

PROVA CRIMINAL E DIREITO DE DEFESA

ESTUDOS SOBRE TEORIA
DA PROVA E GARANTIAS DE DEFESA
EM PROCESSO PENAL



ALMEDINA

TERESA PIZARRO BELEZA

FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

COORDENAÇÃO

ANA RITA FIDALEO

EURICO BALBINO DUARTE

FÁBIO LOUREIRO

LARA SOFIA PINTO

LUÍS MARTINS DE OLIVEIRA

NUNO SERRÃO DE FARIA

RITA SERRANO

SANDRA PEREIRA

SOFIA SARAIVA DE MENEZES

PROVA CRIMINAL E DIREITO DE DEFESA

Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal

AUTORES

ANA RITA FIDALGO • EURICO BALBINO DUARTE • FÁBIO LOUREIRO
LARA SOFIA PINTO • LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA • NUNO SERRÃO DE FARIA
RITA SERRANO • SANDRA PEREIRA • SOFIA SARAIVA DE MENEZES

COORDENADORES

TERESA PIZARRO BELEZA
FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Rua Fernandes Tomás n.ºs 76, 78, 80
3000-167 Coimbra
Tel.: 239 851 904
Fax: 239 851 901
www.almedina.net
editora@almedina.net

PRÉ-IMPRESSÃO

G.C. GRÁFICA DE COIMBRA, LDA

IMPRESSÃO | ACABAMENTO

DPS - DIGITAL PRINTING SERVICES, LDA

Janeiro, 2013

DEPÓSITO LEGAL

305059/10

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação

Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal / coord. Teresa Pizarro Beleza, Frederico de Lacerda da Costa Pinto. – (Obras colectivas)
ISBN 978-972-40-4090-5

I – BELEZA, Teresa, 1951-

II – PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 1961-

CDU 343

penal, uma vez que ela está feita, em nosso entender, de modo excessivamente disperso e difuso.

Para tirar o direito ao silêncio da «sombra», parece-nos ser impenativo sistematizá-lo, com clareza e uniformidade, tentando assim reduzir-se o número de disposições legais avulsas que têm que ser encontradas no Código de Processo Penal para depois serem lidas e repensadas de modo a tentar desvendar-se o seu verdadeiro significado e aplicação. Nos termos em que o direito ao silêncio está agora previsto, só o compreenderá quem o procure e sobre ele se debruce com atenção. Ora, em nosso entender, tal situação não se coaduna com o seu estatuto, enquanto concretização directa das garantias de defesa constitucionalmente asseguradas ao arguido.

A RECOLHA DE PROVA POR AGENTE INFILTRADO

SANDRA PEREIRA

A sociedade que assim se organize, que consinta a delação organizada e a estimule tem na sua própria estrutura os gérmenes da sua destruição. E da história.

Germano Marques da Silva

SUMÁRIO: Introdução. I. Enquadramento constitucional. II. Conceito de agente infiltrado e demarcação face a outras figuras. III. Admissibilidade do agente infiltrado. IV. Regime legal das acções encobertas. 1. Crimes abrangidos. 2. Quem pode ser agente infiltrado. 3. O relato do agente infiltrado. V. Depoimento do agente infiltrado. 4. Admissibilidade do depoimento em audiência de julgamento. 5. Valor probatório. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente texto corresponde a um estudo feito sobre a figura do agente infiltrado, visando, por um lado, analisar alguns aspectos controversos na perspectiva processual penal e, por outro, fazer uma sistematização de posições doutrinárias sobre a actuação deste agente. Não temos a pretensão de contribuir para o enriquecimento de um estudo por fazer, mas tão-somente de apresentar um trabalho oriundo de um esforço intelectualmente honesto e sério que foca alguns aspectos do regime que entendemos serem interessantes.

Nesse sentido, seleccionámos cinco grupos de questões: enquadramento constitucional, definição do conceito, admissibilidade, regime legal e depoimento. Dentro de cada grupo foram abordadas matérias que, a

nosso ver, serão as mais adequadas para quem pretende dedicar uma especial atenção ao direito processual penal.

Assim sendo, ao longo da pesquisa e da elaboração do presente texto, tivemos sempre em mente as seguintes questões: por um lado, que tipo de investigação criminal temos consagrada nos preceitos legais e, por outro, que tipo de investigação criminal queremos. Foi tentando responder a estas perguntas que surgiu a ideia central do texto: o agente infiltrado é necessário e a sua actuação justificável em determinadas condições, conquanto ele não deva consubstanciar uma técnica de investigação primária e diferenciada quanto ao seu âmbito de aplicação. Tal conclusão seria o consagrar de um Direito em que se ultrapassem os limites do razoável e do eticamente admissível: um Direito em que os fins justifiquem os meios.

I. ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL

A análise da figura do agente infiltrado implica que se faça um enquadramento constitucional relativamente aos direitos fundamentais aplicáveis nesta matéria em particular. Efectivamente, o recurso à Constituição é indispensável, na exacta medida em que «o direito processual penal anda estreitamente associado à Constituição, desde a origem do constitucionalismo, a ponto de já ter sido considerado o verdadeiro “sismógrafo” de uma lei fundamental: “a cada nova ordem constitucional, um novo direito processual penal”»¹.

Assim, reflectir sobre a consagração legal do agente infiltrado com referência ao respectivo enquadramento constitucional passa necessariamente por ter consciência de que este direito tem mais do que uma dimensão técnico-jurídica: «não pode dizer-se que o processo penal tenha fundamental e exclusivamente uma natureza formal e técnica. Tem alta significação ética e, empregando a expressão em sentido diferente do normal, política. É nela que se revela mais nitidamente a coordenação do Estado e do indivíduo»². De facto, quando se fala nestes agentes pensamos de imediato na possível tensão entre, por um lado, os valores e interesses relativos à investigação criminal e, por outro, nos valores da dignidade humana, da lealdade e da integridade pessoal.

¹ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 515.

² RUI PINHEIRO/ARTUR MAURÍCIO – *Classicos Jurídicos, A Constituição e o Processo Penal*, 1.^a edição em 1976, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 12.

Ora, os direitos fundamentais têm um papel absolutamente central na ordem jurídica de um Estado, desempenhando diversas funções. Desde logo, os princípios fundamentais «nas suas múltiplas dimensões e desenvolvimentos, formam o *cerne da Constituição* e consubstanciam a sua *identidade intrínseca*»³, mas nem só. Eles funcionam como «operadores para se aquilatar da legitimidade ou legitimação da ordem constitucional positiva»⁴.

Por isso mesmo, por terem um lugar central na arquitectura constitucional e no ordenamento jurídico que integram, a sua restrição e harmonização tem de obedecer a determinados critérios constitucionalmente previstos. Só assim é que a conformação dos direitos fundamentais em concreto pode ser tida como admissível. A este respeito, não podemos deixar de focar o art. 18.º da CRP: esta norma exclui «inequivocamente uma *clausula geral* de restrição»⁵, daqui resultando que os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal for necessário e indispensável, designadamente para salvaguardar outros direitos e interesses com tutela constitucional.

