

O AGENTE INFILTRADO EM DUELO COM O CONTRADITÓRIO: ASPECTOS CRÍTICOS DE SEU RELATÓRIO E DEPOIMENTO*

Nivaldo Machado Filho

ABSTRACT: The present paper looks at the undercover agent, mainly in relation to his report and to the trial hearing; it argues that, in Portugal as well as in Brazil, both means are subject to the rule of law, and as such, they have to comply with a body of legal rules in order to be accepted and evaluated by the judge. Yet, we establish that, even under some level of sacrifice of fundamental rights, the use of this method of gathering evidence is legitimate and efficient to face organized, transnational and hideous crimes, including terrorism, all according to constitutional cornerstone principles, namely human dignity and also adversary proceedings, full defence and proportionality in a delicate balance among the rights of liberty, public welfare and criminal justice efficiency.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O caso ‘infiltrado americano’ sob a luz dos instrumentos internacionais: a ação infiltrada e a provocadora, e um voo de pássaro sobre territórios estrangeiros. 3. O relatório de atividades produzido ‘nas brumas’ pelo agente infiltrado. 3.1 A forma e o conteúdo do relatório. 3.2. Juntar ou não juntar – a questão hamletiana –: as posições jurisprudenciais e os regimes jurídicos em Portugal e no Brasil. 4. A comparência do agente das ‘sombras’ em audiência na condição de testemunha. 4.1 A comparência do agente das ‘sombras’ em audiência como testemunha: facultatividade ou obrigatoriedade?. 4.2. As estratégias de proteção: critérios, condições e limites para este depoimento. 5. O valor probatório atribuível ao relatório e depoimento do agente infiltrado e a colisão entre bens jurídicos fundamentais. 5.1 O (des)prestígio probatório do relatório e do depoimento do AI: o contraditório, nos sistemas jurídicos brasileiro e português. 5.2 A vida do AI, o dever de prover uma justiça penal eficaz e o direito ao contraditório: a ponderação frente a esta colidência de bens e a salvaguarda do núcleo inexpugnável da dignidade da pessoa humana. 6. A análise do caso ‘infiltrado americano’, à face do acórdão do STJ. 7. Conclusão.

* O presente texto corresponde, com algumas alterações, ao relatório apresentado no curso de mestrado em ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

1. INTRODUÇÃO

O agente infiltrado – doravante denominado AI – é um dissimulado e um fingidor ou um legítimo interveniente da investigação e do processo penal? De efeito, no seu proceder, o agente das sombras reanima a tensão entre seus defensores e detratores no domínio da dogmática processual penal. Desse panorama exsurtem problemas: as peculiaridades da atividade do AI, sob as brumas do sigilo, colidem com direitos fundamentais do suspeito, de modo a violar as garantias do processo justo e equitativo? É mais poder-se-ia indagar: o AI, ao empregar o engano, compagina-se com a observância das garantias do devido processo legal?; e, mais especificamente, o relatório por ele confeccionado deverá submeter-se ao escrutínio do contraditório?; a junção deste documento aos autos é obrigatória em Portugal e no Brasil?; caso afirmativo, em que momento deverá ela ser procedida?; o AI deverá prestar depoimento como testemunha por ocasião da audiência de julgamento, para esclarecer o teor de seu relatório?; a que medidas especiais ele terá direito para a sua comparencia em Juízo?; poderá recusar-se a fazê-lo?

Seja no domínio da *civil law*, seja no domínio da *common law*, em qualquer dos sistemas penais compendiados, – o acusatório ou adversarial – a ampla defesa e o contraditório são pedras angulares e princípios reitores inescapáveis. Propugnamos que o sistema processual penal vigorante, quer em Portugal, quer no Brasil, deve estabelecer a calibragem entre a defesa individual e a defesa social, sob a égide do *due process of law* e à luz do catálogo dos direitos e garantias fundamentais insculpido nas respectivas Constituições. Nomeadamente em tema de métodos extraordinários de aquisição de prova¹, mediante o emprego do AI – medida cujos contornos ainda não cessaram de causar dúvidas e perplexidades assim na Doutrina como na Jurisprudência brasileira e portuguesa.

Nesse sentido, pois, este método de investigação criminal, com perfil e natureza próprios – e os meios de provas consistentes no relatório por ele elaborado e no depoimento por ele prestado – não podem forrar-se aos influxos do devido processo legal, notadamente do contraditório. Dessarte, a partir da Convenção de Palermo, da CEDH, acórdãos da lavra do STJ de Portugal, e bem ainda do STF do Brasil e do TEDH, e, por fim, de par com normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras e lusitanas, sustentamos a necessidade e a pertinência do ‘dizer’ e do ‘contradizer’ no âmbito de um processo penal retórico,

1 Taruffo, 2011: 90-92. Prova é o instrumento de que dispõem as partes para determinar se as alegações concernentes aos fatos são verdadeiras; parte-se da premissa de que, no processo, é possível, à luz de critérios racionais, obter uma aproximação adequada à realidade empírica dos fatos.

susceptível de sediar colisões de bens fundamentais, como indissociável corolário na moldura de um Estado Democrático e Social de Direito.

No primeiro capítulo, sintetizaremos o caso ‘infiltrado americano’, – julgado pelo STJ, e enfatizaremos a relevância do AI na aquisição de prova, que desafia, em duelo permanente, os postulados fundamentais da tradição garantística da dogmática do direito processual penal, assim em Portugal como no Brasil, sem perder de vista um voo de pássaro do nosso agente em territórios estrangeiros. No segundo, enfrentaremos o relatório confeccionado pelo AI – deve ou não ser feita a sua junção aos autos do inquérito? –, apontando as soluções adotadas pelos ordenamentos brasileiro e português frente a esse drama *hamletiano*. No terceiro capítulo, verificaremos se a comparência do AI em audiência do processo penal constitui condição *sine qua non* de observância do contraditório, e bem assim abordaremos a facultatividade ou a obrigatoriedade de seu depoimento, de par com a panóplia de medidas de tutela acaso necessárias para a prática desse ato processual. No quarto, salientaremos a inexorável colisão de bens fundamentais suscitada pelo AI, uma vez que ele fustiga consagrados direitos de liberdade e o princípio do contraditório, ao tempo em que atua como instrumento do Estado-jurisdição para prover uma justiça penal eficaz. E, no quinto, destacaremos o acórdão do STJ em face de um caso concreto, por nós supradesignado ‘O infiltrado americano’, em que os aspectos aqui indigitados poderão ser examinados, com a nossa tomada de posição acerca de cada um.

Por fim, explicitaremos nosso entendimento sobre: 1) as peculiares características da forma e do teor do relatório do AI; 2) as condições de seu depoimento em audiência no curso do processo penal e sua compatibilidade com a observância do princípio axial do contraditório; 3) o uso da ponderação e da proporcionalidade como cânones interpretativos frente situações – não raras – de bens e direitos conflitantes no esforço conjunto das Ordens Jurídicas Estatais e dos Instrumentos Internacionais perante a criminalidade organizada e transnacional.

2. OCASO ‘INFILTRADO AMERICANO’ SOB ALUZDOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS: AACÇÃO INFILTRADA E A PROVOCADORA, E UM VOO DE PÁSSARO SOBRE TERRITÓRIOS ESTRANGEIROS

O primeiro encontro em Portugal terá ocorrido no verão de 2012, num restaurante junto ao McDonald’s de Cascais. Vigiados por vários inspectores da PJ, os dois homens conversaram durante 45 minutos. Depois, a PJ seguiu

apenas um dos alvos: o colombiano AA, *El Doctor*, de 65 anos, suposto traficante de cocaína. O outro era um AI que trabalhava para a DEA, com o nome de código Erva, que estava a atuar na investigação sob a supervisão da PJ, do MP e do representante da DEA colocado na embaixada americana em Lisboa. Quatro dias depois, *El Doctor* e quatro outros cidadãos estrangeiros caíram na armadilha: a PJ prendeu-os no concelho de Almada e apanhou um total de 340 quilos de cocaína.

A operação de combate ao tráfico de drogas contou com o contributo do AI da DEA, mas o MP invocou razões de segurança para não revelar à defesa dos suspeitos todos os pormenores do inquérito dirigido pelo DCIAP. O juiz de instrução não concordou com o MP e, antes de enviar para julgamento os dois colombianos, AA e BB, e os três espanhóis acusados em coautoria do crime de tráfico de drogas, ordenou ao DCIAP que juntasse ao processo o resumo do relatório confidencial da operação encoberta. Segundo o despacho de pronúncia de 10 de maio de 2012, a DEA controlou a operação de transporte internacional de droga que terá resultado de um acordo feito, na zona das Caraíbas, entre o seu AI e AA. Alertada pela DEA, a PJ acabou por receber a droga em Lisboa. As equipas de vigilâncias da PJ conseguiram introduzir na fase final da operação, com a ajuda da DEA, o seu próprio AI – nome de código Girassol. Pouco antes da detenção dos alegados traficantes, na manhã de 31.07.2012, foi este AI da PJ que entregou aos suspeitos, junto ao centro comercial Fórum Almada, uma carrinha com os primeiros 200 pacotes de cocaína, que teriam como destino Espanha; em troca, recebeu um saco com milhares de euros – nem o despacho de pronúncia nem o resumo do relatório da operação encoberta especificam o montante exato. Pouco depois, a PJ encerrou a operação.

Os cinco arguidos foram condenados; AA e BB, nas penas de 11 anos de prisão e 8 anos de prisão respectivamente; interpuseram recurso para o TRL, que já proferiu três acórdãos – o último, em 30.10.2014, negando provimento aos anteriores. Outro recurso foi por eles interposto para o STJ; os advogados já definiram a estratégia: querem que os tribunais obriguem o MP a revelar todo o conteúdo da operação encoberta para se poder avaliar com exatidão se os AI provocaram os crimes².

Desde os contornos desse caso concreto, objeto de julgamento pelo STJ, – processo n.º 326/12.0JELSB.L1. S1 – escrutinaremos aspectos concernentes

2 Vilela & Pinto.

ao AI, designadamente os respectivos relatório e depoimento em sede de audiência de julgamento. Cuidamos de clarificar que o AI constitui um dos métodos extraordinários de aquisição de prova situado no domínio da dogmática processual penal; portanto, trataremos de método de obtenção e de meios de prova permitidos³, designadamente no direito da *civil law*, com ênfase nos Ordenamentos Jurídicos Brasileiro e Português⁴ – sem prejuízo, contudo, de necessárias remissões ao direito da *common law*, como instrumento de argumentação referenciada ao tema em causa. Bem por isso, não-de se afastar os denominados agentes ‘provocador’ e ‘instigador’ – ambos situados no campo das provas proibidas (*Beweisverbote*), sujeitas à nulidade de todo o material probatório adveniente da ação infiltrada; no *common law* – comparativamente com o *civil law* – é bem mais tênue a destriça entre essas categorias, como veremos adiante. O fato incontornável é que, assim em Portugal como no Brasil, impera um acendrado rigor respeitante à correta qualificação do AI, sobretudo no dizente com a valoração probatória de seu relatório e depoimento.

