podendo ser sequer valorada (nos termos dos conjugados artigos 125.º, 126.º, n.º 1 e 3 e 190.º, todos do CPP).

Arquitetamos o seguinte caso_exemplo-concreto, para melhor compreensão do lus Problema.

“Imagine-se o seguinte exemplo, a Polícia Judiciária (PJ), (porque, imaginemos que existem indícios de crimes catalogados no art.º 2.º, do RJAE), permitindo assim, que se desencadei uma operação encoberta, ou melhor, imagine-se, que existem fortes indícios da prática de um crime previsto no art.º 2.º, do RJAE, (fins repressivos) ou mesmo em vias de acontecer (fins preventivos) e a PJ decide desencadear uma ação encoberta em ambiente digital/virtual, ou seja, no *Facebook* (site de relacionamento). Como sabemos, este agente encoberto (agente de polícia) está ao abrigo da lei permitido a utilizar quer a identidade fictícia (em ambiente tradicional ou físico) quer em ambiente virtual ou digital (o tal perfil falso ou simplesmente “*fake*”), (conforme os conjugados art.º 5.º, do RJAE e 19.º, da Lei do Cibercrime). E para este caso-exemplo,

²⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco De - De Las Prohibiciones Probatorias al Derecho Procesal Penal del Enemigo. Buenos Aires : Hammurabi Editora, 2008. “«La prohibición de valorar una declaración rige cuando el funcionario público omite, por ejemplo, instruir al inculpado sobre su derecho a no declarar, igual debe regir cuando el funcionario consigue esa declaración ocultando su identidad oficial, aparentando ser outro delincuente Y consiguiendo así su autoinculpación »”. P. 36.

importa-nos a sua actuação na rede social *Facebook* (site de relacionamento), portanto, fará uma actuação virtual, *eis a situação*; suponhamos que, este agente encoberto (agente de polícia), cria, (atendendo claramente os trâmites legais atrás exigidos), uma identidade fictícia Online (*fake*), e este agente de polícia (aqui para o nosso caso-exemplo, vai se chamar de Thiago-seu nome próprio), no *Facebook*, ele adoptará o nome de Yohanna (Y- uma criança de 15 anos de idade de nacionalidade Portuguesa). A acção visaria sobretudo, identificar e eventualmente caçar, pescar e ou responsabilizar determinado (s) agressor (es), concretamente, traficantes de seres humanos que se dedicam ao tráfico de pessoas e têm como alvo principal as crianças. Para o fomento da denominada ciberescravatura ou escravatura moderna, as crianças/vitimas, muitas delas vivendo em condições bastante precárias, que são aliciadas, enganadas, com propostas que lhes são efectuadas que julgam ser reais e que lhes dará de alguma forma um modo de auxiliar nos orçamentos de casa. Estes agressores, constantemente alteram os seus perfis (na web) e mudam de terminal de computador e ademais têm a sua verdadeira identidade oculta. Felizmente certo dia, o agente encoberto (agente de polícia T, com o *fake* de Y), logre êxito na sua acção de inteligência, ou seja, na operação que lhe foi legalmente encarregue reitero, por ironia do destino ou sorte de Deus, inicia sua conversa na rede *Facebook* com Bernardo (B- nome de *fake*, que é um agressor, traficante, pertencente a uma grande rede de traficantes de seres humanos, e que já tem um histórico convidativo de práticas ilícitas típicas e passíveis de serem responsabilizadas. Porque o que esta rede faz é aliciar, enganar crianças de idades compreendidas entre os 14-16. A tal conversa entre Y e B, seguiu este caminho, o B apresentou-se que se chamava Bernardo, e que estava a procura de alguém com o perfil e idade da Y, e procurou saber um pouco mais sobre Y, questionando onde vivia, o que fazia, se tinha pais, e se sonha um dia viver e trabalhar como modelo fora do seu país de origem. Y respondeu de forma a satisfazer o interesse de B, dizendo que é portuguesa, e que tinha pais, e que sim sonhava viver e trabalhar fora do país, porque tencionava ajudar os seus pais, e retirá-los da situação precária em que se encontravam e assim também poder auxiliar seu irmão mais novo, que no ano seguinte entraria em idade escolar. E ficou feliz, por lhe verem algum talento. E então o B, decidiu solicitar o contacto da Y, e perguntou se era possível marcarem um encontro para começar a tratar da documentação, pediu imagens para vê-la melhor, e Y enviou, uma imagem aleatória que tem no seu histórico de *fake*, e deu seu contacto, e B disse que daqui a uns instantes telefonava. No fim do dia, B telefonou a Y (este deu o telefone à sua colega, para que não colasse

em risco a operação), e B marcou o encontro com Y para o dia seguinte e disse-lhe que estaria vestido de calças de ganga e uma polo de cor azul, e o endereço era o lugar Z (ao lado do cativoiro onde supostamente guardam lá umas tantas crianças na mesma condição e outras até oriundas de países africanos, que chegam mesmo a serem retiradas da sua origem), e que estaria a porta do local a sua espera. No dia seguinte à hora marcada, a Y (agente T da polícia), comunica a PJ, para reforçar a equipa e se dirigirem ao local. De forma a não fracassarem na operação, utilizaram as técnicas específicas da operação. E chegados no local, identificam o B (traficante), cercaram o local e o Y (agente T), recebe a comunicação de que no mesmo existe um cativoiro com crianças, e que podia interpellar B, e assim o fez, interpellando em flagrante delicto, e de seguida levou-o para que as crianças o reconhecessem, e assim aconteceu, concretizando-se a sua efectiva prisão em flagrante delicto. Quid iuris?

A prova obtida pelo agente de polícia T, actuando com recurso as operações encobertas em ambiente digital ou virtual na rede social *Facebook*, sob *fake* de Y, será válida e conseqüentemente valorada, caso se desencadeia um eventual processo penal?

Tendo presente o que supra referimos no decorrer desta investigação, com particular enfoque, no conceito e no regime jurídico das ações encobertas (Lei n.º101/2001, de 25 de Agosto), e a entrada da Lei do Cibercrime – Lei n.º109/2009 de 15 de Setembro, onde o legislador introduziu no art.º 19.º, desta, uma norma especificamente dedicada às acções encobertas em ambiente digital, resulta que o T (agente de polícia), não tinha vontade, nem intenção de determinar B (traficante) a praticar tal facto, e nem se quer tinha dolo de realização do facto ilícito típico, culposo e susceptível de responsabilização criminal, assim, o T não agiu ao abrigo da figura do agente provocador virtual, (ou seja, não instigou e nem se quer atuou na forma de participação da autoria mediata). E como toda e qualquer atividade tem riscos associados, nesta operação o agente T, não escapou destes, mas como sabemos, os eventuais actos típicos e ilícitos que praticou, estão à partida cobertos por uma causa de justificação da ilicitude, que é o “cumprimento de um dever” (conforme art.º 31.º, n.º 2 alínea c)) e que por isso permitirá isentar criminalmente o agente T. assim pensamos que, neste caso-exemplo (caso-concreto fictício), estamos sim em presença de um flagrante delicto, e que como acima nos referimos, não houve instigação e nem autoria mediata, por parte da atuação do encoberto T válida esta prisão por ab initio terem

sido observados de forma rigorosa os critérios exigidos a luz do RJA, em conjugação com o art.º 19.º, da Lei do Cibercrime.