Feito este breve enquadramento, vejamos agora o que está em causa na matéria dos agentes infiltrados no contexto da Constituição. Quando se analisa o regime jurídico previsto para as acções de investigação criminal que admitem a utilização de agentes infiltrados, há várias questões que se levantam sobre diversos direitos constitucionalmente protegidos, como o direito de defesa, o contraditório, a mediação, entre outros. Importa, assim, levantar desde já a questão de saber que tipo de investigação está consagrada no nosso ordenamento jurídico quando se utilizam meios de obtenção de prova como os agentes infiltrados no quadro das imposições e das garantias constitucionais referentes ao processo criminal (que constam essencialmente do art. 32.º da CRP).

A investigação criminal «deve-se [sic] apresentar como o primeiro patamar da tutela dos direitos e liberdades individuais contra os abusos do *jus puniendi* do Estado»⁶. Daí que entendamos, tal como MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, que «os direitos fundamentais impõem uma atitude contra o exercício do poder autoritário no sentido de que exigem

³ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA – *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 71.

⁴ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA – *Fundamentos...*, cit., p. 72.

⁵ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA – *Fundamentos...*, cit., p. 133.

⁶ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE – *Regime Jurídico da Investigação Criminal Comentado e Anotado*, 3.^a edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2003, p. 43.

que todo e qualquer processo se execute segundo as regras da transparência democrática. O processo-crime, *maxime* a investigação criminal, deve decorrer de forma transparente sem qualquer subterfúgio capaz de conduzir o cidadão mais incauto a actos ilícitos»⁷.

No entanto, convém não esquecer que a investigação criminal também desempenha uma função importante e representa a concretização de valores igualmente importantes e igualmente atendíveis. De facto, «a radicalização dos direitos fundamentais, que conduziria à eliminação da sua dimensão objectiva, redundaria na paralisação da eficácia da administração da justiça, entendida esta como uma imposição ao Estado de Direito»⁸.

Assim sendo, o presente artigo tenta acautelar o frágil equilíbrio entre as disposições constitucionais relativas à investigação criminal e à necessária eficácia que ela implica por razões de segurança dos cidadãos e as referentes à dignidade da pessoa humana, à integridade moral e às garantias do processo criminal. É partindo desta ideia que pretendemos avaliar a admissibilidade do agente infiltrado e aferir se a consagração legal das acções encobertas tem em conta os direitos fundamentais mencionados e os princípios de processo penal inerentes à nossa estrutura constitucional.

II. CONCEITO DE AGENTE INFILTRADO E DEMARCAÇÃO FACE A OUTRAS FIGURAS

A figura do agente infiltrado sempre gerou algumas dificuldades dogmáticas, quer no plano substantivo, quer no plano processual, contribuindo para o avolumar dessas dificuldades a inexistência de uma delimitação clara do conceito. A consagração legal da figura do agente infiltrado, plasmada no Decreto-Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, que estabelece o regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, veio dar uma contribuição importante ao tentar definir os contornos da actuação do aí designado agente encoberto⁹. Efectivamente, o art. 1.º, n.º 2, deste diploma vem definir que as acções encobertas são «desenvolvidas por funcionários de investigação criminal

ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade». A partir desta consagração legal, várias são as delimitações conceptuais possíveis, especialmente no que toca ao grau de participação do agente nas operações de prevenção e repressão dos crimes.

Para conseguirmos traçar as características distintivas do agente infiltrado temos necessariamente de o contrapor à figura do agente provocador. É a distinção que mais frequentemente é feita pela doutrina e pela jurisprudência, sendo também a que mais dificuldades coloca. Para tal, vamos tentar fazer uma breve súpula de algumas posições doutrinárias a esse respeito.

Para delimitar estes conceitos, GERMANO MARQUES DA SILVA e MANUEL DA COSTA ANDRADE referem-se à contribuição do agente para a formação do crime. O primeiro entende que o agente infiltrado se caracteriza por não participar na prática do crime, «a sua actividade não é constitutiva, mas apenas informativa»¹⁰. Pelo contrário, o agente provocador será aquele que utiliza a provocação como instrumento de actuação, ou seja, ele «não revela um crime e um criminoso, mas cria o próprio crime e o próprio criminoso»¹¹. MANUEL DA COSTA ANDRADE, inspirando-se na doutrina alemã, acolhe um conceito amplo de «homens de confiança», englobando nesta designação tanto os agentes infiltrados como os agentes provocadores. Ou seja, cabem nesta designação os agentes que «quer se limitem à recolha de informações (*Polizeispitzel, detection*), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime»¹². Como é bom de ver, os primeiros corresponderão aos agentes infiltrados ou encobertos e os segundos aos agentes provocadores.

MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS procede a uma estruturação diferente, entendendo que há três modalidades distintas de «homens de confiança»: os agentes encobertos, os agentes infiltrados e os agentes provocadores.

O agente encoberto será um funcionário policial ou um terceiro à sua orden que, sem revelar a sua identidade, frequenta meios previsivelmente criminosos com o objectivo de recolher possíveis indícios relevantes,

¹⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA – «Bufos, infiltrados e arrendpidos. Os princípios Democrático e da Lealdade em processo penal», in *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica*, Volume VIII, II, 1994, p. 29.

¹¹ GERMANO MARQUES DA SILVA – «Bufos, infiltrados e arrendpidos. Os princípios...», cit., p. 31.

¹² MANUEL DA COSTA ANDRADE – *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 220.

⁷ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE – *Regime Jurídico da Investigação...*, cit., p. 44.

⁸ ISABEL ONETO – *O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 170.

⁹ A questão relativa a saber se agente encoberto é sinónimo de agente infiltrado será discutida mais adiante.

mas cuja presença e cuja qualidade «não determinam nem influenciam de forma alguma o rumo dos acontecimentos, naquele lugar e naquele momento poderia estar qualquer outra pessoa e as coisas aconteceriam da mesma forma»¹³.

Já quanto ao agente infiltrado, este também não terá uma conduta que propicie a ocorrência dos factos, limitando-se a ganhar a confiança dos suspeitos de forma a obter material probatório contra os suspeitos, «mantendo-se a par dos acontecimentos, acompanhando a execução dos factos, praticando actos de execução se necessário for»¹⁴.

Assim, uma das principais diferenças no entendimento deste autor entre agente encoberto e agente infiltrado parece ser o grau de intervenção e de integração do agente na situação criminosa. No primeiro caso a intervenção é mínima, o agente é um mero observador, enquanto que no caso do agente infiltrado a sua actuação, embora não seja formadora do crime, pode incluir, se necessário, actos de execução do mesmo.

Por último, o agente provocador distingue-se-á das demais categorias por ter uma atitude pró-activa no decurso dos acontecimentos; são aqueles agentes que, aproveitando «uma certa predisposição do sujeito para o crime, o convencem à sua prática»¹⁵. Na realidade, a sua conduta não será diferente daquela que é típica de um instigador.