O tema das proibições de prova⁵ traça mesmo uma linha divisória entre os modelos norte-americano – em que funcionam como barreiras à atividade policial – e o germânico, português ou brasileiro – em que consubstanciam corolários dos direitos fundamentais; de tal sorte que, sob o primeiro, é admissível a utilização de prova resultante de intromissão abusiva na vida privada, ao passo que, sob o segundo, a prova assim adquirida deverá ser reputada inutilizável.

Não por acaso, na lição de Meireis, no Direito americano, a utilização de ações infiltradas/encobertas – *undercover actions* – é recorrente na investigação criminal. Tamanha a importância desse método nos EUA que, se no âmbito deste, ocorrer uma atividade abusiva dos agentes policiais, assim, por exemplo, provocação policial (*entrapment*), não haverá uma exclusão automática de prova, continuando esta a ser usada no processo, mas renderá ensejo e

3 Silva, 1999: 189-190. Há que se distinguir entre meios de provas e meios de obtenção de provas. Estes são instrumentos mediante os quais as autoridades judiciárias investigam e recolhem os meios de prova; reportam-se ao modo e ao momento de aquisição de prova no processo penal, ocorrendo, em regra, na fase do inquérito policial; servem para capturar provas que, posteriormente, serão analisadas; aqueles configuram instrumento de demonstração do *thema probandi*; serão analisados, pela sua aptidão, como fontes de conhecimento.

4 O CPP português, de modo didático, traça esta destriça; ao tratar da prova, no Livro II, separa os meios de prova, previstos no Título II (arts. 128.º-170.º), dos meios de obtenção de prova, indicados no Título III (arts. 171.º-190.º). Menos didático, o CPP brasileiro a tanto não vai, cingindo-se a enumerar os meios de prova em seu Livro I, Título VII, Capítulo II – arts. 158-250.

5 Pereira, 2005: 225.

consubstanciará uma *Legal Defense* – a ser examinada adiante no âmbito da denominada *entrapment doctrine*⁶.

O manejo do AI forma parte integrante de um sistema normativo, notadamente o Direito Penal total, que abarca, a um só tempo, o direito penal e o direito processual penal. De modo simples, Fletcher sublinha que, em termos gerais, as normas do primeiro definem o ‘o culpado em princípio’; e as do segundo, ‘o culpado de fato’⁷. A esta extensa região do Direito cumpre uma função específica de proteção de bens fundamentais de uma comunidade, que se prendem, nuclearmente, com a livre realização da personalidade ética do homem e cuja violação configura o ilícito típico penal; assim, a investigação criminal reveste-se de uma tal natureza jurídica que a torna matéria de direito, como campo específico de realização de fins de Estado de Direito e, como tal, deverá estar circunscrita à descoberta de fatos relevantes para o Direito – a autoria e a materialidade dos crimes⁸. Anota Figueiredo Dias que, por melhor que se concebam, se estructurem e se articulem os poderes da comunidade politicamente organizada – nomeadamente o Estado –, na implementação de políticas sociais preventivas e profiláticas, não se demitirá ele do seu poder-dever de perseguir e punir o crime e o criminoso, sob o risco concreto e ponderável risco de corroer os pilares fundantes em que se apoia sua legitimidade⁹.

Visualizamos a temática sob a luz dos instrumentos internacionais – Convenções e Tratados –, designadamente a Convenção da Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional em linha com a CEDH, em ordem a ter em perspectiva a balanceada equação entre os direitos de liberdade das pessoas e o direito a uma justiça penal eficaz. A convenção de Palermo proclama, em seu primeiro artigo, o objetivo de promover a cooperação para efeito de prevenir e combater mais “eficazmente a criminalidade organizada transnacional”; exalta a observância, porém, dos princípios “da igualdade soberana e da integridade territorial dos Estados, bem como da não-ingerência nos assuntos internos de outros Estados”; e, bem assim concita cada Estado Parte a diligenciar para que qualquer poder judicial discricionário conferido pelo seu direito interno e relativo a processos judiciais contra indivíduos por infrações previstas naquela Convenção “seja exercido de forma a otimizar a eficácia das

6 Meireis, 1999: 97-101.

7 Fletche R, 1998: 7-8.

8 Palma, 2014: 17.

9 Figueiredo Dias, 1974: 23-24.

medidas de detecção e de repressão destas infrações, tendo na devida conta a necessidade de exercer um efeito cautelar da sua prática¹⁰. Em contraponto, tais objetivos não-de guardar consonância com os preceitos cruciais consagrados por outro instrumento internacional, designadamente a CEDH, que assinala o direito de qualquer pessoa a que sua causa seja apreciada, equitativa e publicamente, em prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, instituído pela lei, em face de acusação penal¹¹.

Propugnamos que a atividade do AI enforma, de igual modo, uma técnica e uma ferramenta de cooperação internacional; a um, dada a dimensão cada vez mais transnacional da criminalidade organizada; e a dois, face à natureza mesma das organizações criminosas, fechadas, dificultando, sobremaneira, a própria investigação, e a qualificação jurídica dos ilícitos penais típicos perpetrados pelos seus membros¹². Assim, o recurso ao AI deve suceder sob a égide de um Estado de Direito, não sendo ocioso afirmar que a apreciação do cipoal de meios de prova por ele recolhidos está jungido às normas constitucionais e infraconstitucionais, porquanto é necessário “reafirmar o caráter de contenção ritualizada do poder punitivo que deve ser inerente ao processo contemporâneo¹³”.

Não será necessária uma longa incursão acerca da evolução histórica das leis de enfrentamento das organizações criminosas, sobretudo no concernente ao AI no Brasil e em Portugal; adiante, somente abordaremos as Leis ora vigorantes. Sem embargo, acreditamos que o Estado apenas será capaz de minorar a existência – e a perniciosidade – de tais organizações criminosas valendo-se de meios extraordinários, especialmente a infiltração¹⁴, consistente na introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa – tendo em vista a obtenção de provas e informações – e/ou operacional – tendo em vista a arrecadação de dado negado ou de difícil acesso – em quadrilha, bando,

10 Decreto N° 5.015, de 12 de março de 2004, Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, Brasília: D.O.U., 2004, Convenção de Palermo, Arts 1.º, 4.º, e 11, n.º 2

11 CEDH – Artigo 6.º, n.ºs 1 e 2.

12 Sousa, 2015: 52-54. No denominado Guia das Boas Práticas Acerca das Técnicas Especiais de Investigação para o Combate aos Crimes Transnacional, a ONU realça a importância do emprego da infiltração policial no combate aos crimes de lavagem de dinheiro, tráfico internacional de drogas, de armas, de seres humanos, corrupção, exploração sexual de mulheres, crianças e adolescentes, bem como qualquer outra forma de escravidão do homem.

13 Khaled JR, 2013: 3.

14 Feitoza, 2009: 820

organização ou associação criminosa ou em certas hipóteses de criminalidade de extrema gravidade, no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor do crime, a fim de obter provas que possibilitem, de forma eficaz, a prevenção, detecção, repressão, ou, enfim, combater a atividade criminosa.

O Estado Brasileiro vale-se de meios extraordinários de obtenção de prova, por meio da Lei 12.850/13, que dispõe sobre a investigação criminal, as infrações penais correlatas, o procedimento criminal a ser aplicado, e nomeadamente, a infiltração¹⁵ por policiais, em atividades de investigação. O Estado Português lança mão do AI, utilizando-se da Lei 101/2001, que consagra o regime jurídico das ações encobertas – aqui entendidas como sinônimas das ações infiltradas – para fins de prevenção e investigação criminal. Em seu art. 3.º, este Diploma condiciona a realização desse método à autorização do magistrado do MP – na fase do inquérito, comunicando-se, de pronto, ao juiz da instrução, sendo ela validada se não proferido por este despacho de recusa –, e do juiz de instrução criminal – no âmbito da prevenção criminal, por proposta do MP.

De acordo com as Leis 12.850/13 e 101/2001, quem pode atuar como AI nos Direitos brasileiro e português? No Brasil, o art. 10 da Lei retro alude, taxativamente, à ‘infiltração de agentes de polícia’, assim reputados os agentes da polícia civil e federal. Nesse aspecto, seria bem-vinda a cooperação de agentes estrangeiros, a teor dos preceitos de instrumentos internacionais, tais como a Convenção de Palermo, em seu artigo 18 – ‘Assistência Judiciária’ –, notadamente em face de crimes de envergadura transnacional, termos em que os Estados Partes deverão prestar toda a assistência judiciária possível nas investigações, nos processos e em outros atos judiciais relativos às infrações em causa. Por óbvio, tudo sem prejuízo dos princípios da igualdade soberana, da integridade territorial e da não-ingerência nos assuntos internos dos outros Estados. Em Portugal, a lei de regramento do tema é mais elástica do que a congênere brasileira, porquanto, às expensas, estende este múnus a “funcionários de investigação criminal ou terceiros sob controle da Polícia Judiciária, ambos com ocultação da sua qualidade e identidades”¹⁶. Como veremos a seguir, na apreciação do caso ‘infiltrado americano’, além de mais elástica, a Lei Portuguesa revelou-se mesmo sábia – e eficaz – para a dilucidação de crimes perpetrados no intestino de uma organização criminosa.

15 Brasil, Lei 12.850/13, artigo 3º.

16 Portugal, Lei 101/2001, art. 1.º, n.º 2.

Em traços breves, referenciaremos o AI no direito comparado, num voo de pássaro sobre territórios estrangeiros, pois, conquanto cada Estado possua seus Códigos, é mister compreender a profunda e universal estrutura dos sistemas penais e processuais penais, a fim de prover um antídoto para preconceitos positivistas de décadas recentes, sendo tais Códigos respostas locais na superfície em face de questões universais da unidade que formam a base de culturas legais aparentemente diversas¹⁷. Não há negar que os Estados Unidos foram o berço mais frondoso e vistoso do AI; o país no qual esta técnica de investigação e de recolha de provas assumiu maior relevo e ganhou mais notoriedade. Ali, os capítulos 13 – Prevenção Geral e Controle – 21 – Alimentos e Drogas – do Código Federal disciplinam as ações encobertas, estipulando, em simultâneo, as atribuições do AI¹⁸, para, além de conferir-lhe imunidade geral, estender a infiltração também a informantes e admitir – máxime em investigações de crimes de índole econômico-financeira – a formação de empresas fictícias¹⁹. O AI – inspirado no *undercover* norte-americano – está se expandindo rapidamente nos últimos anos, tendo sido introduzido gradualmente nas legislações da Alemanha, França, Argentina, México, Chile e Espanha, Portugal e Brasil.