Logo, pensamos que a prova outrora obtida pelo agente T (agente encoberto), no Facebook (rede social virtual de relacionamento), que observou os pressupostos formais e materiais para a sua obtenção, é válida e conseqüentemente poderá ser valorada aqui atendendo, aos fins preventivos e repressivos identificados neste caso-exemplo-concreto, mormente a descoberta de material probatório e o facto de tal método de obtenção de prova poder ser considerado proporcional quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação, ou seja, é a ideia da justa medida, a chamada ponderação, o tal equilíbrio na relação entre a importância do fim visado e a gravidade do sacrifício imposto.

Depois de abordarmos a questão da criação do perfil falso pelo agente encoberto/infiltrado, e de criarmos um caso-exemplo para a melhor compreensão do problema. Passaremos para a questão do regime aplicar a validade e valoração do agente encoberto na rede social Facebook.

6.6. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO AGENTE ENCOBERTO NA REDE SOCIAL *FACEBOOK*

De acordo com o art.º 19.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009, Lei do Cibercrime, como é vulgarmente conhecida ou apelidada, é admissível o recurso às acções encobertas na rede social Facebook, no decurso de inquérito, relativo aos seguintes crimes: a) Os previstos na lei; b) Os 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, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as infracções económico-financeiras, bem como os crimes consagrados no título IV do Código do Direito do Autor e dos Direitos Conexos.

Tal como no decorrer da investigação mencionamos, a acção encoberta vem definida no art.º 1.º, n.º 2 da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, como «aquela (s) que seja (m) desenvolvida (s) por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da polícia judiciária para prevenção ou repressão dos crimes tipificados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade». É unânime a nível da

doutrina, que existe dois tipos de acção encoberta na nossa ordem jurídica: a *clássica ou tradicional* conhecida também por acção encoberta em ambiente físico ou tradicional, que corresponde à infiltração de um polícia, ou de particular que actue sob a direcção desta, no meio criminoso e tendo previsão na Lei n.º 101/2001 e a desencadeada no *ambiente virtual ou em ambiente electrónico-digital*²⁶⁷. Interessa-nos este último e segundo tipo, que cingir-nos-emos até ao fim deste ponto.

Como supra referimos no ponto 4.2. (agente encoberto e outras figuras afins), reiteramos que, a única distinção relevante a fazer em torno desta discussão será entre agente encoberto versus agente provocador. Assim, na rede social Facebook, a atuação do agente encoberto/infiltrado, consistirá em interagir com os demais participantes desta rede social, com uma identidade fictícia (que não carece de autorização da entidade competente, e ademais poderá utilizar ao mesmo tempo, múltiplas identidades e ao abrigo desta, estar em várias salas de chats e adoptar diversos papéis em cada uma delas), ganhando a confiança dos visados, mantendo-se a par dos acontecimentos e acompanhando a execução dos factos, interagindo com outros participantes em chats, websites, blogs ou fóruns (informações/conversas públicas, restritas e privadas) e também é permitido a prática de actos preparatórios ou mesmo de execução (observando sempre o critério da necessidade). Saindo destes limites, cai-se na figura do agente provocador em que se determina outrem à prática de crimes, ou seja, atuasse como instigador ou como autor mediato, o que no Facebook, ou em outra rede social, ocorre com a utilização de uma identidade fictícia que se visa convencer outrem ao cometimento de infracções criminais tipificadas na lei, de modo que se não fosse a sua atuação provocadora, este outrem jamais as cometeria. E quanto ao terceiro ou particular, também denominado por alguns autores de “Homem de confiança”, a atuação deste na rede social Facebook, corresponderá à atuação do tipo de agente que “encarnar” e ou incorporar o agente encoberto descrito atrás, vedando-se também a este terceiro a possibilidade de encarnar a figura do agente provocador. Mas, como supra mencionamos, este atuará sob identidade fictícia, que não carece de autorização da autoridade competente, mas sim, de uma monitorização e ou fiscalização, como acima mencionamos, de modos a não fracassar o percurso investigativo.

²⁶⁷ NUNES, Duarte Alberto Rodrigues - Os Meios De Obtenção De Prova Previstos Na Lei Do Cibercrime. Coimbra: Gestlegal Editora, 2018, p. 196.

A atuação do agente encoberto/infiltrado no ambiente virtual ou digital tem-se mostrado muito útil e com resultados surpreendentemente satisfatórios no combate a prevenção e repressão criminal, da pornografia infantil, pedofilia Online ou ciberpedofilia, a escravatura moderna, ao ciberterrorismo, ao tráfico de drogas²⁶⁸, etc. Pensamos que na rede social *Facebook* terá estes mesmos resultados, ou ainda maiores, uma vez que esta rede actualmente tem sido palco destes tipos de criminalidade.

É aqui relevante a questão ressaltada ao abrigo do art.º 19.º, n.º 2 da Lei n.º 109/2009, em que, no decurso da acção encoberta, o agente encoberto/infiltrado, utilize meios e dispositivos informáticos, terá de observar o regime pensado para a intercepção de comunicações ínsito no art.º 18.º, da Lei do Cibercrime. Ou seja, se o agente encoberto/infiltrado no decurso da sua atuação no *Facebook* efectuar cópias de comunicações entre os participantes do chat ou do fórum (informações/conversas públicas, restritas e privadas), terá de observar o regime do art.º 18.º, da Lei n.º 109/2009.

Este meio oculto de investigação como do ambiente em que ele ocorre, digital ou virtual, torna a acção encoberta na rede social *Facebook* uma forma de restrição de direitos fundamentais, como a “intimidade/privacidade, a autodeterminação informacional, a confidencialidade e a integridade dos sistemas técnico-informacionais, à inviolabilidade do domicílio (embora apenas quando implique a entrada num espaço que goze da tutela deste direito) e a liberdade de expressão”²⁶⁹.

É importante referir que, conforme o estatuído nos termos do art.º 19, da Lei do Cibercrime, as acções encobertas na rede social *Facebook* só estarão legitimadas e/ou autorizadas pelas autoridades competentes a actuar e, caso esteja em causa a investigação de certos tipos de crimes: a) Crimes previstos nos art.º 3.º a 8.º da Lei n.º 109/2009 ou outros crimes previstos na presente lei; b) Crimes puníveis com pena de prisão de máximo superior a 5 anos que sejam cometidos por meio de um sistema informático; e c) Independentemente da pena aplicável, crimes dolosos contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, burla qualificada, burla informática e nas comunicações (art.º 221.º, do

²⁶⁸RAMALHO, David Silva - A investigação criminal na Dark Web. *Revista de Concorrência e Regulação*. A.4 n.14-15 (Abr.-Set. 2013), Coimbra. 2013, p. 408.

²⁶⁹ NUNES, Duarte Alberto Rodrigues - *Os Meios De Obtenção De Prova Previstos Na Lei Do Cibercrime*. Coimbra: Gestlegal Editora, 2018, p. 205.

CP), discriminação racial, religiosa ou sexual, os crimes previstos no título IV do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (cf. os art.º 195.º a 199.º) e infracções económico-financeiras quando sejam cometidos por meio de um sistema informático²⁷⁰.