Como última referência doutrinária é útil referir a posição de Isabel ONETO, desde logo porque apresenta um entendimento diferente face ao defendido por MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS. Para esta autora, o agente infiltrado tem uma participação activa; ele não é apenas um observador, mas também não actua como instigador ou como autor mediato. O agente infiltrado será o «agente policial, ou terceiro sob a orientação daquele, que, no âmbito da prevenção ou repressão criminal, e com o fim de obter provas incriminatórias sobre determinadas actividades criminosas, oculta a sua identidade e qualidade, podendo praticar factos típicos sem, contudo, os poder determinar»¹⁶.

Ao contrário de MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, ISABEL ONETO entende que, a fazer-se uma distinção entre agente infiltrado e agente encoberto, ela terá de ser no sentido de entender o segundo como uma subespécie do primeiro. Diz a autora que «o “polícia à paisana” corres-

¹³ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS – «Homens de confiança» in *II Congresso de Processo Penal*, Alameda, Lisboa, 2006, p. 93.

¹⁴ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS – «Homens de...», cit., p. 94.

¹⁵ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS – «Homens de...», cit., pp. 93 e 94.

¹⁶ ISABEL ONETO – *O agente infiltrado: contributo para a compreensão...*, cit., p. 150.

ponde à definição de ALVES MEIREIS para o agente encoberto»¹⁷ e, nessa sentido, nenhum dos dois provoca o crime nem intervém de forma significativa no desenrolar dos acontecimentos. A sua presença nesse tempo e espaço é inócua para a verificação do crime. Portanto, a distinção entre agente encoberto e agente infiltrado só é relevante se entendermos que entre o agente à paisana e o agente encoberto não há diferenças. Conclui, assim, que o agente encoberto é «aquele que pode ocultar a sua qualidade ou identidade no seu relacionamento com terceiros, mantendo-os na sua ignorância para ganhar a sua confiança»¹⁸ e que não há autonomia conceptual deste, mas, a entender-se o contrário, ele será uma subespécie do agente infiltrado.

Tendo em conta as diversas posições doutrinárias apresentadas, parece-nos que a distinção entre agente provocador e agente infiltrado terá de utilizar os critérios relativos ao grau de intervenção do agente no desenrolar dos factos e ao contributo do mesmo para a formação da vontade criminosa, ou seja, para a prática do crime.

Assim, no nosso entendimento, o agente infiltrado será aquele sujeito (agente da autoridade ou terceiro por si comandado) que não determina outrem à prática do crime, mantendo-se à margem da formação da vontade de cometer o ilícito criminal. Limitar-se-á a observar a eventual prática de crimes e, se necessário, acompanhará a execução dos mesmos. Já o agente provocador comportar-se-á, na essência, como um instigador, tendo um papel determinante na ocorrência do crime. A sua actuação, em maior ou menor medida, precipita a ocorrência do crime, pois sem a sua intervenção o mesmo não se teria verificado. Aliás, mesmo que a vontade criminosa possa já existir (algo, no mínimo, difícil de aferir), se o agente apoiar decisivamente essa vontade, fazendo com que ela se manifeste e se concretize efectivamente, então, nesse caso, estaremos perante um agente provocador.

Quanto à distinção entre agente encoberto e agente infiltrado, julgamos que ela não é de importância capital visto que, tal como ISABEL ONETO, entendemos que a Lei n.º 101/2001 é aplicável a ambas as figuras, independentemente de elas serem autonomizáveis ou não. Dito de outra forma, este regime jurídico abrange, quer as condutas identificadas como típicas de agente infiltrado, quer as características do agente encoberto.

¹⁷ ISABEL ONETO – *O agente infiltrado: contributo para a compreensão...*, cit., p. 139.

¹⁸ ISABEL ONETO – *O agente infiltrado: contributo para a compreensão...*, cit., p. 139.

III. ADMISSIBILIDADE DO AGENTE INFILTRADO

Uma vez traçados os contornos definidores e delimitadores do agente infiltrado, há que averiguar se, nesses moldes, a figura é admissível face às disposições legais e constitucionais aplicáveis ao processo penal.

No plano constitucional há que ter em conta o art. 32.º, n.º 8, da CRP, na medida em que esta disposição, incidindo sobre as garantias dos cidadãos no âmbito do processo penal, contém limites importantes no campo das provas. O n.º 8 é paradigmático quanto à exigência de um processo penal que respeite os direitos fundamentais. Efectivamente, «os interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana (art. 1.º) e nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (art. 2.º), não podendo, portanto, valer-se de actos que ofendam direitos fundamentais básicos»¹⁹. Por essa razão, não se pode deixar de prever a invalidade das provas obtidas nas circunstâncias descritas nesta norma.

Aplicando este preceito constitucional à matéria dos agentes infiltrados, temos necessariamente de questionar a admissibilidade deste meio de prova à luz da integridade moral da pessoa. Neste sentido pronuncia-se RUI PEREIRA, entendendo que a utilização de agentes infiltrados não é necessariamente ofensiva deste valor constitucional. Para aferir se a prova por ele obtida está inquinada pelo vício da inconstitucionalidade, há que averiguar quais as finalidades prosseguidas pelos agentes da justiça. Se estivermos perante actividades que visam essencialmente a repressão, tal não se coaduna com as disposições constitucionais, pelo que a prova será nula. Contudo, se a finalidade da operação for de carácter preventivo, o autor entende que a Constituição não veda o recurso ao agente infiltrado. Conclui dizendo que «a ponderação das normas constitucionais relevantes nesta matéria não deve excluir o recurso ao “agente encoberto”, desde que ele seja sempre concebido como modo necessário, adequado e proporcionado de impedir o cometimento de futuros crimes e assegurar a incolumidade de bens jurídicos (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição)»²⁰.

Este mesmo critério — o das finalidades repressivas ou preventivas da utilização do agente infiltrado — é utilizado por MANUEL DA COSTA ANDRADE, porém, a fundamentação deste difere da anteriormente exposta.

¹⁹ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA — *Constituição da República...*, cit., p. 524.

²⁰ RUI PEREIRA — «Do agente encoberto na ordem jurídica portuguesa», in *J Con-gresso de Processo Penal*, Almedina, Lisboa, 2004, p. 236.

Diz MANUEL DA COSTA ANDRADE que sempre que o agente infiltrado prosseguir finalidades repressivas a sua conduta não é admissível por se tratar de um meio enganoso, previsto no art. 126.º, n.º 2, alínea a) do Código de Processo Penal (CPP)²¹. No entanto, o recurso a este meio não gera em todas as situações uma proibição de prova. Não será assim quando as finalidades prosseguidas forem eminentemente preventivas. Nestas circunstâncias, é de admitir esta figura.