Na Alemanha, o *Verdeckter Ermittler* foi instituído por Lei de 15.07.1992, que cuidou do combate ao tráfico de drogas e outras formas de criminalidade organizada; na Argentina, pela *Ley 24.424 de 7.12.1994*, que alterou a *Ley 23.737 (Ley de Estupefacientes)*; na França, o *enquêteur clandestin* está previsto no *Code de Procédure Pénale*, art. 706-32, al. 2; no México, o *agente encubierto* está contemplado no 11 de la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO)*, de 7.11.1996; no Chile, o *agente encubierto* foi instituído pela *Ley 19366, de 30.01.1995*, que regula o tráfico de estupefacientes; na Espanha, o *agente encubierto* foi introduzido pela *Ley Orgánica n.º 5*, de 03.01.1999, que alterou o artigo 282 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*; por fim, na Itália, na legislação de emergência, editada a partir de meados da década de 70, para o combate ao terrorismo e ao crime organizado²⁰.

17 Fletcher, 1998: 3-5.

18 Gonçalves, 2012: 61 e 62

19 Oneto, 2005: 105.

20 Oneto, 2001: 148.

O TEDH, ao interpretar o artigo 8º do CEDH²¹, vem afirmando que a ingerência do Estado na vida privada dos cidadãos só pode se justificar quando concorram três requisitos: 1) que esteja prevista em lei – legalidade –; 2) que a finalidade seja legítima – assim, por exemplo, o combate à criminalidade organizada; e, 3) que, em uma sociedade democrática, seja considerada como a alternativa necessária para a consecução de tal finalidade, segundo uma relação entre os custos – jurídicos – e os benefícios – para os direitos e liberdades das pessoas afetadas pelo crime – postos em conflito²². A propósito, LaFave preconiza que certos crimes apresentam um grau único de dificuldade para a Polícia, porque são cometidos às escondidas entre indivíduos que são autores voluntários; logo, em acréscimo ao uso de técnicas de buscas e apreensões, vigilância eletrônica e informantes para esclarecer este tipo de crime, os agentes da lei encorajam a comissão de crime dessa espécie. Um ambiente é criado no qual o suspeito é apresentado à ocasião de cometer um crime; a simulação da realidade deve ser acurada o suficiente para induzir a atividade criminosa até ao ponto em que tais agentes estiverem em posição de reunir elementos de prova. As táticas utilizadas variam de caso a caso; algumas são inócuas, mas, sabendo-se que as pessoas envolvidas na criminalidade desconfiam de estranhos, os agentes de autoridade, geralmente, fazem mais do que simplesmente aproximar-se de um alvo e esperar a comissão do crime. Muitas solicitações ou o estabelecimento de relações pessoais com o suspeito podem fazer-se necessárias para afastar a suspeita²³.

De outro lado, o próprio LaFave obtempera que o AI, mesmo em face de crimes de feição peculiar, enseja tensões de legitimidade, no sentido de que as formas mais extremas de encorajamento suscitam este tipo de questionamento²⁴. Mais adiante, ele pontifica que o cerne da preocupação consiste na possibilidade de que o encorajamento possa induzir uma pessoa que, sem tal conduta do AI, não cometeria o ilícito penal típico²⁵. E, de modo taxativo, aduz ele, em claro tom de crítica, que nem as Cortes nem as Casas Legislativas, nos EUA,

21 CEDH – Art. 8º, nº 1.

22 Silva, 2005: 405

23 LaFave; Israel, King, Kerr, 2009: 249-250.

24 *The more exteme forms of encouragement activity are a matter of legitimate concern for a variety of reasons.*

25 “[...]possibility that the encouragement might induce a person who otherwise would be law-abiding to engage in criminal conduct.”

têm-se debruçado sobre a problemática, deixando sem limites a atuação do AI. Ao invés, sustenta ele que, como um problema histórico, a resposta tradicional da lei foi que não havia limites acerca do grau de encorajamento a que os agentes da lei poderiam submeter aqueles que se acham sob investigação²⁶.

Nada obstante, aponta o autor americano que, ultimamente, algumas Cortes Estaduais de Justiça têm acolhido a doutrina de defesa denominada *entrapment defense* ou *the doctrine of entrapment*²⁷. A propósito, anotamos que: 1) na vertente objetiva, não é necessário provar a culpa do provocado, bastando-se com uma prova da conduta abusiva do provocador – *undercover agent* –; aqui caberá à Defesa o ônus da prova, nos limites do *due process of law*; o fundamento desta vertente é de acautelar eventuais abusos do AI, resultando deste evento a improcedência da prova; 2) na vertente subjetiva, avaliar-se-á a intenção criminosa prévia do arguido, para o afastamento de sua responsabilidade, cabendo o ônus da prova, repartidamente, à Defesa e à Acusação; a primeira deverá provar o *entrapment* e, depois, deverá a segunda provar que o suspeito tinha já uma predisposição à comissão do crime, *beyond any reasonable doubt*; os fundamentos desta vertente são a proteção dos direitos individuais e o postulado de que o um sujeito inocente não deve ser induzido à comissão de um crime pela polícia²⁸.

Aqui chegados, cumpre, ao menos, à guisa de marco referencial do sistema *Civil Law*, aludirmos ao emblemático caso Teixeira de Castro²⁹, o qual abordou, pela primeira vez, o problema das ações de provocação, delimitando as linhas de fronteira entre o AI e o agente provocador. Ao fim, o TEDH assentou que o crime praticado pelo arguido Teixeira de Castro teve origem direta e exclusiva na atuação de agentes policiais, porquanto estes foram verdadeiros instigadores de um comportamento que jamais se concretizaria sem esta atuação. Nessa senda, o Tribunal recomendou que os órgãos nacionais portugueses de investigação criminal deveriam adotar medidas especiais, designadamente em crimes relacionados com o tráfico de estupefacientes.

26 LaFave; Israel, King, Kerr, 2009: 249-250.

27 Meireis, 1999:101-105.

28 Para Whelan e Robertson, esta doutrina foi construída sob dois critérios: um subjetivo, agasalhado pelo *Supreme Court* pela generalidade dos Tribunais Estaduais, centrado na análise da influência da atuação policial sobre o crime praticado; e um objetivo, acolhido pela Doutrina e por alguns Tribunais Estaduais, fundado na análise do papel dos *undercover agents* para a criação da intenção criminosa, tendo em conta a predisposição do provocado. *Apud* ALVES, 2013: 345-389.

29 Para mais desenvolvimentos, consultar LOPES, 2009.

A doutrina, de modo particular, a germânica – no pertinente ao § 136 a) da StPO (*Strafprozeßordnung*), cujo preceito é similar ao art. 126.º do CPP português – tem defendido uma interpretação mais restritiva da temática das proibições de provas que têm por suporte o ‘engano’, vindo, assim, a distinguir o engano proibido (*Täuschung*) e astúcia (*List*) permitida, de sorte a evitar resultados susceptíveis de paralisar a atividade de investigação penal³⁰. Deveras, a ação do agente provocador é de ser rejeitada de plano; e assim o fazem as ordens jurídicas portuguesa e brasileira³¹. A provocação não é tão-somente informativa – como na ação do AI –; é mais do que isso; é formativa, pois, ao invés de revelar o criminoso e o crime, cria o próprio criminoso e o próprio crime. Por isso, é inteiramente inaceitável em ambos os sistemas investigativos de prevenção e de repressão do crime³². Em verdade, irrelevante é a mera qualificação designativa da atuação do agente de polícia, como infiltrado ou provocador; nesse sentido já se inclinara o Tribunal Constitucional Português, em 1998, conforme Acórdão n.º 578/1998, de 26 de Fevereiro de 1998, ao enunciar que, para assegurar essa legitimidade, o agente de investigação criminal não poderá induzir, nem instigar, o sujeito à prática de um crime que, de outro modo não praticaria, se não tivesse já disposto a praticar; deverá, antes se limitar a conquistar sua confiança para melhor o observar, e a colher informes acerca das atividades criminosas de que ele é suspeito; o STF, no Brasil, alberga igual entendimento³³.

Assentada a relevância da atuação do AI, firmamos a premissa de que somente agentes de autoridade – mesmo os estrangeiros – devem ser autorizados a proceder nessa condição, tamanhos os riscos, tão perigosas as situações, tais os esforços da Polícia Investigativa para formar um profissional com este grau de qualificação profissional. Assim, parece-nos descabido atribuir tais misteres a terceiros particulares, por muito queiram e tenham a contribuir para a realização de tarefas dessa natureza. A esse respeito, visionamos como necessária a permissão de infiltração a agentes estrangeiros – justo porque a origem dessa técnica de investigação está no alastramento da criminalidade

30 Figueiredo Dias, 2009: 31.

31 Art. 32, n.º 8 da CRP; Art. 5.º; X; e LVI da CRB.

32 Silva, 2005: 406.

33 Sousa, 2015: 45-46. A atuação do agente provocador é repudiada com tal veemência que o STF condensou na súmula 145 que “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

transnacional, que envolve indivíduos de distintas nacionalidades e idiomas –, como reclamado pela polícia espanhola quando da edição da *Ley Orgánica* n.º 5/1999¹⁴, em consonância com os critérios de necessidade e proporcionalidade que devem nortear o emprego de tal instituto – a Convenção de Palermo é explícita na autorização e no encorajamento dessas ações, preventivas ou de investigação, nomeadamente no seu art. 20, n.º 1³⁴. Nesse campo, avulta o nível de contributo que os *undercover agents* americanos podem emprestar a seus congêneres, tanto na formação de AI de outros países, como na atuação em cooperação com aqueles. E não se alegue que tal providência é desmesurada. O princípio da proporcionalidade tem papel cardeal de proteção de direitos fundamentais e de limitador do poder do Estado³⁵. Na doutrina estrangeira, Cancio Meliá e Barbosa não hesitam; antes, manifestam-se de modo favorável ao AI, e o fazem na assertiva de que se trata de uma das medidas de maior eficácia na luta contra a criminalidade organizada³⁶.

Como se vê, o contributo do AI, para fins de prevenção³⁷ e investigação criminal, constitui um feérico farol capaz de iluminar o rumo da tecedura de provas consistentes e credíveis para a prossecução criminal, em atendimento às garantias inerentes à defesa, destacadamente o contraditório. Portanto, vislumbramos que o conteúdo do relatório do AI e bem assim o de seu depoimento podem mesmo ser cruciais, quer para a acusação, quer para a defesa, valendo a possibilidade concreta e efetiva de determinar a sua liberdade ou sua condenação.