As acções encobertas na rede social *Facebook* também devem obediência, tal como acima nos referimos a propósito dos métodos ocultos e quanto aos princípios a observar a uma ideia de subsidiariedade, ou melhor, ao princípio da subsidiariedade, isto é, nesta rede em concreto (*Facebook*) será legítimo recorrer às acções encobertas, “quando houver razões para crer que a diligência é indispensável para descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”²⁷¹. Também, é preciso reforçar aqui, (aquilo que a propósito dos princípios conformadores aos métodos ocultos explanados no Cap. II), que o recurso às acções encobertas no *Facebook* requer que exista uma suspeita fundada acerca da prática de um crime do catálogo e o mesmo aplicar-se-á quanto à questão da suficiência de uma denúncia anónima (art.º 246.º, n.º6 do CPP), devido à sua danosidade e pela imposição do princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso. Reiteramos ainda que, o recurso às acções encobertas na rede social *Facebook* não necessita de ser precedido pela utilização de outros meios de obtenção de prova menos lesivos, pois seu carácter de última ratio significa que só se poderá recorrer a este meio de obtenção de prova e neste ambiente em concreto (ambiente virtual) “se se tiver concluído que o recurso a meios menos lesivos não permite alcançar o resultado que se visa atingir (plano lógico)”²⁷². Consolidamos também, que é permitido recorrer-se às acções encobertas na rede social *Facebook* em simultâneo com outro método de obtenção de prova, ou seja, recorrer-se ao mecanismo da *cumulação de meios de obtenção de prova*, desde que, se observe os critérios e ou exigências do princípio da proporcionalidade, e nunca conduzir a uma “vigilância total”²⁷³.

Sobre a identidade fictícia na rede social *Facebook* reiteramos que, basta a criação de um “fake ou nickname”, que, como sabemos, não carece de ser atribuído pelo Ministro da Justiça. Importa aqui referir que, somente o arguido, o suspeito, o intermediário ou

²⁷⁰ Desta enumeração pode-se retirar que, se estiverem em causa outro tipo de crimes não se aplica a Lei do Cibercrime – Lei n.º109/2009, mas as disposições relativas às escutas telefónicas.

²⁷¹ NUNES, Duarte Alberto Rodrigues - *Os Meios De Obtenção De Prova Previstos Na Lei Do Cibercrime*. Coimbra: Gestlegal Editora, 2018, p. 207-208.

²⁷² Cf. *Idem*, p. 208.

²⁷³ Cf. *Ibidem*. Refere este autor que, “à obtenção de forma prolongada no tempo e através do uso de medidas de observação, de informações relativas à totalidade da vida do visado, construindo-se, desse modo, um “umfassendes Persönlichkeitsbild”. P. 210.

a vítima (mediante consentimento efectivo ou presumido) podem ser alvo de acções encobertas na rede social Facebook (tal como exige o art.º 187.º, n.º 4 do CPP, exceptuando-se os casos previstos no art.º 18.º, da Lei do Cibercrime). Reiteramos também que, apesar de a Lei do Cibercrime ser omissa em relação a questão da competência para autorizar o recurso às acções encobertas em ambiente virtual ou digital, mas, remete expressamente ao RJA. Entendemos que, na rede social Facebook, o recurso a este método oculto e especificamente nesta rede, carece de autorização judicial para o efeito e o preenchimento dos requisitos formais e materiais supra mencionados no decorrer da investigação (conforme o art.º 19.º, n.º 2 da Lei do Cibercrime).

6.7. VALIDADE E VALORAÇÃO DA PROVA OBTIDA POR TERCEIRO (PARTICULAR) NO *FACEBOOK* (OU EM OUTRO SITE DE RELACIONAMENTO).

Neste tópico, preencheremos com base nos exemplos arquitetados acima, de modo a não sermos tentados a repetir aquilo que já supra mencionamos, daí que, pensamos ser essencial aqui, focar no problema que inquieta parte da doutrina, que é a questão da criação do fake ou identidade fictícia Online por parte de um particular, atendendo aos riscos associados a esta criação e ao meio em si bastante insidioso.

Desta forma, no que concerne ao 1.º Caso-exemplo- reportado ao crime de tráfico de seres humanos (crianças).

Colocamos o mesmo exemplo, mas alterando o agente encoberto, (aqui o encoberto é um terceiro/informador/homem de confiança, ou seja, um particular) e este por sua vez adequando o contexto, cria o tal *fake* ou a tal identidade fictícia Online, no *Facebook*, com intuito de identificar, caçar, pescar e eventualmente responsabilizar potenciais agressores (traficantes de seres humanos). E tecla com o B (o tal agressor traficante de seres humanos).

E a questão primordial aqui é saber se é possível que este crie um *fake* (sem autorização ou pelo menos fiscalização da autoridade judiciária), com intuito de obter prova e posteriormente facultá-la ao agente de persecução penal (autoridade judiciária)? Tal prova obtida desta forma será válida e posteriormente valorada?

Desde logo, importa referir que como supra mencionamos, o terceiro, em ambiente virtual e ou digital, atuará de forma livre, voluntária e esclarecida, sendo informado e tendo bem presentes os riscos que desta operação encoberta virtual surgirão. E no que tange a criação de identidade fictícia Online (*fake* ou perfil falso) por parte desta figura no *Facebook*, é certo que qualquer um de nós pode criar perfis falsos ou *fake*, não seremos condenados por isto. Mas a questão é, se ao abrigo do art.º 5.º do RJAÉ, esta figura está habilitada a actuar ocultando a sua identidade e qualidade no decurso de uma operação encoberta tradicional, desta forma, tornando ineficaz o preceito supra mencionado ou até mesmo desvalorizando-o. Pensamos claramente não fazer sentido tal autorização da autoridade judiciária para actuar sobre esta prerrogativa (*fake*), mas sabemos que, se assim fosse aumentaria o risco de fracasso na eficácia da operação encoberta virtual, por inúmeras razões, como: dificuldade na identificação exacta de a quem aquele perfil falso pertence e corresponde a um certo agente encoberto, caso venha a ser desencadeado um processo penal, também existirá dificuldade na aplicação do contraditório, se, não se sabe contra quem concretamente deve ser feito, se não existe prova neste sentido (que o perfil pertence a A ou M). Desta forma, acreditamos ser crucial, que exista um controlo na criação de identidade fictícia Online (*Fake*), quer para o próprio agente de polícia e quer principalmente para terceiro devido aos riscos supra mencionados.

Caso tal autorização da autoridade judicial exista, pensamos ser válida tal obtenção de prova, recorrendo a prerrogativa da ocultação da sua identidade e qualidade no *Facebook*, e conseqüentemente valorada atendendo os critérios de ponderação, justa medida, ou seja, do equilíbrio na relação entre a importância do fim visado e a gravidade do sacrifício imposto. Reiterando que, para o sucesso da eficácia é necessário que exista uma fiscalização ou melhor um controlo por parte da autoridade judiciária na criação destes “*fakes*” (perfis falsos e ou identidade fictícia Online).

Um particular que sem autorização da autoridade judiciária, cria um perfil falso para cumprir uma tarefa que cabe em regra aos órgãos de polícia e faculta tal prova ao órgão competente, atenta contra a integridade moral e psicológica do investigado e ou suspeito e eventual arguido.

Importa notar que esta solução não é adoptada por outras ordens jurídicas. Assim, no sistema norte-americano, apenas estão sujeitas as proibições de provas os órgãos do

estado, ou seja, o agente de polícia. Estas proibições não abrangem os particulares²⁷⁴. Porque o cerne dos direitos fundamentais tem como limite a actuação estatal e não é relevante a violação da privacidade por parte do particular e, portanto, tal prova será válida e conseqüentemente valorada em processo penal.

Também o sistema alemão, quer a doutrina quer a jurisprudência defendem que as proibições de prova apenas vinculam agentes de polícia e não aos particulares²⁷⁵. E portanto as provas obtidas por particulares que actuam sob direcção da Polícia Judiciária a solução é idêntica à do sistema norte-americano, para evitar as situações de contorno da legalidade²⁷⁶.