No sentido da admissibilidade do agente infiltrado pronuncia-se também ALVES MEIREIS. Entende este autor que, de acordo com o art. 18.º da CRP, a figura do agente infiltrado será de admitir se nas circunstâncias em causa se respeitarem os princípios da legalidade, da necessidade, da proporcionalidade e se não houver violação do núcleo essencial do direito. Só observando estas condições é que «a infiltração constituirá uma intromissão não abusiva dos direitos fundamentais, representará uma actividade lícita de recolha de prova, e as provas daí decorrentes serão consideradas válidas»²². Desta forma estará assegurado, no entendimento deste autor, o equilíbrio entre, por um lado, a necessidade de administrar a justiça e, por outro, o respeito pelos direitos fundamentais que o recurso ao agente infiltrado necessariamente restringe.

Por último, GERMANO MARQUES DA SILVA fundamenta a sua posição nesta matéria de forma diferente e é mais reticente a admitir a possibilidade de recorrer à figura em apreço. Recorrendo ao princípio da lealdade, GERMANO MARQUES DA SILVA defende que os agentes infiltrados só são admissíveis «quando a inteligência dos agentes da Justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a actividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à Justiça Criminal cabe tutelar»²³. Só nestas situações é que não estaremos perante uma prova proibida.

Os tribunais também já foram chamados a pronunciar-se sobre a admissibilidade do agente infiltrado, de forma a decidir sobre a consequente admissibilidade das provas por ele trazidas ao processo. Entre essas decisões judiciais, merece especial destaque o acórdão n.º 578/98 do TC²⁴. Neste acórdão sustenta-se que «o que verdadeiramente importa,

²¹ MANUEL DA COSTA ANDRADE — *Sobre as proibições de prova...* cit., p. 231.

²² MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS — «Homens de...», cit., p. 97.

²³ GERMANO MARQUES DA SILVA — «Bufões, infiltrados e arrependidos. Os princípios...», cit., p. 31.

²⁴ Acórdão do TC n.º 578/98 de 14/10/1998, Proc. n.º 835/98, Relator Messias Bento, in <http://www.dgsi.pt>, consultado em 03/03/2009.

para assegurar essa legitimidade, é que o funcionário de investigação criminal não induza ou instigue o sujeito à prática de um crime que de outro modo não praticaria ou que não estivesse já disposto a praticar, antes se limite a ganhar a sua confiança para melhor o observar, e a colher informações a respeito das actividades criminosas de que ele é suspeito».

Muito relevante, a nosso ver, é a passagem do acórdão em que se afirma que o recurso ao agente infiltrado «representa sempre o emprego de tal deslealdade. No entanto, há que reconhecer que essa deslealdade não é superior àquela que vai implicada, por exemplo, no emprego de escutas telefónicas». Salvo o devido respeito, que é muito, esta afirmação suscita-nos algumas reservas, uma vez que entendemos que a deslealdade, no caso dos agentes infiltrados, acarreta riscos que não se verificam nas escutas telefónicas. Desde logo, nas escutas telefónicas não há o risco de se instigar o agente a cometer o crime. O problema comum a estas situações será, entre outros, a invasão da reserva da intimidade da vida privada, no entanto, no que toca a níveis de deslealdade, elas não são totalmente equiparáveis. No caso dos agentes infiltrados acrescenta-se um factor de risco que, de resto, é reconhecido no acórdão: a ténue fronteira entre a infiltração e a provocação. A matéria dos agentes infiltrados exige especial cautela porque o risco de condicionar a vontade e a livre determinação do visado é bem real. «Para meios excepcionais há que tomar cautelas adicionais»²⁵.

Face ao exposto, julgamos que não se deve excluir imediatamente a utilização do agente infiltrado. No entanto, por constituir um meio oculto de obtenção de prova e por respeito aos princípios constitucionalmente protegidos da dignidade humana e da integridade moral dos cidadãos, há que impor restrições a este método de investigação e às provas daí decorrentes.

De facto, tal como EDUARDO MAIA DA COSTA refere, «a conduta do agente infiltrado será constitucionalmente admissível, mau grado constituir um “meio enganoso” de prova, mas só perante certos pressupostos: aqueles que decorrem do princípio constitucional da proporcionalidade»²⁶.

Julgamos que, apesar de se exigir cada vez mais uma investigação criminal competente e eficaz, o Estado não se pode arrogar no direito de

²⁵ Fátima MATA-MOURAS – «O agente infiltrado», in *Revista do Ministério Público* n.º 85, ano 22, Editorial Minerva, Lisboa, 2001, p.108.

²⁶ EDUARDO DA MAIA COSTA – «Agente provocador – validade das provas», in *Revista do Ministério Público* n.º 93, ano 24, Editorial Minerva, Lisboa, 2003, p.173.

desrespeitar uma relevante concretização do princípio da dignidade humana: o de não condicionar a livre formação da vontade dos cidadãos e a integridade moral dos mesmos. Naturalmente que em determinados casos será necessário recorrer a estes meios menos leais, no entanto, tal conduta deve limitar-se ao absolutamente necessário.

Assim, em nossa opinião, a questão genérica da admissibilidade dos agentes infiltrados, e ainda sem nos pronunciarmos sobre a concreta consagração legal dos mesmos²⁷, deve ser abordada com recurso aos princípios constitucionais que norteiam o processo penal. As implicações desta matéria nas garantias e nos direitos fundamentais dos cidadãos são de tal ordem relevantes que, para nós, a questão não tem de ser resolvida por referência ao tipo de actividade em causa – repressiva ou preventiva –, mas antes tendo em conta o grau de lesão dos princípios constitucionais de garantia do processo penal. A importância do tema e a relevância que os princípios constitucionais têm em matéria de processo penal assim o exigem. Não se ignora que é mais facilmente tolerável uma actuação com objectivos preventivos, contudo, a resolução não deve ser automática, no sentido de julgar sempre admissível quando estiver em causa uma finalidade preventiva e inadmissível nos casos de repressão.

Com efeito, por respeito aos princípios da lealdade, da integridade moral dos cidadãos, da reserva da vida privada, da garantia da não auto-incriminação que, em grande medida, podem ser englobados num princípio fundador da nossa Constituição, o princípio da dignidade humana, entendemos que os agentes infiltrados são admissíveis no nosso ordenamento jurídico.

Todavia, sê-lo-ão apenas quando não for possível recorrer a outro meio menos lesivo dos direitos fundamentais, quando a sua utilização passar o teste da proporcionalidade e quando for realizado nos termos legalmente admissíveis (prazos, crimes abrangidos, etc.). De facto, a utilização de agentes infiltrados não deve ser uma regra, sob pena de atentarmos contra princípios basilares. A adopção de uma interpretação muito ampla da possibilidade de recorrer a agente infiltrado consubstancia um «abrir a porta a um direito penal que prescinda do facto e se orienta pelas motivações e pelas intenções das pessoas; é o nascimento de uma política criminal assente em estados de perigosidade hipotética»²⁸.

²⁷ Tal explanação será feita posteriormente aquando da análise do regime legal das acções encobertas.

²⁸ MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS – «Homens de...», cit., p. 100.