34 Decreto N.º 5.015, de 12 de março de 2004, Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, Brasília: D.O.U., 2004. N.p. Art. 20.1.

35 Bonfim, 2009: 17-18. Há outro vetor desse princípio fundante do Estado Materialmente Democrático de Direito, que se denomina princípio da infraproteção. Decerto, tão perniciosa quanto o abuso do Estado frente ao indivíduo é a desmedida leniência em face daqueles que violam normas de convivência e de coexistência, pondo em perigo a comunidade.

36 Cancio Meliá & Barbosa, 2008: 90: “*El agente encubierto es una de las medidas de mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad organizada, es un instrumento caracterizado por la infiltración de miembros de las fuerzas de seguridad en las organizaciones criminales, quines ocultan su autentica identidad con el proposito de detectar y perseguir delitos. Del mismo modo, este tipo de medidas buscan la verificación de ideologos y dirigentes de tales organizaciones*”.

37 *The Attorney General Guidelines On Federal Bureau Of Investigation Undercover Operations*, disponível em: <http://www.fas.org/irp/agency/doj/fbi/fbiundercover.pdf>, acesso em: 19.08.2016, p. 5.” 1. *The use of undercover techniques, including proprietary business entities, is essential to the detection, prevention, and prosecution of white collar crimes, public corruption, terrorism, organized crime, offenses involving controlled substances, and other priority areas of investigation. However, these techniques inherently involve an element of deception and may require cooperation with persons whose motivation and conduct are open to question, and so should be carefully considered and monitored*”.

3. O RELATÓRIO DE ATIVIDADES PRODUZIDO ‘NAS BRUMAS’ PELO AGENTE INFILTRADO

3.1. A forma e o conteúdo do relatório

Assim na ordem jurídica brasileira como na portuguesa, o relatório do AI é de realização obrigatória, notadamente após o fim das respectivas atividades, como requisito para validação deste meio de prova³⁸; tem como finalidade descrever o que e como aconteceu na ação infiltrada; ademais, a estrita observância dos requisitos legais como exigência para uma posterior validação da prova traduz que a prática contrária levar-nos-ia para o âmbito das provas proibidas por desrespeito pelas diretivas pré-estabelecidas – o que tem por consequência a proibição da valoração da prova por ele adquirida³⁹.

O CPP português enuncia que se entende como documento a declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal, devendo a respectiva junção aos autos ser efetuada oficiosamente ou a requerimento, não podendo juntar-se aquele que contiver declaração anônima, salvo se for, ele mesmo, objecto ou elemento do crime; autoriza a junção destes no decurso do inquérito ou da instrução e, caso não seja possível fazê-lo nestas fases, deve sê-lo até ao encerramento da audiência de julgamento, assegurando-se, em qualquer caso, a possibilidade de contraditório.

O regime português distingue, e bem, o documento em face do auto; ao primeiro corresponde o objeto representado por fatos ocorridos fora do processo ao qual ele vem a ser junto, podendo, assim, ser valorado como prova documental; e, ao segundo corresponde o objeto representado por um ato do processo em causa, não podendo, assim, ser valorado para a formação da persuasão do tribunal, e sujeitando-se a regime distinto dos primeiros – a esse respeito vale conferir pronunciamento da Jurisprudência lusa, a teor do Acórdão do TRL de 18.05.2011⁴⁰. De seu turno, o CPP brasileiro conceitua o documento como

38 Beleza & Pinto, 2011: 152.

39 Rodrigues, 2015: 11.

40 Acórdão TRL, 18.05.2011. “I. De harmonia com o disposto no n.º 1 do art. 164.º do CPP, «é admissível prova por documento, entendendo-se por tal a declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou qualquer outro meio técnico, nos termos da lei penal».II. A esta luz, reveste a natureza de documento toda a declaração materializada num escrito, perceptível para a generalidade das pessoas, que, possibilitando reconhecer o emitente, seja idónea a provar um facto juridicamente relevante.III. Se para a definição do conceito de documento se atendesse apenas ao indicado n.º 1 do art. 164.º do CPP e às alíneas a) e b) do art. 255.º do C.P., para que aquele remete, qualquer auto lavrado num processo, contivesse ou não declarações, seria um documento e, como tal, poderia ser valorado para a formação da convicção do tribunal

qualquer escrito, instrumento ou papel, público ou particular, podendo as partes apresentá-lo em qualquer fase do processo, e o juiz, adotar providências, *ex officio*, para a sua junção aos autos⁴¹.

De partida se vê a importância probatória do documento em ambas as ordens. E mais que o relatório do AI é documento, com todas as suas características; e não se diga que o relatório contém declaração anônima, pois, a despeito da identidade oculta do AI, ele assume uma designação codificada e, como tal, é identificável, pelo menos pelo juiz e quem ele autorize.

No direito português, a referência ao relatório do AI é feita pelo art.º 3, nº 6, da Lei 101/2001, que, de feição concisa, institucionalizou o vigente regime das acções encobertas ou infiltradas em Portugal. No direito brasileiro, esta menção é feita pelo art. 10 da Lei 12.850/13; de modo mais prolixo, em duas ocasiões, este dispositivo alude a certos relatórios a serem elaborados, em momentos distintos, a respeito das atividades desenvolvidas pelo AI⁴². O § 4º preceitua que, findo o prazo de 6 meses, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, o qual, de imediato, cientificará o MP; e o § 5º prescreve que, no curso do inquérito, a autoridade policial poderá determinar aos seus agentes, e o MP poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração. De efeito, embora no sistema brasileiro a Polícia Judiciária não esteja sob subordinação funcional e hierárquica do MP, a este cabe sindicatizar a atividade policial – lamentavelmente, na forma de Lei Complementar que nunca foi objeto do labor legiferante do Poder Legislativo, o que, não raro, causa rusgas no relacionamento entre ambas as instituições, em detrimento da eficiência da persecução criminal.

Vislumbram-se, na ordem brasileira, duas espécies de relatório, a saber: I) o relatório da atividade de infiltração; e II) o relatório circunstanciado da infiltração

nos termos e nas circunstâncias enunciadas no art. 355.º daquele Corpo de leis.IV. Uma tal conclusão entraria em conflito com o disposto nos arts. 356.º e 357.º, ambos do CPP, disposições que obstem, por regra, a valoração, para a formação da convicção do tribunal, de diligências de prova realizadas nas fases preliminares do processo, designadamente a valoração de autos de inquérito que abarquem declarações do assistente.V. Para delimitar os conceitos processuais de prova documental e de auto (art. 99.º do CPP), deve partir-se da ideia de que o objecto representado pelo documento é um acto realizado fora do processo ao qual ele vem a ser junto. VI. Se, pelo contrário, o objecto representado é um acto do processo em causa, qualquer que ele seja, então estamos perante um auto que é nele lavrado e que está sujeito a um regime diferente do reservado à prova documental.VII. Um auto não pode, nomeadamente, ser valorado para a formação da convicção do tribunal a não ser nos apertados limites traçados pelos arts. 356.º e 357.º ambos do CPP". Acórdão TRL, 18.05.2011.

41 Código de Processo Penal, arts. 231, 232 e 234.

42 Friede, 2014: 51.

policial. O primeiro consubstancia-se em documento a ser elaborado pelo AI, devendo ser encaminhado à Autoridade Policial responsável pela operação. Ainda que requisitado pelo MP – na forma do art. 10, § 5º, da Lei em comento – deverá ser previamente encaminhado à autoridade policial responsável pela investigação, de sorte que esta possa bem avaliar a condução operacional da medida excepcional de obtenção de prova, corrigindo-a e redirecionando-a, no caso de vir a detectar algum desvio – seja por erro, seja por dolo; deve o AI comunicar o inteiro teor do quanto apurou, tudo de conformidade com o que constar do mandado de infiltração policial.

A lei brasileira, porém, silencia quanto ao momento em que o relatório da atividade de infiltração policial deve ser elaborado; divisamos, ao menos, duas situações clássicas: 1) relatório parcial da atividade de infiltração policial; e 2) relatório final da atividade de infiltração policial. O primeiro deve ser elaborado durante a atividade do AI, e de acordo com a periodicidade estabelecida pela autoridade policial no plano de operação de infiltração ou pelo magistrado no mandado de infiltração policial; poderá ser diário, semanal, quinzenal, mensal, etc., conforme as especificidades de cada caso; em última análise, poderá ser, pontualmente, elaborado para se verificar se a segurança e a vida do AI estão em perigo – art. 12, § 3º, da Lei 12.850/13 –; se e quais provas foram obtidas – art. 3º, VII, da mesma Lei –; se a atuação do AI está atenta à devida proporcionalidade com a finalidade da operação – art. 13, *caput*, da mesma Lei –; e, por fim, se os fins traçados estão sendo alcançados. Saliente-se, ainda, que esta Lei não define a forma a ser adotada para efeito de elaboração deste relatório e seu encaminhamento por parte do AI. Bem por isso, e em vista da complexidade – e do alto risco – da tarefa, sustentamos ser aceitável qualquer formato, notadamente carta, bilhete, *e-mail*, mensagens por meio de aparelho tele móvel, etc., ou até mesmo verbal, por meio de contato telefônico com os agentes externos da operação de infiltração policial, os quais, de sua vez, cuidarão de materializar o conteúdo do relato recebido. Tudo, portanto, a guardar conformidade com dois objetivos: a fidedignidade do conteúdo do relatório e a segurança do AI⁴³.

O segundo documento também deve ser elaborado pelo AI aquando do término da atividade de infiltração; tal medida tem por escopo permitir à autoridade policial aferir: 1) se, e quais provas a propósito das atividades ilícitas foram adquiridas – art. 3º, VII, da Lei 12.850/13 –; 2) se a atuação do AI

43 Friede, 2014: 53.

guardou observância da proporcionalidade com a finalidade da investigação – art. 13, *caput*, da mesma Lei –; e, 3) se os fins traçados foram alcançados, dentre outros aspectos. Há aqui, – à diferença do que fora antes afirmado no tocante ao relatório parcial – que ressaltar que o relatório final do AI deverá ser confeccionado de forma escrita; e, agora mais que nunca, de tal maneira que seja o mais fidedigno possível e de tal molde que preserve a sua identificação e a segurança. De posse das informações recolhidas pelo AI, bem como de outras obtidas ou não a partir delas, a autoridade policial elaborará o correspondente relatório e o remeterá ao juiz competente – sempre atento ao elevado e inflexível grau de sigilo que a medida impõe, constituindo crime o descumprimento dessa determinação, conforme o tipo penal descrito no art. 20 da Lei 12.850/13⁴⁴.