Já entre nós, no plano da valoração da prova ilícita obtida por particular²⁷⁷ no *Facebook* há uma *posição radical de admissibilidade* que entende que estas provas devem ser valoradas sempre ainda que ilicitamente obtidas, ou seja, o que importa é a descoberta da verdade e a prova ilicitamente obtida atinge essa finalidade. E portanto, para esta doutrina, “melhor admitir a prova ilícita, do que deixar um infractor sem castigo”. Ao passo que, a *posição radical da inadmissibilidade*, entende que tal prova ilicitamente obtida não poderá ser valorada porque seria vulnerar a garantia constitucional de tutela dos direitos fundamentais²⁷⁸, ainda por entenderem que a Constituição vincula quer as entidades públicas, mas também as entidades privadas²⁷⁹. Ou seja, para esta posição “mais vale deixar o infractor impune”²⁸⁰, do que

²⁷⁴ COSTA, José Neves Da - Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares. Em MENDES, Paulo de Sousa, coord. ; PEREIRA, Rui Soares, coord. - Prova penal teórica e prática. Coimbra : Almedina, 2019. p.176-178. Cf. também SILVA, Danni Sales - Da Validade Processual Penal das Provas obtidas em Sites de Relacionamento e a Infiltração de Agentes Policiais no Meio Virtual. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 120 2016, pp.9-10.

²⁷⁵ COSTA, José Neves Da - Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares. Em MENDES, Paulo de Sousa, coord. ; PEREIRA, Rui Soares, coord. - Prova penal teórica e prática. Coimbra : Almedina, 2019. p.178-185. Cf. também SILVA, Danni Sales - Da Validade Processual Penal das Provas obtidas em Sites de Relacionamento e a Infiltração de Agentes Policiais no Meio Virtual. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol.120 2016, p10.

²⁷⁶ COSTA, José Neves Da - Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares. Em MENDES, Paulo de Sousa, coord. ; PEREIRA, Rui Soares, coord. - Prova penal teórica e prática. Coimbra : Almedina, 2019. p.178-185.

²⁷⁷ COSTA, José Neves Da - Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares. Em MENDES, Paulo de Sousa, coord. ; PEREIRA, Rui Soares, coord. - Prova penal teórica e prática. Coimbra : Almedina, 2019. p.188-191.

²⁷⁸ RAMALHO, David Silva - Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital. Coimbra: Almedina Editora, 2017, p.196-202.

²⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito Constitucional e teoria da Constituição. Lisboa: Almedina, 2018, pp 266- 273.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra editora, 2014, referimo-nos concretamente a anotação ao artigo 18.º da CRP, Vol. I Artigos 1.º-107.º. e a este propósito cf. também

sacrificar o cerne da Constituição que são os direitos fundamentais. Esta posição é que consta do art.º 32.º, n.º 8 da CRP. Como já referimos atrás, na nossa opinião caso tal autorização da autoridade judicial exista pensamos ser válida tal obtenção de prova, e consequentemente valorada atendendo aos critérios de ponderação, justa medida, ou seja, do equilíbrio na relação entre a importância do fim visado e a gravidade do sacrifício imposto. Reiterando que, para o sucesso da eficácia é necessário que exista uma fiscalização ou melhor um controlo por parte da Autoridade judiciária na criação destes “fakes” (perfis falsos e ou identidade fictícia Online).

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro De; MEDEIROS, Rui - Constituição Portuguesa Anotada. [S.l.] : Universidade Católica Editora, 2017, concretamente a anotação ao mesmo artigo, que consta do Vol I. Artigos 1.º - 79.º. e cf. também.

COSTA, José Neves da - Provas ilicitamente obtidas por particulares. Em MENDES, Paulo de Sousa, coord. ; PEREIRA, Rui Soares, coord. - Prova penal teórica e prática. Coimbra : Almedina, 2019. p. 188–191.

²⁸⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De - "Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem". Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, pp.35-36.

7. CONCLUSÃO

O advento da internet fez surgir no âmbito do direito novas problemáticas em diversas áreas que a jurisprudência e doutrina, paulatinamente, vêm tentando solucionar através da criação de novas fórmulas de investigação.

O agente encoberto/infiltrado é um método oculto de investigação criminal excepcional, ou seja, só pode ser utilizado caso se entenda que, outro método menos intrusivo é ineficaz para satisfazer a eficácia da investigação e deve ser adequado aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto.

É unânime entre nós que este é o meio que mais contendas traz, desde logo, a querela em torno das figuras de agente encoberto, infiltrado e provocador. Nós não vemos quaisquer elementos bastantes que permitam autonomizar a figura do agente encoberto do infiltrado, porque, para nós, este agente encoberto, que refere a Lei n.º 101/2001 de 25 de Agosto, pode atuar em vários graus, ou seja, dependendo da investigação, do caso em si, o agente encoberto num primeiro grau - poderá ter a tarefa de um mero expectador, que apenas visiona, não ganha a confiança do visado, ter uma posição bastante passiva face a situação a investigar etc. já num segundo grau- poderá ter uma posição mais activa face à situação a investigar, poderá ganhar a confiança do visado ou visados, conviver com estes, praticar crimes, necessários à investigação. Mas nunca actuar como agente provocador ou seja, não poderá instigar e nem sequer ser autor mediato do crime a que se dirige a investigação. E estes graus, que o agente encoberto poderá encarnar em função da situação, são também aplicáveis ao ambiente digital/virtual, por via de remissão expressa ínsita no art.º 19.º da Lei do Cibercrime. E neste ambiente digital/virtual, à semelhança do físico ou tradicional, veda-se o recurso à figura do agente provocador digital ou virtual, pelas mesmas razões acrescidas da insídia do próprio ambiente. Daí que, pensamos não ter qualquer utilidade a distinção entre agente encoberto *versus* infiltrado, porque para nós é a mesma pessoa, o que releva é a distinção entre agente encoberto/infiltrado e agente provocador, porque, como acima já nos explanámos, para esta segunda distinção já existe de facto elemento bastante que permite individualizar uma figura da outra.

Como sabemos, a história demonstra que a criminalidade grave sempre existiu. O ambiente cibernético ou electrónico-digital/virtual, trouxe apenas uma nova vertente de

um problema velho, a “macrocriminalidade”²⁸¹. Daí que o processo penal moderno, ou da era tecnológica e ou cibernética, deve prestar atenção a essas particularidades que se estabelecem na World Wide Web.

Na rede social *Facebook*, a atuação do agente encoberto, será considerada válida desde que, esteja em causa os crimes previstos nos artigos 3.º a 8.º da Lei do Cibercrime, tal como preceitua o artigo da 19.º do mesmo diploma legal, juntamente com o preenchimento dos requisitos/pressupostos formais e materiais exigidos na lei (no RJAe e na Lei do Cibercrime).

Na rede social *Facebook* ou em qualquer outro site de relacionamento, quando partilhamos e ou compartilhamos determinados ficheiros estamos a renunciar ao direito à intimidade ou privacidade ao nível das informações/conversas públicas e restritas. Já não será assim nas privadas, onde a intromissão do agente encoberto/infiltrado padecerá de invalidade por violação do direito à intimidade da vida privada, que está intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana consagrada no artigo 1.º da Constituição, se não obedecer aos limites estabelecidos na lei, ou seja, consideramos existir violação da intimidade da vida privada, apenas e só, quando estão em causa informações/conversas privadas e já não quando estão em causa informações/conversas públicas ou restritas, pelo facto de se verificar por parte do comportamento do visado e ou visados, renúncia ao direito à intimidade da vida privada. No que respeita aos princípios-limite à atuação do agente encoberto/infiltrado em ambiente digital, o que se pretende é que se respeite a dignidade do investigado, principalmente por parte do órgão estatal, por ser ele quem garante a paz e a tranquilidade social; além disso terá de se demonstrar que tal intromissão é necessária e razoável, de modo a que seja considerada proporcional, e que o princípio da não auto-inculpação seja respeitado.