Acresce ao exposto o facto de a fronteira entre agente infiltrado e agente provocador, quer em termos teóricos, quer sobretudo em termos práticos, ser uma linha muito tênue e facilmente transponível, logo, há que acautelar esta circunstância, restringindo-se a aplicabilidade deste método. Basta lembrarmos-nos do caso que opôs o Estado português a um cidadão nacional no TEDH²⁹, para percebermos como essa separação é frágil³⁰. Este Tribunal entendeu que a utilização do agente policial português – que qualificou de provocador – substanciou uma violação do art. 6.º da CEDH³¹.

²⁹ Trata-se do acórdão do TEDH de 9 de Junho de 1998, in <http://cmiskp.echr.coc.int/ikp197/search.asp?skin=indoc-en>, consultado em 25/05/2009, onde é ditado um hitigo entre o Estado Português e um cidadão português (Teixeira de Castro). Neste acórdão, o TEDH entende que a conduta do agente policial substancia uma acção de provocação e não meramente uma infiltração e, por isso mesmo, condena o Estado Português por violação do princípio do processo equitativo. Para compreender este processo de forma mais aprofundada e com todos os contornos relevantes, cfr. Joaquim Loureiro – *Agente Infiltrado? Agente Provocador? Reflexões sobre o primeiro acórdão do T.E.D.H.*, Alameda, Coimbra, 2007.

³⁰ Nas sábias palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA em JORGE MIRANDA/ Rui Medeiros – *Constituição Portuguesa Anotada*, 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 362: «a eficácia da justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre os fins não justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou mentira, que degradam quem sofre, mas não menos quem os usa. Assim, é preciso não esquecer que a realização da justiça do caso é um valor constitucional, mas não é um valor absoluto, que possa ser perseguido de qualquer forma».

³¹ Art. 6.º (Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

- a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
- b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
- c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido

IV. REGIME LEGAL DAS ACÇÕES ENCOBERTAS

O actual regime jurídico que consagra a infiltração como método de investigação consta da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, que revogou os arts. 59.º e 59.º-A do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e o art. 6.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro. É ao regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal que vamos dedicar algumas linhas, advertindo, no entanto, que serão focados apenas três aspectos do mesmo: os crimes abrangidos, a identificação dos sujeitos que podem adquirir a qualidade de agente infiltrado e o relato do mesmo.

1. Crimes abrangidos

O art. 2.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, tem um elenco taxativo dos crimes que podem dar azo a uma acção encoberta. A evolução legislativa nesta matéria foi no sentido de um alargamento substancial dos crimes abrangidos pela acção encoberta, uma vez que já não são apenas os crimes de tráfico de estupefacientes, corrupção e criminalidade económica que geram a possibilidade de recorrer ao agente infiltrado. O presente elenco é bem mais permissivo.

Apesar de se compreender o impulso actual de reforçar as possibilidades da investigação criminal, a verdade é que este elenco parece dar um sinal preocupante: o de tornar este método como algo banal e generalizado. Tendo em conta as fortes limitações a direitos fundamentais que ele acarreta, a sua utilização deveria cingir-se àqueles crimes que, de outra forma, dificilmente seriam revelados.

Não sendo este o tempo e o espaço para a análise de cada um dos crimes visados, decidimos dedicar especial atenção ao tráfico de estupefacientes por ser um dos crimes que maior controvérsia tem suscitado, nomeadamente em decisões judiciais.

O crime de tráfico de estupefacientes consta do art. 2.º, alínea j), da Lei n.º 101/2001, sendo que a sua inserção é justificada pela cada vez

gratuitamente por um defensor officioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

maior preponderância e organização dos grupos nacionais e internacionais que se dedicam a esta actividade criminosa e que dificultam, em muito, a investigação criminal. Acresce a isto as enormes implicações económicas e sociais do tráfico de droga.

Dito isto, parece-nos que, em abstracto, a utilização de agentes infiltrados neste âmbito é justificada. Contudo, há que ter cautelas na aplicação desta regra geral. Faz sentido utilizar agentes infiltrados quando o objectivo é desmantelar uma rede de tráfico de droga, visto que aí será uma medida proporcional e necessária. Já não o será, em nossa opinião, quando estiver em causa pequena delinquência em que se associa muitas vezes, numa mesma pessoa, as qualidades de pequeno traficante e consumidor. Quando estamos perante este tipo de criminalidade não se nos afigura proporcional e adequado o recurso a agentes encobertos em qualquer caso. Haverá outras formas de comprovar o delito, designadamente através de flagrantes delictos sem intervenção de um agente infiltrado. Julgamos que não se deve utilizar o problema maior do tráfico de estupefacientes e da necessária luta contra ele para, com base nesse pretexto, recorrer a um método tão limitador de direitos fundamentais para alcançar apenas a «arrata-miúda». Não se pretende desculpabilizar os pequenos traficantes de droga, mas antes alertar para o facto de eles serem apenas o fim da linha. Há toda uma organização acima deles que fica incólume, não obstante recorrer-se a um meio tão gravoso e enganoso.

2. Quem pode ser agente infiltrado

Diz o art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 101/2001 que as acções encobertas podem ser desenvolvidas por «funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária». A questão dúbia nesta disposição prende-se com a possibilidade de ser alguém de fora das estruturas vocacionadas para a investigação criminal a actuar enquanto agente encoberto. A utilização de terceiros pode acarretar dificuldades acrescidas.

Nesse sentido, vale a pena referir um acórdão do STJ³² em que se defende que «uma pessoa que, colaborando espontânea, voluntária e desinteressadamente com a P.S.P., por sugestão desta, encomenda uma determinada quantidade de droga ao arguido — que no seu seio social já

constava estar ligado ao tráfico de estupefacientes e que satisfez tal encomenda com grande rapidez — não pode ser havida como agente provocador ou infiltrado».

Lido o acórdão com atenção, concordamos com o voto vencido do Conselheiro Leal Henriques, o qual entende que a melhor opção seria anular o julgamento para que se pudesse averiguar convenientemente o tipo de relacionamento entre os intervenientes, nomeadamente entre a P.S.P., o arguido e o terceiro que actuou como agente infiltrado. É que neste caso o arguido não tinha sequer droga em seu poder, teve de a ir buscar, ou seja, só o fez porque o agente encoberto lho solicitou. A sua actuação foi determinada por este último. Para compreender o caso temos de atender a uma distinção muitíssimo importante: não se deve confundir liberdade de acção com vontade livremente formada. Quem o diz, de forma muito ajustada, é EDUARDO MAIA COSTA³³.

Sobre esta temática, ISABEL ONETO encontra outras dificuldades, como por exemplo o facto de a lei não fazer qualquer menção a quem pode ser terceiro nem dar quaisquer «indicações sobre o tipo de controlo que será efectuado»³⁴. Parece-nos que seria mais cauteloso e eficaz que o legislador tivesse sido um pouco mais esclarecedor a este respeito, de forma a evitar discricionariedades intoleráveis sob o ponto de vista das garantias constitucionais do processo penal. No entanto, é de referir que o TRL se pronunciou recentemente no sentido de não julgar adequado um maior controlo do JIC: «nem é razoável que o faça, que o Juiz de Instrução Criminal acompanhe a *pari passu* o desenrolar da acção encoberta»³⁵.