À luz das Leis portuguesa e brasileira, infere-se que o relatório do AI – documento e não auto – não será importante apenas para autoridade policial, mas também para o juiz e o MP aferirem se a ação se desenvolveu em conformidade com os preceitos legais e os limites da decisão concessiva do emprego desse meio extraordinário de obtenção de prova, e preservá-lo de contaminação de nulidade⁴⁵. Deveras, o relatório do AI consubstancia meio típico de prova, submetido aos respectivos regimes legais dos meios de prova – nos termos das Leis Portuguesas e Brasileiras – as quais visam assegurar a máxima credibilidade para a demonstração dos fatos probandos; demais, como se sabe, mesmo a liberdade de escolha dos meios de prova cinge-se à faculdade de selecionar meios de prova típicos adequados ao processo em curso, sob pena de nulidade, independente de cominação expressa em lei⁴⁶. Neste marco, avulta uma questão crucial: uma vez elaborado o relatório, deverá sua junção ser feita aos autos?

3.2. Juntar ou não juntar – a questão *hamletiana* –: as posições jurisprudenciais e os regimes jurídicos em Portugal e no Brasil

LaFave aduz que quase todas as jurisdições nos EUA têm códigos ou regimentos de Cortes a determinar a abertura de provas – *discovery rule* – para as partes, sobretudo para a Defesa, antes dos julgamentos criminais. Os relatórios⁴⁷ de

44 Brasil, Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013.

45 Friede, 2014: 53.

46 Mendes, 2014: 174-175.

47 *The Attorney General Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations*. Disponível em: <http://www.fas.org/irp/agency/doj/fbi/fbiundercover.pdf>. Acesso em: 24.08.2016, p. 18. Este manual

investigações policiais – como o relatório do AI – podem enquadrar-se nessa categoria, sobretudo aqueles referentes: 1) a documentos substanciosos para a preparação da defesa; 2) a declarações de pessoas com conhecimento acerca de fatos relevantes; 3) a declarações de testemunha da acusação em que o próprio policial servirá como testemunha em Juízo; e 4) a outras informações e materiais relevantes não incluídos de outro modo na regra do *discovery rule*⁴⁸. O mesmo LaFave assinala as divergências entre os Estados americanos; esclarece que vários visualizam o relatório policial como fonte crucial para a preparação da defesa e, especificamente determinam a sua abertura automática; outros tantos, em contraste, especificamente o excluem do *discovery rule*. Dimana, pois, que a Federação Norte-americana abraça divergências a respeito do que denominamos ‘drama *hamletiano*’, consistente na disjuntiva equivalente a ‘juntar ou não juntar’ o relatório do AI aos autos do processo penal.

Consoante as normas protetivas dos direitos humanos, o direito de acesso aos autos pode ser limitado somente a certos e estreitos pressupostos – estando preso o imputado, o direito ao acesso se impõe quase de forma absoluta. Na Alemanha, o direito integral de acesso aos autos surge com o encerramento – assim declarado pela Promotoria – das investigações (§§ 147, par. 2, 169, a, do StPO); na Áustria, as regras obedecem à CEDH, salvo nos casos em que o acesso aos autos ponha em perigo os fins da investigação; na Suíça, de igual modo, o acesso é deferido logo após o encerramento do procedimento preliminar, contanto que não sejam postos em perigo os aludidos fins da investigação. A Jurisprudência do TEDH, entretantes, fez prevalecer sua influência no sentido de que deve ser assegurado ao imputado ou a seu defensor o direito de examinar todos os termos dos autos, ou do expediente, que tenham relevo no que respeita à medida de decretação de privação de liberdade⁴⁹.

Na doutrina portuguesa, a elaboração do relatório afigura-se um momento processual de grande relevância para a aferição da conformidade da ação encoberta com a autorização concedida; todavia, a indeterminação do critério para efeito de junção do relatório aos autos é fonte de incerteza e de insegurança, cabendo, assim, ao Juiz aferir esta indispensabilidade em termos probatórios

prevê não só o *Annual Report* – relatório anual –, como *The Undercover Review Committee*, – Comissão de Revisão de Ações Infiltradas – órgão ao qual os relatórios das ações infiltradas são submetidas para controle de legalidade (VI-E).

48 LaFave, Israel, King; Kerr, 2009:410-411.

49 Ambos, 2008: 116-119.

face às circunstâncias do caso concreto^{50 51}. No caso ‘infiltrado americano’, o Sr. Relator, asseverou: ‘Por outro lado, e conforme resulta do disposto no n.º 1 do art. 4 do Regime Jurídico das Acções Encobertas para fins de Prevenção e Investigação Criminal (Lei 101/2001, de 25 de agosto) a autoridade judiciária só ordenará a junção ao processo do relato da intervenção do agente encoberto se for reputada absolutamente indispensável em termos probatórios⁵². Ora, a controvérsia espoca neste aspecto, – de saber quando e sob que circunstâncias ele será reputado como tal – porquanto é ponto incontroverso que o AI, no prazo máximo de 48 horas após o fim da sua missão, tem de redigir o seu relato, como modo de permitir à autoridade policial, ao MP e ao Juiz o controle dos meios e os fins ação infiltrada, validando-se os elementos por ele coletados.

Neste ponto, divergimos do entendimento sufragado por este acórdão do TRL; noutro, o referido acórdão, em dada altura, enuncia que a legalidade da ação infiltrada decorreu sob o seu controle jurisdicional e, de outra mão, assinala que, ‘mesmo se entendendo que o preceito do n.º 6 do art.º 3º da Lei de Acções Encobertas respeita ao relato final – o que nenhum argumento literal ou teleológico sustenta – nenhum vício ou ilegalidade decorreria de tal inobservância, haja vista que tal relato destina-se apenas a permitir o controlo judicial da ação encoberta, não se consubstanciando em meio de prova⁵³. Bem visto, esse argumento alude ao relatório do AI e traduz a interpretação de que este nem sequer constitui meio de prova. Reafirmamos a assertiva de que o relatório do AI constitui meio de prova, destinando-se não só ao controle judicial da ação infiltrada, como também a dirimir aspectos acerca desta, que vão desde a caracterização da ação como legitimamente infiltrada ou provocadora até a outras pertinentes à autoria e à materialidade dos fatos em apuração.

Uma vez mais, cumpre referenciar o sistema *common law*, nomeadamente nos EUA; a Suprema Corte americana funda-se em cinco razões para o *discovery rule* : 1) o dever da acusação de abrir esses meios de prova sob seu poder ou controle que são exculpatórios ou materiais; 2) a proibição contra a má-fé do governo de destruir esses meios de prova; 3) o dever do Estado de prover a Defesa com poder através de intimação para obter uma prova testemunhal e

50 Oneto, 2005: 188.

51 Alves, 1999, p. 224.

52 Acórdão STJ 1690/10.1JAPRT.L1. S1, 5ª Seção, Relator Arménio Sottomayor, provido em parte, unânime, de 11/07/2013.

53 Acórdão do STJ n.º 326/12.0JELSB.L1. S1, 5ª Seção, Relator Nuno Gomes da Silva, 09-04-2015.

objetos materiais no julgamento; 4) o dever do Estado de prover a Defesa com certos tipos de auxílio ou informação que permitirão o uso do poder de intimar; e 5) a proibição contra certas ações governamentais que interferem no uso do poder de intimar da Defesa. No caso *Brady v. Md* (1963,) a Suprema Corte americana sustentou que os Promotores não disponibilizaram um depoimento de um corréu, o que terá resultado em violação do devido processo legal. Em resumo, a Corte estatuiu que a supressão pela acusação de evidências favoráveis a um dos corréus viola o devido processo legal quando tal é determinante, seja para estabelecer a culpa ou a pena, independentemente de boa-fé ou má fé da acusação⁵⁴.

Percorrida esta trilha, a solução apontada pelos cânones da *Common Law* revela-se mais consentânea com o princípio do contraditório, ainda que sob uma modalidade diferida ou delongada. A junção do relatório do AI aos autos há de ser obrigatória, e nesse aspecto andou bem a ordem brasileira, ao determiná-la, – para eliminar o drama *hamletiano* – ao passo que a portuguesa densificou – e intensificou – este drama, condicionando-a um vago e impreciso critério de ‘indispensabilidade’. E isso não bastasse, muito embora não se trate de enunciado especificamente dirigido às ações infiltradas, a Corte Suprema do Brasil corporificou, na Súmula Vinculante n.º 14, o princípio da abertura do material probatório à Defesa, no sentido de que é ‘direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.’

E, àqueles que, ainda assim, argumentam que o princípio do contraditório foi vulnerado – dado que o relatório do AI não foi posto à disposição da Defesa no tempo certo, isto é, antes do oferecimento da acusação –, aduzimos que, mesmo nos casos menos tensionados, o princípio do contraditório nem sempre é observado em forma plena, somente sendo atendido de modo diferido ou delongado, nomeadamente nos casos de interceptação telefônica e de quebras de sigilos fiscal e telefônico. Para além dessa questão da junção do relatório do AI, outra emerge: aquela dizente com a comparência do AI à audiência de julgamento. Sua comparência será facultativa ou obrigatória?

54 LaFave, Israel, King; Kerr, 2009: 567-569.

4. A COMPARÊNCIA DO AGENTE DAS ‘SOMBRAS’ EM AUDIÊNCIA NA CONDIÇÃO DE TESTEMUNHA

4.1. A comparência do agente das ‘sombas’ em audiência como testemunha: facultatividade ou obrigatoriedade?

A Defesa e o MP, ao qual toca o *burden of proof* no processo penal, notadamente quanto à autoria e à materialidade do fato típico penal, poderão arrolar o AI para servir de testemunha? Como prover, a um só tempo, à sua segurança e satisfazer o princípio do contraditório? Como sói acontecer, haverá duas correntes. A primeira diz que o sigilo da identidade do AI, para sua própria segurança, será absoluto, não devendo, pois, ser indicado a comparecer em Juízo; a segunda sustenta que, demonstrada a necessidade, e, considerando o princípio do contraditório, o AI poderá, sim, ser arrolado como testemunha. Perfilhamos a segunda vertente, e filiamo-nos a Beleza, para quem a circunstância de o AI prestar depoimento sob identidade fictícia, após debate oral e contraditório, designadamente na ordem jurídica portuguesa, nos termos da lei de regramento da espécie, não tem o condão de vulnerar de modo incontornável o princípio do contraditório – embora saliente a autora que, para fundamentar uma decisão de condenação serão necessários outros meios de prova que o sustentem⁵⁵.