No que tange à prova obtida pelo agente encoberto/infiltrado na rede social *Facebook*, esta prova será válida desde que o agente tenha uma autorização judicial para o efeito, e esta deverá ser emanada e monitorizada/fiscalizada pelo órgão competente, caso contrário não será válida tal prova. Como sabemos as acções encobertas em ambiente digital/virtual actualmente gozam de um regime específico próprio, previsto na Lei n.º 109/2009 de 15 de Setembro, embora, nos termos do artigo 19.º desta lei,

²⁸¹ SILVA, Danni Sales - Da Validade Processual Penal das Provas obtidas em Sites de Relacionamento e a Infiltração de Agentes Policiais no Meio Virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 120 2016, p. 10.

ter sido feita apenas uma remissão ao regime jurídico das acções encobertas- RJA-E-Lei n.º 101/2001 de 25 de Agosto. Mas a verdade é que é a lei que temos e é esta que regula os crimes informáticos em sentido amplo. Ressalvando aqui a excepção ínsita no n.º 2 do art.º 19 da Lei do Cibercrime, onde refere que aplicar-se-á o regime da intercepção de comunicações, ou seja, nos casos em que, o agente encoberto/infiltrado efectuar cópias de comunicações entre os participantes num chat ou fórum (público ou restrito...) observar-se-á o regime do artigo 18.º da Lei n.º 109/2009.

Assim, acreditamos que a solução mais ajustável, para se apurar da valoração da prova obtida pelo agente encoberto/infiltrado na rede social *Facebook*, seja a que atende, ou pelo menos pondere, os critérios de adequação, os fins de prevenção e repressão criminais da situação concreta. Pese embora muitas vezes não ser fácil essa ponderação, é a única via possível. Já no que tange às provas obtidas por particulares na rede social *Facebook*, quanto ao plano da validade, entre nós é consensual que se deve vedar o acesso quando está em causa a violação de direitos fundamentais. E quanto ao plano da valoração a doutrina diverge, há autores que apontam em prol da punidade do infractor, porque entendem que se deve obedecer a Constituição (art.º 32.º, n.º 8 da CRP), ao passo que outros entendem que não deve ficar impune o infractor com o fundamento na necessidade da procura da verdade material. A doutrina alemã, vem referir que, devemos ter em conta as circunstâncias concretas e atender aos critérios de razoabilidade e subsidiariedade de modo a fazer prevalecer o interesse comum na descoberta da verdade e na realização da Justiça.

REFERÊNCIAS

ACÓRDÃO do Tribunal Constitucional N.º 607/2003. In Tribunal Constitucional [Em linha]. Lisboa : TC. [Consult. 18 fev. 2020] Disponível em WWW:<URL:http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030607.html>.>

ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça (Grande Secção) 8 de abril de 2014 «Comunicações eletrónicas — Diretiva 2006/24/CE — Serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações — Conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta desses serviços — Validade — Artigos 7.º, 8.º e 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia». Eur-lex [Em linha]. Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2014. [Consult. 24 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0293>.>

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De - Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011

ALEXANDRINO, José Melo - A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa - A Construção Dogmática. Lisboa: Almedina Editora, 2006

ALEXANDRINO, José Melo - Direitos Fundamentais - Introdução Geral. Lisboa: Príncipia Editora, 2011

ALEXANDRINO, José Melo; MIRANDA, Jorge - Grandes Decisões do Tribunal Constitucional Português. Jurisprudência Constitucional. Lisboa. N. 14 (2007) 3-37.

ANDRADE, Manuel da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas de uma lei que podia e devia ter sido diferente.. Revista de Legislação e Jurisprudência. A. 137, n. 3950 (2007) 262-285.

ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente.. Revista de Legislação e de Jurisprudência. A. 137, n. 3951 (2007) 318 – 355.

ANDRADE, Manuel da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que poderia e devia ter sido diferente. Revista de Legislação e de Jurisprudência. A. 137, n. 3949 (2007) 221 – 239.

ANDRADE, Manuel Da Costa - «Bruscamente no Verão Passado», a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente". Coimbra: Coimbra Editora, 2009

ANDRADE, Manuel Da Costa - Métodos Ocultos de Investigação. Em 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.]. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. P. 525–551.

ANDRADE, Manuel Da Costa - Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2013

ARRUDA, Wellington - Facebook lança reações de afeto em meio ao isolamento social [Em linha]. Atual. 17 abr. 2020. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/152216-facebook-lanca-reacoes-afeto-meio-isolamento-social.htm>>.

Aspectos gerais sobre a rede social Facebook [Em linha]. [S.l.] : Facebook. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://about.fb.com/>>.

BARBOSA, Maria Luís - As Ameaças ao Ciberespaço e a Estratégia de Cibersegurança na U.E e em Portugal. Revista de Direito e Segurança. Lisboa. N. 8 (2016) 161 – 187.

BASES Jurídico-Documentais [Em linha]. Lisboa : IGFEJ, 2020. [Consult. 14 out. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt>>.

BORGES, Esteban - Best Honeypots for Detecting Network Threats [Em linha]. Los Angeles : SecurityTrails, 2019. [Consult. 23 jul. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://securitytrails.com/blog/top-20-honeypots>>.

BORGES, Fernando - Entenda o protocolo IP e a diferença entre IPv4 e IPv6 [Em linha]. Atual. 30 jan. 2011. [consult. 19 dez 2019] Disponível em

WWW:<URL:<http://tecnologia.terra.com.br/internet/entenda-o-protocolo-ip-e-a-diferenca-entre-ipv4-e-ipv6,3a98fe32cdbda310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>.

BRANCO, João - O Anonimato do Agente Infiltrado em Sede de Audiência de Julgamento: Uma Questão de Direitos Humanos. Revista de Investigação Criminal - Ciências Criminais e Forenses. Lisboa. N.º 5, Ensaios e Estudos (2019) 74 – 94.

BRAVO, L. V. R. V. - Os Meios Ocultos de Prova - O agente Infiltrado. Centro de Estudos Judiciários. Matosinhos. (2012).

BUEKENHOUT, Ines - A Investigação Criminal - Desafios presentes e futuros. Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses. N. 9, Ensaios e Estudos (2015) 11 – 32.

CADWALLADR, Carole - Revealed: 50 million *Facebook* profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. The Guardian [Em linha]. (17 mar. 2018). [Consult. 27 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>>.

CALLEJA, Álvaro Manuel Monge - A Investigação Criminal Face à Globalização e o Cibercrime. Revista Semestral de Investigação Criminal- Ciências Criminais e Forenses N. 11, Ensaios e Estudos. Lisboa (2017) 171 – 187.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito Constitucional e teoria da Constituição. Lisboa: Almedina, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes ; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

CARDOSO, António De Jesus S. C. S.; CORTINHAS, Ricardo Filipe Da Silva - «Agente Encoberto - Apoio à Atividade de Investigação Criminal» Undercover Agent-Support for Criminal Investigation Activity. Revista de Direito e Segurança. A. 4, n. 8, (2016) 81 – 106.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA - Parecer sobre o Projecto de Lei nº 28/IX - Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde (43/CNECV/2004) [Em linha]. Lisboa : Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. [Consult. 23 jun. 2020] Disponível em

WWW:<URL:https://www.cneqv.pt/pt/pareceres/parecer-sobre-o-projecto-de-lei-no-28-ix-informacao-genetica-pes>.

CONVENÇÃO Europeia de Direitos Humanos [Em linha]. Washington : OEA. [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=536&IID=4>.

CONVENÇÃO Europeia dos Direitos Humanos [Em linha]. Strasbourg : Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>.