Por último, importa dizer que podem surgir neste âmbito situações violadoras de preceitos constitucionais e legais, não só face ao suspeito, mas também em relação ao próprio terceiro. Confrontados com o «pedido» da polícia para actuar como agentes infiltrados, nem sempre eles agirão com plena liberdade na determinação da sua vontade. «A pressão policial

³³ EDUARDO MAIA COSTA — «Agente provocador/ agente infiltrado», in *Revista do Ministério Público* n.º 81, ano 21, Editorial Minerva, Lisboa, 2000, p. 172. Aqui o acórdão é analisado em termos que nos parecem muito adequados para compreender como a utilização de terceiros, se não for devidamente ponderada e controlada, pode desvirtuar o conceito de agente infiltrado. No caso, ficou provado que o arguido aceitou fornecer droga porque tinha intenções amorosas relativamente à senhora que actuou como agente infiltrado (ou provocador, como julgamos ser mais correcto).

³⁴ ISABEL ONETO — *O agente infiltrado: contributo para a compreensão...*, cit., p. 198.

³⁵ Acórdão do TRL de 12/03/2009, Proc. n.º 366/06.9JELSBL1 9.ª Secção, Relatores Cid Geraldo e Tiago Mesquita, in <http://www.pgdlisboa.pt>, consultado em 26/04/2009.

³² Acórdão do STJ de 30/02/2002, Proc. n.º 02P2118, Relator Pires Salpico, in <http://www.dgsi.pt>, consultado em 10/03/2009.

e a ameaça de procedimento criminal (...) configuram uma forma de coacção moral sobre o informador punível»³⁶. Com estes contornos, configuram um método proibido de prova [art. 126.º, n.º 2, alínea e) do CPP].

Podemos constatar, portanto, que a utilização de terceiros deve ser devidamente controlada e fundamentada, designadamente explicando por que razão tem de ser esse terceiro e não um agente de autoridade e por que razão é necessário proceder a uma acção encoberta e não utilizar outro método. Só desta forma se poderão evitar situações ilegais de promiscuidade e de falta de transparência nessas operações.

3. O relato do agente infiltrado

De acordo com o art. 3.º, n.º 6, da Lei n.º 101/2001, a Polícia Judiciária terá de entregar um relato da acção encoberta à autoridade judiciária competente no prazo máximo de 48 horas. A este propósito duas questões fundamentais se levantam logo à partida: por um lado, em que condições é que o relato pode ser junto ao processo e, por outro, qual o seu valor probatório.

Para conseguirmos responder adequadamente às questões formuladas, em primeiro lugar é preciso identificar as funções e a importância que o relato desempenha no processo. O art. 3.º, n.ºs 3 e 4, mostra-nos que o relato da acção encoberta tem a importantíssima função de descrever o que aconteceu e, nessa medida, permitir uma fiscalização por parte das entidades competentes. A autorização é concedida em termos determinados e vinculativos, quer para as entidades a quem cabe fiscalizar a operação, quer para os agentes que a protagonizam. Daí que se entenda que o relato «não é a observância de uma mera formalidade»³⁷.

Posto isto, concentremo-nos na primeira das questões enunciadas. Em que termos pode o relato da operação encoberta ser junto ao processo? O art. 4.º, n.ºs 1 e 2, responde a esta questão. Prevê-se que o relato só seja junto ao processo quando for «absolutamente indispensável». O problema desta disposição é que a acção encoberta, como bem nota ISABEL ONETO, «foge, em regra, ao escrutínio dos restantes sujeitos processuais»³⁸.

³⁶ ISABEL ONETO – *O agente infiltrado: contributo para a compreensão...*, cit., p. 203.

³⁷ ISABEL ONETO – *O agente infiltrado: contributo para a compreensão...*, cit., pp. 188-189.

³⁸ ISABEL ONETO – *O agente infiltrado: contributo para a compreensão...*, cit., pp. 188-192.

Portanto, a aferição sobre a indispensabilidade do relato em termos probatórios não é tarefa simples, na medida em que a fiscalização da respectiva operação deixa muito a desejar em termos de efectividade. Uma vez autorizada, na prática, a acção encoberta pode seguir rumos distintos dos autorizados e nem sempre tal poderá ser perceptível no relato.

A este respeito, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende que «o agente encoberto tem um dever de relato após o termo da acção, quer no caso de acção encoberta com identidade fictícia, quer no de acção encoberta sem identidade fictícia»³⁹. Não obstante a Lei n.º 101/2001 apenas se referir à acção encoberta sob identidade fictícia, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende que este regime é extensível às acções encobertas sem identidade fictícia, utilizando-se, neste caso, o critério da necessidade para se decidir da junção do relato ao processo. É o que se retira do art. 275.º, n.º 1, do CPP e do facto de o legislador ter focado especificamente as acções sob identidade fictícia para que fosse exigível um critério mais exigente – o da indispensabilidade.

Uma vez decidido juntar o relato da acção encoberta ao processo, qual será o seu valor probatório? O relato em si, enquanto documento que descreve aquilo a que o agente assistiu, não tem qualquer valor probatório. Entender o oposto seria consagrar uma violação ao princípio da imediação (art. 355.º, n.º 1, CPP). É nesse sentido que PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE afirma que «o relato [...], não é um documento»⁴⁰. Só valerá enquanto meio de prova o depoimento pessoal do agente encoberto.

No mesmo sentido, SANDRA OLIVEIRA E SILVA refere que a expressão «em termos probatórios» do art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001 não é feliz⁴¹. Assim, entendendo-se que é indispensável ouvir o depoimento do agente infiltrado, aquilo que deverá ser feito é convocá-lo para que o depoimento seja feito em audiência de julgamento, oralmente. Esta diligência não pode ser substituída pela leitura do relato do agente infiltrado.

Parece-nos que, efectivamente, há uma contradição entre aquilo que a lei dispõe e a interpretação que necessariamente temos de fazer. Por um lado, não faz sentido dizer que o relato não tem qualquer valor probatório quando a lei diz expressamente que ele será junto ao processo quando for indispensável em termos probatórios. Qual o sentido de não atribuir

³⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE – *Comentário do Código de Processo Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, p. 660.

⁴⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE – *Comentário do Código...*, cit., p. 661.

⁴¹ SANDRA OLIVEIRA E SILVA – *Protecção de testemunhas em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 151.

qualquer valor probatório ao relato quando ele só foi junto ao processo por ser indispensável em termos probatórios? Mas, por outro lado, admitir que o relato do agente infiltrado sobre a acção encoberta tem algum valor probatório é amputar em grande medida o sentido útil do princípio da imediação. Como sabemos, este princípio «significa essencialmente que a decisão jurisdicional só pode ser proferida por quem tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa, mas significa também que na apreciação das provas se deve dar preferência aos meios de prova que se encontrem em relação mais directa com os factos probandos»⁴².