De pronto, assentamos que o depoimento do AI se constitui em meio de prova relevante, porém autônomo em face do seu relatório; divergimos daqueles que consideram o depoimento do AI um ato sem o qual o relatório não se reveste de qualidade probatória; reveste-se, sim, nos moldes do CPP português – arts. 164.º-170.º- e do CPP brasileiro – arts. 231-238. O depoimento do AI vale por si, – assim como o seu relatório –, o que não exclui a assertiva de que a comparência deste em audiência, em grande medida, poderá robustecer o conteúdo daquele documento.

Extrai-se um conceito amplo de testemunha do Art. 6.º, n.º 3, d), da CEDH, que enuncia, entre as garantias mínimas do arguido, o direito a ‘interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação’; trata-se das pessoas cujos conhecimentos probatórios sejam tidos em consideração na formação da decisão, independentemente dos papéis processuais assumidos, que, por terem adquirido percepção dos factos em investigação,

55 Beleza, 2011: 156-158.

através do seu aparelho sensorial, estão em condições de recuperar e transmitir em juízo conhecimentos com significado para o tema probatório. Noutras palavras, são as pessoas portadoras de conhecimentos probatórios relevantes à realização da justiça – tanto o interesse na efetiva punição do verdadeiro autor do crime, como a evidente manifestação da inocência do presumido criminoso.

Como, porém, dever-se-á proceder à comparência do AI na audiência de julgamento para efeito de coleta de seu depoimento, de maneira a não descortinar o necessário anonimato, em ordem a assegurar a sua proteção e permitir o exame desse conteúdo probatório pela entidade decisória? Tanto mais quando está em causa a atribuição de um *plus* de *standard* probatório ao relatório confeccionado pelo AI, porquanto – enfatize-se –, embora este valha por si, há de convir-se que a comparência do AI em sede de tribunal para prestar esclarecimentos e informações sobre a sua atuação nas ‘sombras’, presenciando acontecimentos, atos e fatos em estreita ligação com a atividade delituosa, nas regiões intestinas das organizações criminosas, constitui um contributo significativo para o descobrimento da verdade dos fatos sob julgamento.

Algumas providências impõem-se como incontornáveis, sobretudo tendo em atenção que ao AI deve ser assegurada prerrogativa de recusar-se a comparecer em audiência de julgamento, caso o Estado a que serviu não lhe proporcione os meios e mecanismos de segurança a si e a seus familiares, de modo a assegurar a fiabilidade e a fidedignidade de seu depoimento.

4.2. As estratégias de proteção: critérios, condições e limites para este depoimento

Caso resolva participar da infiltração policial, o AI deverá ocultar a verdadeira identidade, na forma do art. 14, I, da Lei 12.850/13, e dos arts. 3.º, n.º 2 e 5.º, n.º 1, da Lei 101/2001, respectivamente nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa. De logo, colhe-se ser inadmissível que o funcionário policial seja impelido a atuar na condição de AI; antes, a voluntariedade é o critério prevalente; é direito seu recusar a ‘missão’ e, caso a aceite, poderá – de modo expresso na lei brasileira – fazer cessá-la. São sobejas e notórias as razões para tanto: como anotado antes, o alto grau de perigo da tarefa, o elevado nível de capacitação e o específico perfil físico e psicológico do funcionário policial. Para o êxito dessas medidas, é indispensável que os dados pessoais falsos do AI – carteira de identidade, passaporte, permissão para conduzir, número de contribuinte e seguro social – sejam inseridos, efetivamente, nos respectivos sistemas de banco de dados da administração pública, sob pena de se comprometer a operação de

infiltração policial e de se pôr em perigo a integridade física e a vida daquele e de seus familiares. Não por acaso, no Brasil, a Lei de Proteção de Testemunha – nº 9.807/99 –, em seu art. 9º, e a Lei 12.850/13, em seu art. 14, II, cuidam de determinar a adoção dessas medidas estratégicas.

No ordenamento jurídico português, em decorrência mesmo de sua prerrogativa legal de ocultação de identidade – condensada no art.1º, nº 2, da Lei 101/2001 – o AI também se acha abrangido pela Lei 93/99, que estabelece e disciplina a proteção de testemunhas em processo penal, máxime nos casos em que a sua vida, incolumidade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de avultado valor sejam postos em perigo. Neste ponto, vale destacar a asserção de que os postulados essenciais da estrutura acusatória resultante das legislações portuguesa e brasileira – contraditório, a imediação, a publicidade –, bem como as prerrogativas de defesa reconhecidas ao arguido, apresentam-se, as mais das vezes, em total antinomia com as exigências de tutela das testemunhas, de tal modo que se torna inviável garantir um destes valores em recíproca interação sem, em maior ou menor medida, sacrificar o outro⁵⁶.

Bem por isso, reitere-se: como viabilizar a comparência do AI na audiência de julgamento para efeito de coleta de seu depoimento, de maneira a não vulnerar o seu indispensável anonimato, de sorte a assegurar a sua proteção e de seus familiares e permitir a produção e a apreciação desse conteúdo probatório para a persuasão da entidade decisória? De efeito, medidas de proteção de testemunha, de restrição do contraditório, criam um campo de tensão de interesses conflituantes; e já em tema de etimologia, pois testemunha deriva do latim *testis*, e traz a origem das palavras *antesto*, *antisto*, indicando o indivíduo que se coloca diretamente em face do objeto e conserva na memória a sua imagem⁵⁷.

Na criminalidade comum, a intimidação de testemunha já tem dimensões consideráveis; a problemática assume exponenciais dimensões e dramáticos contornos quando referida à criminalidade organizada, fenômeno de múltiplas formas, de caráter transnacional, cuja nota distintiva mais proeminente consiste na atuação coerciva e intimidatória sobre as testemunhas, em particular os AI, informadores e arrependidos, punidos de modo cruel e ritualizado como exemplo para os demais e como elemento dissuasório de futuras dissociações⁵⁸.

56 Silva, 2007: 11-13.

57 Idem, P. 22.

58 Idem, P. 31.

Não sendo um sujeito processual, a testemunha é um participante necessário da relação processual, tendo em vista a realização da justiça, por conseguinte, na realização de uma finalidade que ultrapassa o eventual interesse pessoal na reprimenda do culpado, para se transformar, isto sim, numa tarefa da comunidade organizada em Estado de Direito. Este é um fenômeno mais visível em certas formas de criminalidade violenta, organizada e transnacional, cujas complexas metodologias praticamente inviabilizam a tarefa de aquisição de material probatório a partir de outras fontes, tornando ainda mais indispensável a colaboração efetiva das pessoas envolvidas – vítimas e AI – na tarefa de investigação e valoração dos comportamentos infractores⁵⁹.

Daí avulta a importância probatória das testemunhas e crescem as graves consequências da intimidação, abrindo-se caminho a um dever estatal de proteção, que tem como escopo evitar o prejuízo do interesse comunitário numa boa administração da justiça, no sentido da procura de um ponto de equilíbrio entre proteção dos direitos de defesa do arguido e máxima realização da justiça penal. Este dever de tutela das pessoas que, com os seus saberes probatórios, colaboram na administração da justiça, está solidamente fundado, não só em considerações de carácter endo-processual de descoberta da verdade; antes, sobretudo, em razões de natureza substantiva, diretamente radicadas na garantia dos direitos fundamentais; a via processual-formal não basta para fundar um modelo adequado de ‘concordância prática’, pois coloca os direitos das testemunhas na sombra da finalidade de descoberta da verdade, definindo contornos do dever do Estado em função do relevo probatório dos seus conhecimentos⁶⁰.

Outro aspecto relacionado à prova adquirida pelo AI reside em constatar que a revelação da identidade, nesses casos, implicaria na cessação da atividade do agente, bem como na criação ou aumento do risco à sua segurança pessoal e de sua família. Como é natural, a existência de testemunhas secretas implica em algum cerceamento do exercício do direito de defesa, pois que essa ocultação subtrai do acusado a possibilidade de conhecer fatos relevantes relacionados às provas que deve contrastar. Esse cerceamento, porém, não é absoluto, e reveste-se de menor gravidade nos casos em que o agente comparece em juízo e, com a adoção de medidas para ocultação de sua identidade – com utilização de venda ou sua colocação na sala de audiências em local não visível –, fica

59 Rodrigues, 2002:16-17.

60 Silva, 2007: 69-71.

sujeito às reperguntas da defesa. Por isso, argumenta-se na Espanha que ‘deve ser considerada legítima e constitucionalmente adequada a restrição do direito de defesa do imputado derivado da aplicação do artigo 282.bis.2 LECr’, isto é, da aplicação da norma processual que permite a manutenção do sigilo da identidade do AI⁶¹.

Nesse contexto, a proteção das testemunhas deve ser perspectivada como problema jurídico-processual, cuja solução há-de ser buscada com o respeito pelos direitos fundamentais do arguido e das próprias testemunhas que emergem da sua dignidade intocável e que integram o reduto mais essencial da ética jurídico-processual⁶². Como sabido, a dignidade da pessoa humana representa um dos pilares do Estado de Direito. LaFave classifica esse princípio como uma das pedras angulares do sistema de justiça criminal americano, na asserção de que um dos objetivos deste é a aplicação da lei criminal em consonância com este princípio; reconhece que tal conceito está longe de ser preciso, mas pode ser descrito aproximativamente como um conjunto de direitos que abrange as necessidades básicas da personalidade humana, incluindo a privacidade, autonomia, e a liberdade em face da humilhação e do abuso.⁶³

Há aqui a noção de que o *fair trial* não é só algo devido ao arguido, é também algo devido à testemunha⁶⁴; esse reenvio à ponderação de valores conflitantes à matriz do processo equitativo chegou-nos por meio da influência mediadora e transversal dos instrumentos internacionais, nomeadamente a CEDH; nessa linha de princípio, o TEDH fez inscrever o dever de proteção das testemunhas no tópico do *fair trial*, densificando, no seu art.º 6º, que o processo equitativo caracteriza-se assim pelos seus resultados como pelos instrumentos e metodologias de que se utiliza para assegurar as prerrogativas do arguido, mas também – com não menos intensidade – os direitos de quem presta um contributo à descoberta da verdade. Emblemático é o teor do Acórdão de 26-3-96 – caso *Doorson v. Países Baixos* –, no qual se lê no § 70, que os princípios de um

61 Rocha, 2001: 160.

62 Silva, 2007: 92-93.

63 LaFave, Israel, King; Kerr, 2009: 24-36. LaFave situa a dignidade da pessoa humana como pedra angular do sistema de justiça no mesmo grau de outros como: 1) *Implementing the Enforcement of the Substantive Law*; 2) *Discovery of the Truth*; 3) *Adversary Adjudication*; 4) *Accusatorial Burdens*; 5) *Minimizing Erroneous Convictions*; 6) *Minimizing the Burdens of Accusation and Litigation*; 7) *Providing Lay Participation*; 8) *Maintaining the Appearance of Fairness*; 9) *Achieving Equality in the Application of the Process*; 10) *Addressing the Concerns of the Victim*.”