CONVENÇÃO Sobre o Cibercrime [Em linha]. Lisboa : Assembleia da República, 2020. [Consult. 19 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d76574339305a58683062334d76634842794d544d794c5668664d53356b62324d3d&fich=ppr132-X_1.doc&Inline=true>.

CORREIA, João Conde - A prova Digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter. Revista do Ministério Público. N. 139 (2014) 29 – 59.

CORTEZ, Frederico - A Internet Of Everything e a Dimensão Ciber do Terrorismo. Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses. Lisboa. N. 5 (2019) 96 – 121.

COSTA, Eduardo Maia - Ações Encobertas (Alguns problemas, algumas sugestões). Memória do Conselheiro Artur Maurício. (2014) P. 357 – 369.

COSTA, José Neves Da - Provas ilicitamente obtidas por particulares. Em MENDES, Paulo de Sousa, coord. ; PEREIRA, Rui Soares, coord. - Prova penal teórica e prática. Coimbra : Almedina, 2019. p. 159 – 193.

CRUZ, Maria Do Socorro Corrêa da - Redes sociais virtuais: percepção, finalidade e a influência no comportamento dos académicos. Brazilian Journal of Development [Em linha]. 6:3 (mar. 2020). [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/7681/6660>.

CRUZ, Maria do Socorro Corrêa da - Redes sociais virtuais: percepção, finalidade e a influência no comportamento dos académicos. Brazilian Journal of Development. (2020) P. 12433 – 12446.

CUNHA, Amanda; MARTINS, Mello Smith - Privacidade e Proteção de Dados como Direitos Fundamentais no Ambiente Digital. Direito na Lusofonia: Direito e Novas Tecnologias. Braga. (2018) P. 1 – 7.

DAVIES, Harry - Ted Cruz using firm that harvested data on millions of unwitting Facebook users. The Guardian [Em linha]. (11 dec. 2015). [Consult. 27 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.theguardian.com/us-news/2015/dec/11/senator-ted-cruz-president-campaign-facebook-user-data>.

DECISÃO-QUADRO 2005/222/JAI do Conselho de 24 de Fevereiro de 2005 relativa a ataques contra os sistemas de informação. Eur-Lex [Em linha]. Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2005. [Consult. 19 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32005F0222>.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. DRE [Em linha]. Lisboa : INCM. [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

DECRETO do Presidente da República n.º 89/2009. DRE [Em linha]. Lisboa : INCM. [Consult. 18 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://dre.pt/pesquisa/-/search/489714/details/maximized?print_preview=print-preview>.

DIAS, Jorge De Figueiredo - Direito Processual Penal. Edição policopiada das lições coligadas por Maria João Antunes. Coimbra: FDUC Editora, 1988.

DIAS, Vera Marques - A ameaça do Cibercrime numa Sociedade Ciberdependente. Revista de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses. Lisboa. N. 4, Ensaios e Estudos. (2019) 132 – 155.

Digital Evidence : Standards and Principles Scientific Working Group on Digital Evidence (SWGDE)International Organization on Digital Evidence (IOCE). FBI [Em linha]. [S.l.] : FBI, 2000. [Consult. 19 dez 2020] Disponível em

WWW:<URL:https://archives.fbi.gov/archives/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2000/swgde.htm>.</p></div><div data-bbox="138 157 859 308" data-label="Text"><p>DIRECTIVA 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Março de 2006 relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Directiva 2002/58/CE. Eur-Lex [Em linha]. Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2006. [Consult. 19 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0024&from=FI>.</p></div><div data-bbox="138 328 859 436" data-label="Text"><p>DL n.º 48/95, de 15 de Março : Código Penal de 1982 : versão consolidada posterior a 1995(versão actualizada). PGR Lisboa [Em linha]. Lisboa : PGR. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=109&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=">.</p></div><div data-bbox="138 455 859 539" data-label="Text"><p>DOUG GROSS - Is Facebook growth stalling in North America?. CNN [Em linha]. (15 June 2011). [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://edition.cnn.com/2011/TECH/social.media/06/13/facebook.dropping.america/index.html>.</p></div><div data-bbox="138 560 859 667" data-label="Text"><p>DUPUY, Daniela - Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho Penal Y Procesal Penal. Cibercrimen : II Nuevas conductas penales y contravencionales : inteligencia artificial aplicada al Derecho penal y proceso penal: Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital : cooperación internacional y victimología. Montevideo : Editorial B de F, 2018. P. 279 – 300.</p></div><div data-bbox="138 687 859 749" data-label="Text"><p>EMPREGADAS à venda: investigação da BBC revela mercado *Online* de escravas – Kuwait. BBC News [Em Linha]. (16 Nov. 2019). [Consult. 15 Dez. 2019]. Disponível em WWW:<URL:https://www.youtube.com/watch?v=txRG90jkOdY>.</p></div><div data-bbox="138 769 859 831" data-label="Text"><p>ENSINO Superior. Em XXVI Simpósio de Gestão, da inovação tecnológica [Em linha] [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://www.anpad.org.br/admin/pdf/simposio68.pdf>.</p></div><div data-bbox="138 851 859 890" data-label="Text"><p>ENTENDA o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA [Em linha]. Atual. 14 fev. 2014. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em</p></div><div data-bbox="138 942 329 956" data-label="Page-Footer"><p>Antónia Manuela Garcia Murça</p></div><div data-bbox="826 942 859 956" data-label="Page-Footer"><p>156</p></div>

WWW:<URL:<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>>.

ESGUERRA, Richard - A Handy Facebook-to-English Translator [Em linha]. Atual. 28 abr. 2010. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.eff.org/deeplinks/2010/04/handy-facebook-english-translator>>.

ESPECIALISTA prevê um aumento no número de crimes cibernéticos patrocinados pelo estado [Em linha]. Atual. 13 de fevereiro de. 2017. [Consult. 19 dez 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://www.securitylab.ru/news/485310.php>>.

EUROPEAN Cybercrime Center - EC3 [Em linha]. [Consult. 19 dez. 2020], Disponível em WWW:<URL:<https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3>>.

FACEBOOK Adds «Marketplace» of Classified Ads [Em linha]. Atual. 12 mai. 2007. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://phys.org/news/2007-05-facebook-marketplace-ads.html>>.

FACEBOOK atinge os 2 bilhões de usuários. G1 : Globo.com [Em linha]. Atual. 27 jun. 2017. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/facebook-atinge-os-2-bilhoes-de-usuarios.ghtml>>.

FÓRUNS, tópicos e postagens [Em linha]. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://forum.vbulletin.com/help?faq=vb3_board_usage#faq_vb3_forums_threads_posts>.

FURTADO, Franklim - O Agente Infiltrado. Revista de Direito e Cidadania. V n.º16/17. (2002) P. 9 – 16.

GASPAR, António Henriques - As Acções Encobertas e o Processo Penal - Questões sobre a Prova e o Processo Equitativo. Revista do Centro de Estudos Judiciários - Medida de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira. (2004) P. 43 – 53.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João - Crime. Medidas de Coação e Prova. O Agente Infiltrado, Encoberto e Provocador. Lisboa: Almedina Editora, 2015.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - Lei e Crime - O Agente Infiltrado versus o Agente Provocador. Os Princípios do Processo Penal. Coimbra: Almedina Editora, 2001.

GONÇALVES, João Gama - A Prova Digital e os Desafios da Investigação. Estudos em Homenagem a Agostinho Pereira de Miranda. Coimbra. (2019) P. 149 – 179.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - Código de Processo Penal - Anotado e Legislação Complementar. [S.l.] : Almedina Editora, 2009.