Julgamos que o relato, a ser junto ao processo por ser indispensável enquanto meio de prova, terá de implicar necessariamente o chamamento do agente infiltrado a depor em audiência de julgamento e deverá ser corroborado por outros meios de prova. Nessa medida, o relato não terá valor probatório por si só, mas tê-lo-á em conjugação com os demais meios de prova. Só desta forma é que se poderá dar coerência ao regime sem ignorar a letra da lei. A mera leitura do relato, em regra, não deve ser admissível por respeito ao art. 356.º, n.º 4, do CPP e aos princípios da imediação e do contraditório. Além de que, indo depor, o agente infiltrado pode socorrer-se, se necessário, dos mecanismos de protecção de testemunhas, logo, não procede o argumento de que o relato deve ser lido sem necessidade de o chamar a julgamento por questões de segurança e de salvaguarda da investigação criminal.

V. DEPOIMENTO DO AGENTE INFILTRADO

4. Admissibilidade do depoimento em audiência de julgamento

Para aferir se o agente infiltrado pode depor em audiência de julgamento sobre aquilo que presenciou durante a acção encoberta, há que analisar o art. 4.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 101/2001. Nestes preceitos estipula-se que o agente que actuou sob identidade fictícia pode, mediante autorização da autoridade judiciária competente, prestar depoimento sob essa identidade no respectivo processo.

⁴² GERMANO MARQUES DA SILVA — *Curso de Processo Penal I*, Editorial Verbo, 4.ª edição revista e actualizada, Lisboa, 2000, p. 90.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende que o agente infiltrado, relativamente àquilo que presenciou durante a acção encoberta, pode «depor sem quaisquer restrições, desde que a sua acção tenha sido realizada em obediência ao disposto na Lei n.º 101/2001»⁴³. No entanto, o enquadramento que a lei dá a esta matéria, segundo o autor, é inconstitucional. O art. 4.º, n.º 3, violará a Constituição porque o regime de autorização que aí se prevê é «manifestamente insuficiente»⁴⁴. Fundamenta esta posição no facto de esta decisão sobre a protecção da identidade do agente que vai depor ser tomada sem ter em conta o contraditório, algo que é assegurado na Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, e no facto de esta decisão não ser da competência do juiz⁴⁵.

Por força do disposto no art. 4.º, n.º 4, da Lei n.º 101/2001, a admissibilidade do depoimento do agente encoberto com identidade fictícia, bem como o respectivo valor probatório seguem o regime jurídico previsto no art. 19.º da Lei n.º 93/99. Segundo o n.º 1 deste artigo, o agente infiltrado poderá depor em audiência de julgamento. Contudo, para que, em concreto, ele seja admissível, é preciso seguir um determinado procedimento com vista à obtenção da autorização da ocultação da identidade. Este processo, denominado «processo complementar de não revelação de identidade», consta do art. 18.º da Lei n.º 93/99, sendo do domínio do juiz de instrução. Será este a tomar a decisão de conceder ou não o anonimato à testemunha.

O depoimento prestado pelo agente infiltrado em condições de anonimato é excepcional, sendo possível apenas nas circunstâncias constantes do art. 16.º da Lei n.º 93/99: tem de estar em causa certo tipo de crimes com alguma gravidade, tem de haver perigo grave contra a vida, a integridade física, a liberdade ou bens patrimoniais de valor elevado para o agente e para os seus familiares, tem de ser uma testemunha credível e ter um contributo probatório de relevo. Não estando preenchidas nenhuma das situações, o juiz deverá indeterir a utilização deste meio de prova.

O depoimento do agente infiltrado em condições de anonimato levanta problemas porque colide com princípios estruturais do processo penal,

⁴³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE — *Comentário do Código...*, cit., p. 902.

⁴⁴ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE — *Comentário do Código...*, cit., p. 661.

⁴⁵ Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE — *Comentário do Código...*, cit., p. 661, «viola o princípio da proporcionalidade que os requisitos da intervenção (meios intrusiva) da testemunha previstos nos artigos 16.º a 18.º da Lei n.º 93/99 não sejam correspondentemente aplicáveis à intervenção (mais intrusiva) do agente encoberto».

designadamente com a mediação e com o contraditório. De facto, não havendo um contacto directo e imediato dos sujeitos processuais com a testemunha anónima nem a possibilidade de a contra-interrogar em condições efectivas e acrescendo a isto a já mencionada dificuldade de fiscalização da forma como o agente adquiriu os conhecimentos que vai transmitir, constatamos que este depoimento é feito em condições extremamente adversas e limitadoras do direito de defesa⁴⁶.

Efectivamente, importa saber «se os mecanismos de protecção de testemunhas *no* processo se apresentam ou não como um sistema de equilíbrio ou concordância entre os interesses conflitantes: por um lado, o máximo aproveitamento da informação probatória útil à descoberta da verdade e a tutela dos direitos fundamentais do declarante, por outro lado, a credibilidade ou fiabilidade do testemunho e a tutela dos direitos de defesa do arguido, i.e., a racionalidade e a validade substancial da própria *verdade* judicial»⁴⁷.

Também como argumento para a não admissibilidade de depoimentos de informadores anónimos, diga-se que «na base deste entendimento estão, além do mais, argumentos de natureza ética a proscrever a contra-dição em que incorre o Estado, que com uma mão subtrai uma testemunha ao processo, ao mesmo tempo que com a outra, a coberto da impossibilidade assim criada, aproveita em desfavor do arguido a informação por ela recolhida»⁴⁸.

Assim sendo, embora o depoimento anónimo seja admissível, ele terá de se cingir ao absolutamente necessário. As situações previstas no já mencionado art. 16.º terão de ser aplicadas com cautela.

⁴⁶ A este respeito há diversos acórdãos do TEDH que têm bastante interesse. Há acórdãos em que se expressa o entendimento de que estamos perante uma violação do princípio do contraditório quando se possibilita o depoimento de polícias anónimos e agentes encobertos anónimos. Nesse sentido, cfr. por exemplo o acórdão de 20/11/1989 (caso Kostovski C. Países Baixos), onde é dito que, excepcionalmente, as testemunhas anónimas até podem depor antes do julgamento, contudo, a defesa tem de ter a oportunidade de as questionar. Com igual interesse e mais actual, cfr. acórdão de 23/04/1997 (caso Van Mechelen e outros C. Países Baixos), acórdão de 15/06/1992 (caso Ludi C. Suíça) e acórdão de 26/03/1996 (caso Doonson C. Países Baixos). Todos os acórdãos estão disponíveis em <http://cmsnp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, tendo sido consultados em 25/05/2009.

Podemos constatar, portanto, que a jurisprudência do TEDH tem exigido que a defesa tenha a possibilidade de colocar questões directas ou indirectamente à testemunha anónima, devendo ser entendido dessa forma o art. 1.º, n.º 5 da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho.

⁴⁷ SANDRA OLIVEIRA E SILVA – *Protecção de testemunhas...*, cit., p. 227.

⁴⁸ SANDRA OLIVEIRA E SILVA – *Protecção de testemunhas...*, cit., p. 147.