64 Silva, 2007: 94 e 95.

processo equitativo também exigem que, em certos casos, os interesses da defesa sejam balanceados em face daqueles da testemunha ou da vítima intimadas a prestar depoimento; assim, avulta a necessidade de proteção processual das testemunhas perante eventuais atos lesivos de terceiros em confronto com os princípios da imediação⁶⁵, da publicidade⁶⁶ e do contraditório – a ser abordado no capítulo seguinte – princípios reitores do processo penal acusatório albergado pelos sistemas brasileiro e português.

As Leis 93/99 e 9.807//98, portanto, – respectivamente em Portugal e no Brasil – adotam medidas destinadas a promover o delicado equilíbrio entre a tutela de bens pessoais da testemunha – AI – e os direitos de defesa do arguido. O diploma português chega mesmo a expressar a excepcionalidade da medida de ocultação da identidade, a qual somente deve ser aplicada se ela se mostrar necessária e adequada à protecção das pessoas e à realização das finalidades do processo; bem ainda, explicita que é assegurada a realização do contraditório que ‘garanta o justo equilíbrio entre as necessidades de combate ao crime e o direito de defesa’⁶⁷.

O regime português foi instituído pela Lei 93/99, que se ampara em tradicionais e novas medidas de protecção, designadamente: a separação visual e acústica, a teleconferência e o anonimato. Sandra Oliveira e Silva, antecipando-se a uma análise de ordem dogmática, vaticina que o legislador português logrou erigir um justo equilíbrio entre as finalidades antinômicas do processo, apesar de algumas deficiências e pontos menos claros na composição com outros mecanismos já consolidados há muito⁶⁸. Este diploma normativo estatuiu a disciplina do segredo acerca da identidade da testemunha, sob a orientação

65 *Ibidem*, p. 229. Este princípio constitui importante prescrição na aquisição de prova, para conferir atendibilidade e a valorabilidade desta; põem-na em causa a teleconferência, o testemunho de ouvir dizer, o afastamento do acusado, a ocultação visual da testemunha, a leitura de autos, entre outros. O CPPP densifica-o ao exigir que a prova seja produzida em audiência perante o juiz que há de proferir a decisão; e, também, ao sublinhar a preferência por meios de prova ‘próximos do fato’ – excluindo, em regra, das fontes de persuasão do tribunal, a leitura de declarações reduzidas a auto e o depoimento indirecto – arts.º 355, n.º 1, 356, 357 e 129, n.º 1. De seu turno, o CPPB procede do mesmo modo, e em seu art. 400, § 1º, enuncia que as provas serão produzidas ‘numa só audiência’.

66 Este princípio é uma relevante garantia de justiça e de liberdade, assentado nas Constituições Portuguesa e Brasileira; na primeira, no seu art.º 206, e, na segunda, em seus arts.º 5.º, inciso LX e 93, inciso IX. Porém, não é absoluto. O CPPP concretiza esta previsão constitucional no artigo 87.º, embora não o faça de modo expresso em face das testemunhas; de seu turno, o CPPB não segue a mesma trilha, ao omitir-se quanto a esta particular situação; concretiza-o, porém, a Lei de Protecção das Testemunhas, como já atrás mencionado.

67 Art. 1º, n. 4 e 5, da Lei 93/99

68 Silva, 2007, p. 148.

princípio da concordância prática entre valores; tratou de estabelecer como absolutamente excepcional a ocultação da identidade da testemunha – a medida mais restritiva dos direitos de defesa do acusado e a mais problemática sob o ângulo da harmonização das finalidades antípodas do processo penal. Para tanto, instituiu dois requisitos cruciais: 1) a acentuada e imperativa necessidade de tutela dos saberes probatórios da testemunha; e, 2) a não menos acentuada e imperativa exigência de descoberta da verdade.

Por isso, em nome da proteção de sua identidade e de sua incolumidade e de sua família, ao testemunhar em Juízo, deverá o AI ter a sua verdadeira identidade mantida sob sigilo – utilizando-se, de maneira legítima, dos mecanismos previstos, seja na Lei 9.807/99 no Brasil, seja na Lei 93/99 em Portugal. Esta medida assenta em duas razões principais: 1) desnudada a sua identidade, o AI já não poderá mais atuar nessa condição em casos futuros – e não haverá muitos agentes especialmente preparados e treinados para proceder como tal em situações semelhantes nos Departamentos de Polícia; e, 2) uma vez publicitada sua verdadeira identidade, o AI correrá sério risco de morte; não somente ele, como também seus familiares e até eventuais amigos⁶⁹. Por óbvio, não vigora, neste ponto, a obrigatoriedade de revelar nome, sobrenome da testemunha sob regime especial; sem embargo, aqui não se supõe violação do contraditório, por um sem-número de motivos: a um, porque a identidade real do AI é um dado que carece de relevância para o acusado que só o conheceu através de sua identidade fictícia; a dois, porquanto a manutenção da identidade oculta é necessária para a própria existência da figura do AI.

A lei portuguesa – em ponto de vantagem sobre a congênere brasileira – também contempla um processo autônomo de aferição da pertinência da concessão da proteção da testemunha por meio da ‘reserva do conhecimento da identidade da testemunha’ – denominado de ‘processo complementar de não revelação de identidade’, mediante o qual proporciona mesmo a possibilidade do contraditório. Esse mecanismo permite que o pedido de sigilo tramite em procedimento apartado e rigoroso, sob o princípio do contraditório – um debate oral entre acusação e defesa sobre a efetiva oportunidade do anonimato – de sorte que a concessão dessa medida excepcional é obrigatoriamente precedida de um embate, com igualdade de armas, entre o Ministério Público e um defensor *ad hoc* nomeado pela Ordem dos Advogados; de modo a assegurar o segredo sobre a identidade, tornando irreconhecíveis pelos sujeitos

69 Mendroni, 2015: 189.

processuais certas características fisionômicas ou linguísticas da testemunha, nomeadamente o AI⁷⁰.

Neste processo autónomo, o juiz da instrução solicitará à Ordem dos Advogados a indicação de advogado com perfil compatível para a só representação dos interesses da defesa neste ato; de maneira expressa, enuncia o Artigo 18.º, n.º 4, da Lei 93/99, que aquela autoridade judiciária convocará o MP e o representante da Defesa para um debate oral e contraditório sobre os fundamentos do pedido, devendo, em seguida, na decisão concessiva da medida de reserva da identidade estabelecer uma designação codificada à testemunha, pela qual passará a ser referenciada no processo, sendo tal decisório comunicado, de pronto, à autoridade judiciária competente na fase em que aquele se encontra⁷¹.

A Lei 101/2001 opera em combinação harmonicamente complementar com a Lei 93/99, e como lei especial, também cuida do tema; no seu artigo 4.º, aduz-se que, a requerimento da Polícia Judiciária ou oficiosamente, a autoridade judiciária competente poderá, em decisão fundamentada, autorizar que o AI que haja atuado com identidade fictícia preste depoimento sob esta identidade em processo relativo aos factos objeto da sua atuação. Aqui, vale perceber que a identidade fictícia deste funcionário é atribuída por despacho do Ministro da Justiça, mediante proposta do Director Nacional de Polícia Judiciária; ao passo que é o juiz competente para o caso que autorizará ou não que este agente preste seu depoimento sob esta identidade fictícia – neste caso, terá lugar o debate oral e contraditório⁷². Ademais, as necessidades operacionais da Polícia Judiciária, consistentes na utilização no futuro de funcionários especializados em ações encobertas legitimam a prestação de depoimento sob identidade fictícia atribuída no contexto da investigação – art.º 4, n.º 3, da Lei 93/99.

Outro aspecto de monta referido neste instrumento legislativo é a utilização de recursos tecnológicos na proteção de testemunhas – assim, por exemplo, a teleconferência – viabilizando a transmissão à distância dos depoimentos das testemunhas, sem prejuízo, no contexto, da visibilidade do declarante e

70 Acórdão de 23-4-1997 (caso *Van Mechelen* e outros C. Países Baixos), em que o tribunal considerou que a utilização de uma maquilhagem ou de um disfarce seria garantia suficiente para os *undercover agents*, ao mesmo tempo permitindo ao acusado um contato visual direto com as testemunhas, designadamente a observação das suas reações, com vantagens do ponto de vista da avaliação da credibilidade (§ 60).

71 Portugal, Lei 93/99. Art. 18. n.ºs 1, 3, 4 e 5.

72 Portugal, Lei 101/2001. Arts. 4.º, n.º 3, e 5.º, n.º 2.

do reconhecimento da sua fisionomia por todos os que intervêm ou assistem ao ato processual. No particular, assentamos que é esta a via mais adequada e consentânea com a evolução tecnológica que alavanca a vida das pessoas comuns e da criminalidade organizada, razão por que os Tribunais deverão valer-se desses recursos, máxime em face de situações extraordinárias, tais como o das testemunhas sob ameaça em geral e o do AI em particular. Além disso, não é escusado assinalar outros aspectos garantísticos da fiabilidade, e consequente atendibilidade desse depoimento sob condições excepcionais, a saber: 1) na seara dos ritos procedimentais penais, a testemunha não deixa de prestar juramento na forma do art.º 91 do CPP português; 2) no campo das proibições de provas no processo penal, estas, ainda que adquiridas ao arrepio da lei processual, podem ser legítima e lícitamente utilizadas com o fim exclusivo de se proceder contra as pessoas que usarem tais métodos de obtenção de prova, cumprindo, assim, a função de avisar os órgãos de perseguição criminal de que ninguém está acima da lei, anotando-se que não há diferenças de estatuto entre os representantes da lei e da ordem e os cidadãos delinquentes; dessarte, este preceito sintetiza, à perfeição, as finalidades preventivas do instituto das proibições de prova e o ideário do Estado de Direito; 3) no âmbito do direito penal material, a conduta de falsear ou omitir a verdade, na condição de testemunha, constitui ilícito penal, nas ordens jurídicas portuguesa e brasileira – art.º 360 e 342 do Código Penal, respectivamente⁷³.

Na Lei brasileira, a 9.807/98, menos minudente, há uma lacuna a respeito do aludido contraditório *ad hoc*, sobre o pedido de reserva da identidade do AI em sede de audiência de julgamento; sem embargo, a indigitada Lei institui normas de proteção especial a vítimas e a testemunhas sob grave coação ou ameaça à vida ou à integridade física, tendo em consideração a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua relevância para a produção da prova. Cria um ‘Conselho Deliberativo composto por representantes do MP, do Poder Judiciário e de órgãos públicos e privados relacionados com a segurança pública e a defesa dos direitos humanos’; submete toda admissão ao programa protetivo ao crivo do MP, da autoridade policial ou ao juiz competente.