GONZÁLEZ, José Alberto R. L.; GONZÁLEZ, Maria Do Carmo P. F. L. - Guia de Estudo de Direito- Técnicas de estudo. Resolução de casos práticos. Esquemas. Lisboa: Quid Juris Sociedade editora, 2008.

GUILHERME SIQUEIRA BEZ, RAFAEL ÁVILA FARACO, MARIA TEREZINHA ANGELONI - Aplicação da Técnica de Análise de Redes Sociais em uma Instituição de HUMBERTO, Eco - Como se Faz Uma Tese em Ciências Humanas. Lisboa: Editorial Presença, 2007

HACKER [équèr] ou [áquèr] «hackers». Em Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [Em linha]. 2008-2020. [Consult. 19 dez 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://dicionario.priberam.org/hackers>.

JURISPRUDÊNCIA Internacional (Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH). European e-Justice [Em linha]. [Consult. 18 Fev 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://e-justice.europa.eu/content_international_case_law-150-pt.do>.

LEI de investigação criminal 1 Lei nº 30/VII/2008 de 21 de Julho [Em linha]. [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.policianacional.cv/index.php/legislacao/doc_download/45-lei-de-investigacao-criminal>.

LEI n.º 10/20, de 16 de Abril de 2020. Das Acções Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal. Angola Forex : Kwanza's Life & Value in Angola [Em linha]. Actual. de abril de 2020. [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://angolaforex.com/2020/04/17/diario-da-republica-i-a-serie-n-o-50-de-16-de-abril-de-2020>.

LEI n.º 32/2008 de 17 de Julho Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações. DRE [Em linha]. Lisboa : INCM. [Consult. 19 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://dre.pt/pesquisa/-/search/456812/details/normal?q=Lei+n.%C2%BA%2032%2F2008%2C%20de+17+de+Julho>>.

LEI n.º 33/2007, de 13 de Agosto, Regula a instalação e utilização de sistemas de videovigilância em táxis. DRE [Em linha]. Lisboa : INCM. [Consult. 18 Fev 2020] Disponível em WWW:<URL:<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/636950/details/normal?q=Lei+N%C2%BA%2033%2F2007%2C%202007-08-13>>.

LEI n.º 10.217 de 11 de abril de 2001. altera os arts. 1º e 2º, da lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas [Em linha]. [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10217.htm>.

LOPES, José Mouraz; CABREIRO, Carlos Antão - A Emergência da Prova Digital na Investigação da Criminalidade Informática. Sub Judice. Justiça e Sociedade. N.º 35. Coimbra. (2006) 71– 79.

LOUREIRO, Nuno Miguel - A Responsabilidade Penal do Agente Encoberto. Revista do Ministério Público. n.º 142. Ano 36. Lisboa. (2015) 79– 120.

LUDOVICI, Maurício - O Agente Infiltrado e a Ordem Jurídica Portuguesa. Em ALVES, MANUEL JOÃO; VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES (Eds.) - Trad. Fernando GONÇALVES Lei e Crime - O Agente Infiltrado Versus O Agente Provocador. Os Princípios do Processo Penal. Lisboa: Almedina Editora, 2001. P. 263 – 304.

MACEDO, João Carlos Cruz Bárbosa De - Algumas considerações acerca dos crimes informáticos em Portugal. In: Direito penal hoje : novos desafios e novas respostas. Coimbra. (2009) 221– 262.

MACHADO, Jónatas Mendes - Liberdade De Expressão - Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002

MARTINS, José Carlos - Cibersegurança: O Centro Nacional de Cibersegurança. Revista de Ciências Sociais e Políticas. N.º 4. Lisboa. (2016) P. 133 – 139.

MATA-MOUROS, Maria De Fátima - Juiz das Liberdades - Desconstrução de um Mito do Processo Penal. Lisboa: Almedina, 2011

MEIREIS, Manuel Augusto - «Homens de confiança»: será o caminho?. Em VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, coord. - II Congresso de Processo Penal. Coimbra : Almedina, 2006. P. 81 – 101.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves - O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal. Coimbra: Almedina Editora, 1999

MENEZES, Sofia Saraiva - O Direito ao Silêncio: A Verdade por trás do Mito. Prova Criminal e Direito de Defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra, 2010. P. 117 – 136.

MENSAGEIROS instantâneos. Em Glossário Académico UAB [Em linha]. Lisboa : Universidade Aberta, 2017. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://portal.uab.pt/gestaoacademica/glossary/mensageiros-instantaneos/>>.

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro De; MEDEIROS, Rui - Constituição Portuguesa Anotada. [S.l.] : Universidade Católica Editora, 2017

MOREIRA, Teresa Coelho - To Be Or Not Be Digital: O Controlo Das Redes Sociais Online dos Candidatos no Processo de Recrutamento. Para Jorge Leite. Coimbra. 2014) P. 625 – 645.

MUÑOZ CONDE, Francisco De - De Las Prohibiciones Probatorias al Derecho Procesal Penal del Enemigo. Buenos Aires: Hammurabi Editora, 2008

NASCIMENTO, André Pestana; BARBOSA, Maria - Facebook: Esfera Privada ou Pública? Análise Jurisprudencial. Actualidad Jurídica Uría Menéndez. N.º 40. Madrid. 2015) P. 68 – 79.

NEWTON, Casey - Facebook scandal «hit 87 million users». BBC [Em linha]. atual. abril 2018. [Consult. 27 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.bbc.com/news/technology-43649018>.

NICOLÁS, Gonzalez; SERRANO, Cuellar - Garantias Constitucionales de la Persecución Penal en el Entorno Digital. Prueba Y Proceso Penal. (Análisis especial de la Prueba Prohibida en el Sistema Español y en el Derecho Comparado). Valencia, 2008. P. 149 – 182.

NOTÍCIAS/informações sobre a rede social Facebook [Em linha]. [Consult. 25 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://about.fb.com/news/>.

NOVAIS, Jorge Reis - As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis - Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NSA capta dados de rede social para traçar perfil de americanos, diz jornal [Em linha]. Atual. 29 set. 2013. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/09/nsa-capta-dados-de-redes-sociais-para-tracar-perfil-de-alvos-diz-jornal.html>.

NUNES, Duarte Alberto Rodrigues - Os Meios De Obtenção De Prova Previstos Na Lei Do Cibercrime. Coimbra: Gestlegal Editora, 2018

OBTAINING and using evidence from social networking sites [Em linha]. San Francisco : U.S. Department of Justice, 2010. [Consult. 27 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.eff.org/files/filenode/social_network/20100303__crim_socialnetworking.pdf>.

ONETO, Isabel - O Agente Infiltrado. Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PACTO Internacional sobre os direitos civis e políticos [Em linha]. Lisboa : Ministério Público. [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf>.

PALMA, Fernanda - Agente provocador [Em linha], atual dezembro 2011. [Consult. 16 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.cmjornal.pt/opiniao/detalhe/agente-provocador>.

PEREIRA, Alexandre; POUPA, Carlos - Como Escrever uma Tese, Monografia ou Livro Científico Usando o Word. [S.I.] : Edições Sílabo, 2018.

PEREIRA, Rui - O Agente Encoberto na Ordem Jurídica Portuguesa. Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. II (2005).

PEREIRA, Vitor - Contributo para o Estudo das Ações Encobertas: Breve resenha histórica. Revista de Investigação Criminal- Ciências Criminais e Forenses. N.º 10. Estudos e Ensaios. Lisboa. (2016) 102 – 120.

PINHEIRO, Guilherme Pereira - Os Novos Intermediários da Informação: Redes Sociais, Buscadores e a Liberdade de Expressão. Direito na Lusofonia: Direito e Novas Tecnologias. Braga. (2018) P. 119 – 126.