Uma última nota neste ponto para mencionar que a questão relativa ao depoimento do agente infiltrado também pode, e deve, ser analisada na perspectiva da admissibilidade do depoimento indirecto. Efectivamente, o agente encoberto, quer no relato, quer no depoimento em audiência de julgamento, referir-se-á a conhecimentos que adquiriu aquando da acção encoberta, o que engloba as conversas que ouviu entre o arguido e demais pessoas. Assim, «sendo a polícia a fazer esse relato torna-se um depoimento indirecto de “segundo grau” cujo fundamento de admissibilidade reside na justificação do seu conhecimento»⁴⁹. Há, portanto, que averiguar se estas informações são compatíveis com as regras processuais relativas ao depoimento indirecto. CARLOS ADÉRTO TEIXEIRA entende, a este respeito, que «o depoimento indirecto do agente encoberto, devidamente autorizado, é admitido expressamente por lei, não obstante se (poder) reportar a declarações informais do arguido, quer este se remeta ao silêncio quer não (já que não está ressaltado) e ainda apesar de até aquele agente, investido no papel de testemunha de referência, não estar identificado (cerceando de modo mais drástico a contraditoriedade desejável)»⁵⁰.

Parece-nos que, tal como as situações típicas de depoimento indirecto, também aqui se colocam problemas ao nível da mediação, do contraditório e da fiabilidade do depoimento do agente. No entanto, face ao regime plasmado no art. 129.º do CPP, o depoimento do agente é autorizado, embora esteja condicionado à eficácia permitida pelo art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 93/99.

5. Valor probatório

O depoimento do agente infiltrado em condições de não revelação da identidade, face às características atrás enunciadas que restringem direitos fundamentais, terá de ter um valor probatório consentâneo com isso.

Tendo consciência de que «as declarações das testemunhas anónimas configuram um material probatório de qualidade inferior»⁵¹, o legislador definiu no art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 93/99 que a decisão condenatória não se poderá fundar, exclusivamente ou de modo decisivo, no depoimento de testemunhas anónimas. Afasta-se, portanto, o princípio da livre apre-

⁴⁹ CARLOS ADÉRTO TEIXEIRA – «Depoimento indirecto e arguido: admissibilidade e livre valoração versus proibição de prova», in *Revista do CEJ*, 2 (2005), Alameda, p. 183.

⁵⁰ CARLOS ADÉRTO TEIXEIRA – «Depoimento indirecto e arguido...», cit., p. 183.

⁵¹ SANDRA OLIVEIRA E SILVA – *Protecção de testemunhas...*, cit., p. 280.

ciação da prova, uma vez que o juiz não pode fundar a sua convicção no que toca àquelas declarações apenas nessas mesmas declarações. Estabeleceu-se uma «exigência de corroboração»⁵² quanto a estes depoimentos. Assim, para se fundamentar uma decisão de condenação, nestes casos não bastará o depoimento do agente, será preciso ter outros meios de prova que o sustentem. Também só assim fará sentido o que foi dito atrás sobre a necessidade de haver outros elementos probatórios a apontar no sentido do exposto no relato. Ou seja, o relato tem valor probatório em conjugação com os demais meios de prova, visto que só em articulação com eles é que se pode fundar a sua junção ao processo. Nesse seguimento, o depoimento do agente só poderá fundamentar uma condenação se for corroborado por outros meios de prova.

Esta regra na valoração dos depoimentos de testemunhas cuja identidade não é revelada parece-nos acertada, tendo em conta quer as dificuldades no controlo da acção encoberta, quer as restrições às garantias constitucionais que implicam.

O regime legal prevê esta regra apenas para as decisões condenatórias. Interessa, portanto, saber até que ponto uma decisão de absolvição se pode fundamentar unicamente no depoimento de uma testemunha anónima. Não havendo previsão legal específica a este respeito e não estando em causa restrições a direitos fundamentais de nenhum sujeito processual, teremos de aplicar as regras gerais: o depoimento será valorado de acordo com o princípio da livre convicção do tribunal⁵³. Havendo apenas uma testemunha anónima a contrariar os factos da acusação, ou o tribunal absolute por entender que a testemunha é credível ou porque tem dúvidas razoáveis e irresolúveis e, portanto, tem de respeitar o princípio *in dubio pro reo* ou, então, condena por entender que os demais meios de prova são suficientes. Naturalmente que estas hipóteses terão de estar sempre devidamente fundamentadas, pois sem isso não serão legítimas.

CONCLUSÃO

Uma vez terminada a investigação que resultou no presente texto, julgamos que se podem retirar algumas conclusões, ainda que preliminares,

pois o texto é ele próprio um primeiro esforço de compreensão da figura e do regime jurídico do agente infiltrado.

Em primeiro lugar, o conceito de agente infiltrado deve ser delimitado com cautela e precisão, de forma a possibilitar uma resposta afirmativa no sentido da admissibilidade do mesmo no ordenamento jurídico português. Com efeito, a sua imprecisão e (con) fusão com a noção de agente provocador traz problemas ao nível da aplicação do regime jurídico das acções encobertas, pois o agente provocador, em nosso entendimento, não é de uso legítimo no direito português.

Em segundo lugar, parece-nos que o regime jurídico das acções encobertas constitui um esforço assinalável que visa dar respostas às necessidades da investigação criminal e das garantias dos cidadãos face à mesma. Não obstante, a verdade é que também consagra soluções que são discutíveis, principalmente no que diz respeito ao controlo da actuação do agente encoberto e ao seu âmbito de aplicação. A utilização de terceiros enquanto agentes encobertos levanta problemas sensíveis ao nível da legitimidade de se lhes recorrer e ao nível do controlo a que estão sujeitos.

Em terceiro lugar, o depoimento do agente infiltrado suscita diversas dificuldades que se prendem com as regras do depoimento indirecto e com os princípios constitucionais que enformam o processo penal. Parece-nos claro que a lei ao prever a possibilidade de depoimento indirecto por parte dos agentes infiltrados está a condicionar fortemente o direito de defesa do arguido, especialmente quando se analisa esta solução legal em articulação com a possibilidade de depoimento em condições de anonimato.

Em quarto lugar, é de saudar que a lei preveja que o depoimento anónimo do agente infiltrado careça de corroboração por parte de outros meios de prova para fundar uma decisão judicial condenatória. Julgamos que, tendo em conta o que salientámos sobre as limitações ao direito de defesa, a solução consagrada não poderia ser outra.

Conclui-se, portanto, que o universo das acções encobertas está ainda por explorar, havendo inúmeras questões que merecem um tratamento mais exaustivo e aprofundado, na medida em que o recurso ao agente infiltrado tem fortes repercussões ao nível das garantias de processo penal com tutela constitucional, já que estão em causa valores ético-jurídicos que têm uma implicação não desprezável na vida dos cidadãos.

⁵² SANDRA OLIVEIRA E SILVA – *Protecção de testemunhas...*, cit., p. 295.

⁵³ Neste sentido, cfr. SANDRA OLIVEIRA E SILVA – *Protecção de testemunhas...*, cit., pp. 320-321.