PINTO, Lara Sónia - Privilégio Contra A Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido. Prova Criminal e Direito de Defesa. Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Coimbra. (2010) P. 91 – 116.

PRISM: O Sistema Americano que regista tudo o que fazemos [Em linha]. Atual. 17 jun. 2013. [Consult. 26 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://pplware.sapo.pt/informacao/prism-o-sistema-americano-que-regista-tudo-o-que-fazemos/>.

PROCURADORIA GERAL DISTRITAL DE LISBOA – PGDL [Em linha]. Lisboa : PGDL, 2020. [Consult. 14 nov. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php>.

RAMALHO, David Silva - A investigação criminal na Dark Web. Revista de Concorrência e Regulação. A. 4, n. 14-15 (Abr.-Set. 2013), p. 383-429.

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

RAMOS, Armando Dias - A Prova Digital em Processo Penal : O Correio Eletrónico. Lisboa : Chiado editora, 2014

RAMOS, Armando Dias - A Prova Digital na Investigação do (Ciber)terrorismo. Investigação Criminal. N.º 9 (2015) P. 110 – 135.

RAMOS, Vânia Costa; DIAS, Augusto Silva - Fundamento Geral do Direito À Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Direito Processual Penal Português. [S.I.] : Coimbra Editora, 2009.

REGIME jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal [Em linha]. Lisboa : PGR. [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis&so_miolo=>>.

REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Eur-Lex [Em linha]. Luxembourg : Publications Office, 2016. [Consult. 27 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2016:119:FULL>>.

RESOLUÇÃO da Assembleia da República n.º 88/2009. DRE [Em linha]. Lisboa : INCM. [Consult. 18 jan. 2020]. Disponível em WWW:<URL:<https://dre.pt/pesquisa/-/search/489698/details/maximized>>.

RODRIGUES, Benjamim Silva - Da prova penal. bruscamente... a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal. [S.I.] : Rei dos Livros Editora, 2010.

RODRIGUES, Benjamim Silva - Das escutas telefónicas. à obtenção da prova [Em Ambiente] Digital. A Monitorização Dos Fluxos Informacionais E Comunicacionais. Coimbra: Coimbra editora, 2009.

RODRIGUES, Benjamim Silva - Direito Penal - Parte Especial. Direito Penal Informático-Digital. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SAIN, Gustavo - Criminalidad organizada e Internet: el uso de tecnologías digitales para el blanqueo ilícito de capitales. In DUPUY, Daniela, dir. – Cibercrimen : Aspectos de derecho penal y procesal penal: cooperación internacional: recolección de evidencia digital: responsabilidad de los proveedores de servicios de internet. Montevideo : Editorial B de F, 2016. Vol 1.P. 249 – 275.

SILVA, Daniel - As Ações Encobertas no Estado de Direito Democrático. Revista de Investigação Criminal. Ciências Criminais e Forenses. N.º 5. Ensaios e Estudos. (2013) 35 – 61.

SILVA, Danni Sales - Da Validade Processual Penal das Provas obtidas em Sites de Relacionamento e a Infiltração de Agentes Policiais no Meio Virtual. Revista Brasileira de Ciências Criminais. 120 (2016) 1 – 13.

SILVA, Germano Marques Da - Bufos Infiltrados, Provocadores e Arrependidos - os Princípios Democráticos e da Lealdade em Processo Penal. Em Trad. Tereza Pizarro Belez - Apontamentos de Direito Processual Penal I. Lisboa : AAFDL Editora, 1995. V. III. P. 63–69.

SILVA, Germano Marques Da - Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos: Os Princípios Democrático e da Lealdade em Processo Penal. Direito e Justiça. Lisboa. 8, Tomo II (1994) P. 27 – 34.

SILVA, Germano Marques Da - Curso de Processo Penal I. Noções Gerais. Elementos do Processo Penal. [S.l.] : Verbo Editora, 2010.

SILVA, Germano Marques Da - Direito Processual Penal Português. Noções e Princípios Gerais; Sujeitos Processuais; Responsabilidade Civil Conexa com a Criminal; Objecto do Processo. [S.l.] : Universidade Católica Editora, 2017.

SILVA, Germano Marques Da - Meios Processuais Expeditos no Combate ao Crime Organizado (A Democracia em Perigo?). Lusíada Direito. Lisboa. Lisboa. 3 (2005) 71 – 81.

SINTRA, António - Técnicas Especiais de Investigação Criminal - Factor de Segurança. Lusíada - Política Internacional e Segurança. Lisboa. 4 (2010) 173 – 192.

SOUSA, Paulo Pinto De - As Acções Encobertas. Meio Enganoso de Prova? Agente Infiltrado e Agente Provocador outras questões. Revista do Centro de Estudos Judiciários. 14 (2010) 231 – 247.

SOUSA, Susana Aires De - Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões. Em ANDRADE, Manuel da Costa, org. -Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra : Coimbra Editora, 2003. P. 1207 – 1235.

STING Operations [Em linha]. Atual. 2007. [Consult. 23 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://popcenter.asu.edu/content/sting-operations-0>.

THE GLOBAL Risks Report [Em linha]. [Consult. 19 dez 2020] atual. 2017. Disponível em WWW:<URL:http://www3.weforum.org/docs/GRR17_Report_web.pdf>.

TORRES, Mário José de Araújo - Parecer do Coselheiro Mário Torres sobre «o Direito de asilo» [Em linha]. [Consult. 18 jun. 2020]. Disponível em WWW:<URL:http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/mjat.html#N_2>.

TRIBUNAL Constitucional [Em linha]. Lisboa : Tribunal Constitucional, 2020. [Consult. 14 set. 2020]. Disponível em WWW:<URL:https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>.

VENÂNCIO, Pedro Dias - «O “Novo” Regulamento Nacional de Interoperabilidade Digital». Direito na Lusofonia: Direito e Novas Tecnologias. Braga, 2018. P. 391 – 398.

VENÂNCIO, Pedro Dias - Lei do Cibercrime - Anotada e Comentada. [S.l.] : Wolters/Kluwer Coimbra Editora, 2011.

VERDELHO, Pedro - A Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa : repercussões na lei portuguesa. Em MELLO, Alberto de Sá e [et al.] - Direito da Sociedade da Informação. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. Vol. 6, p. 257 –276.

VERDELHO, Pedro - A Nova Lei do Cibercrime. Scientia Iuridica. T. 58, n. 320. Braga. (Outubro-Dezembro) P. 717 – 749.

VERDELHO, Pedro - A Obtenção de Prova no Ambiente Digital. Revista do Ministério Público. A. 25, n. 99. Lisboa. (2004) P. 117 – 136.

VERDELHO, Pedro - Anotação à Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro - Lei do Cibercrime. Em BRANCO, JOSÉ (Ed.) - Trad. Paulo Pinto De ALBUQUERQUE Comentário das Leis Penais Extravagantes. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010v. I. p. 513 – 516.

VERDELHO, Pedro - Cibercrime. Em Direito da Sociedade da Informação. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. P. 347-383, Alberto de Sá e Mello.

VERDELHO, Pedro - Obtenção de Prova Online. Cibercrimen : I - Aspectos de derecho penal y procesal penal : cooperación internacional : recolección de evidencia digital : responsabilidad de los proveedores de servicios de internet. Montevideo : Editorial B de F, 2016. P. 441 – 449.

VERDELHO, Pedro - Técnica no novo C.P.P.: exames, perícias e prova digital. Revista do CEJ. Lisboa. ISSN 1645-829X. 9 (1.º semestre 2008) 145-171.

VERDELHO, Pedro; BRAVO, Rogério; ROCHA, Manuel Lopes - Leis do Cibercrime. Lisboa : [s.n.].