No que respeita propriamente à Lei de disciplina do AI – Lei 12.850/2013 –, esta faz expressa menção ao Diploma retromencionado, para assegurar que ele tenha sua identidade alterada e usufrua das medidas de proteção a testemunhas,

73 Mendes, 2014: 198.

‘aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei 9.807/99⁷⁴. Nota-se que não aparece a figura do Defensor *ad hoc* dos interesses do investigado, nos moldes da Lei portuguesa. Outro ponto que merece crítica é o amplo acesso de representantes de órgãos públicos e privados, ao passo que, em Portugal, tal acesso é restrito ao juiz da instrução e a quem ele venha a autorizar. Nesse prisma, vislumbramos que a ordem portuguesa, embora restritiva quanto ao acesso ao pedido de reserva de identidade, proporciona o contraditório; ao passo que a ordem brasileira, conquanto generosa na amplitude de acesso àquele pedido, não propicia a observância desse princípio axial.

Assim visto, há-de se indagar se essas medidas, – as quais, a nosso ver, não violam o princípio do contraditório – afrontam os princípios da imediação e da publicidade. Pensamos que, assim no Brasil como em Portugal, apesar de algum grau de afetação, o princípio da publicidade resulta observado no seu núcleo fundamental, em consonância mesmo com preceitos constitucionais, designadamente os arts. 206 e 5.º, inciso LX e 93, inciso IX, respectivamente. No respeitante ao princípio da imediação, não há negar que o afastamento do arguido e a sua inquirição à distância de pessoas fora do círculo judicial são problemáticos e causam tensões; entretanto, não é menos acertado verificar que ocorrem casos em que a simples presença física do arguido pode ser uma fonte de ameaça a testemunhas portadoras de elementos cognoscitivos – nomeadamente o AI – favoráveis à tese acusatória, mormente nas hipóteses de criminalidade grave e organizada, a justificar, pois, certo grau de sacrifício desse princípio, o qual resta preservado no seu núcleo essencial.

Neste quesito, ressaltamos que o método mais eficaz de proteção da integridade física e psicológica das testemunhas e de seus familiares consiste na absoluta ocultação da identidade daquelas, seja pela não inclusão dos seus saberes probatórios nas fontes em que o tribunal há de apoiar seu decisório, seja pela não revelação dos dados anagráficos da pessoa que possui conhecimentos legitimamente valoráveis. A respeito, o regime jurídico alemão consente ambas as modalidades, e, em acréscimo, por meio da Lei de Proteção das Testemunhas, adotou os mecanismos do interrogatório à distância da testemunha intimidada, com transmissão audiovisual simultânea das suas declarações para a sala de audiência – a videoconferência – tendo como pressuposto tal medida a

74 BRASIL, Lei 12.850/2013.

existência de um risco grave de lesão de interesses da testemunha, o qual não pode ser afastado de outro modo⁷⁵.

Villanueva, nesse particular, assevera no tocante ao AI que *‘es preciso indicar que pueden gozar de las medidas de protección previstas en la LO 19/94 cuando adquieren la condición de testigos aunque, por lo general, en España su identidad real quedará siempre en el anonimato al ser citados a declarar a través de un número, sólo registrado en archivos policiales, del que difícilmente puede adivinarse su verdadera identidad’*. Bem ainda, aponta que uma das notas peculiares do depoimento prestado pelo AI reside na possibilidade de este manter oculta sua verdadeira identidade durante todo o processo – desde a instrução até ao julgamento – sempre que assim se determine por meio de decisão judicial fundamentada, ao amparo do preceito no art. 282 da Lei Processual Criminal da Espanha⁷⁶.

De todo modo, como sói acontecer, esta não é uma opinião abraçada por toda a doutrina. Villanueva, no âmbito dos doutrinadores espanhóis, alude a Montañes Pardo, segundo quem o AI somente pode declarar sua falsa identidade durante a instrução, mas não durante a fase de julgamento, uma vez que o depoimento assim prestado deverá ser ratificado por quem as prestou, para efeito de obter valor de prova, nesta última fase processual. Em remate, a Professora de Barcelona aduz que não só pode como deve manter-se a identidade oculta do AI em juízo porque assim o prevê dispositivo da Lei Processual Penal espanhola – art. 282, introduzido pelas LO’s 19/1994 e 5/1999⁷⁷.

No plano dos instrumentos internacionais, não há indiferença sobre a temática. A Resolução do Conselho da União Europeia 95/C 327/04, de 23-11-1995, concita os Estados-membros a predispor diversos mecanismos idôneos a garantir tal tutela, entre os quais pode figurar o depoimento ‘à distância’ com recurso a meios audiovisuais, desde que assegurado o respeito pelo princípio do contraditório, como definido pela jurisprudência do TEDH. Nesses casos, as medidas de polícia de audiência, a exclusão da publicidade e a tomada de depoimentos noutras comarcas revelar-se-iam inadequadas e ineficazes; antes, exigiriam um sistema capaz de prover à produção de provas relevantes, sob a regência, em ‘medidas possíveis’, dos princípios da publicidade, imediação e contraditório.

75 Silva, 2007: 139.

76 Villanueva, 2009: 101.

77 Ibidem, p. 102.

Nesse panorama, assume relevo o Acórdão do Caso *Doorson* c. Países Baixos; não obstante verse sobre uma situação muito concreta, a decisão em comento densifica os princípios que devem ser observados pelas instâncias estatais na aquisição e valoração das informações probatórias de testemunhas anônimas. A admissibilidade dessa medida parece depender de três requisitos fundamentais: 1) a existência de um risco sério de represálias contra a testemunha ou a sua família – a apreciar em concreto –; 2) a previsão de *counterbalancing procedure* a compensar as dificuldades que a defesa enfrenta: o controle judicial da credibilidade da fonte e dos próprios depoimentos – para além de conhecer a identidade das testemunhas, ao juiz deverá ser permitido colher a sua impressão pessoal do meio de prova –, bem como a possibilidade de o arguido interrogar a testemunha e observar as suas reações às perguntas diretas, em ordem a formar a sua própria opinião sobre a sua fiabilidade; 3) a existência de elementos corroborantes dos testemunhos anônimos, de molde a que a condenação não se suporte só, ou em medida determinante, naquelas fontes de prova de credibilidade reputada por alguns como duvidosa⁷⁸.

Neste passo, reafirmamos que, embora não substitua a presença física da testemunha, nem equivalha à experiência presencial dos meios de prova do ponto de vista da imediação e do contraditório, a utilização de recursos telemáticos representa o adequado ponto de equilíbrio entre múltiplas diretivas constitucionais, nomeadamente a salvaguarda da segurança física da testemunha, a garantia de mínima observância dos princípios do contraditório, da imediação e da publicidade, e a atendibilidade das informações probatórias recolhidas. Tais institutos e métodos detêm o mérito de assegurar a efetiva tutela da testemunha, no ato da audiência de julgamento como ‘centro gravitacional do processo e sede normal da produção da prova criminal’, em detrimento das medidas que consistem no emprego de ‘intermediários’ de prova, tais como a leitura de autos e testemunho de ‘ouvir dizer’ – muito mais vulneráveis do que a teleconferência e a ocultação da identidade, mormente se confrontados sob o ângulo de visão dos princípios do contraditório e da imediação.

A Lei brasileira impõe medidas para este fim – as quais terão duração máxima de dois anos, admissível a prorrogação –, mas o faz de modo difuso, a saber: 1) a escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para prestação de depoimentos; 2) a preservação da identidade, imagem e dados pessoais; 3) a concessão de medidas cautelares direta

78 Silva, 2007:113-119.

ou indiretamente relacionadas com a eficácia da proteção; e, 4) a prioridade na tramitação do inquérito e do processo criminal em que figurem indiciado, acusado, vítima ou réu colaboradores, vítima ou testemunha protegidas pelos programas protetivos destas; e bem ainda a tomada antecipada – depoimento de memória futura – do depoimento das pessoas nessa condição, como regra geral, devendo o juiz justificar a impossibilidade de fazê-lo⁷⁹.

Diante de uma eventual anomia, reafirmamos que incumbe assim ao juiz brasileiro como ao português valer-se das regras da experiência e da sua prudente discricionariedade, para colmatar eventuais lacunas e ponderar a tutela das testemunhas e as provas valiosas tendentes em face do descobrimento da verdade, em harmonia com os princípios do contraditório, da publicidade e da imediação; tudo em ordem a formar sua convicção pela livre apreciação das provas produzidas na investigação criminal e no processo penal, expungindo aquelas obtidas em violação de normas constitucionais ou legais. Assim, afirmamos que um conjunto de medidas são indispensáveis para a segurança do AI, as quais se legitimam, em situações excepcionais, para preservar os meios de prova por ele adquiridos, bem como a fim de proteger a sua vida e a sua integridade física e de seus familiares. Não por acaso, as legislações infraconstitucionais, brasileira e portuguesa regulamentaram e disciplinaram as regras de comparência do AI em Juízo, para efeito de prestar depoimento em sede de audiência de processo penal. No entanto, a despeito de toda essa panóplia, incumbe ao órgão decisório observar uma tábua de princípios e regras para assoalhar suas decisões no trâmite processual e seu édito, seja condenatório, seja absolutório. E isso fosse pouco, a vida do AI pode seguir em perigo; o que fazer em casos tais?

5. O VALOR PROBATÓRIO ATRIBUÍVEL AO RELATÓRIO E DEPOIMENTO DO AGENTE INFILTRADO E A COLISÃO ENTRE BENS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

5.1. O (des)prestígio probatório do relatório e do depoimento do AI: o contraditório, nos sistemas jurídicos brasileiro e português

Não seria disparatado dizer que o signo do sigilo subjaz na raiz e na natureza do AI. Às favas com o contraditório? Como proteger o relatório e depoimento

79 Art.ºs 7º, II e IV, 8º, e 19-A e seu parágrafo único, Lei 9.807/98.

do AI sem vulnerar este cânone constitucional? O contraditório é um dos princípios que integram o reduto civilizacional irrestritível do processo de um Estado de Direito, um dos instrumentos que conferem validade e eficácia ao ordenamento jurídico, um pilar que permite o confronto equânime entre as partes – paridade de armas – no âmbito de um processo penal equitativo⁸⁰.

E aqui o debate ‘acusação *versus* defesa’ aparece como uma disputa medularmente retórica⁸¹, regulada, contudo, por um princípio basilar, antes mencionado, o contraditório. Destaca Calamandrei⁸² a importância deste princípio, no processo penal, no sentido de que a melhor prova da ação purificadora que exerce sobre o juiz o debate de dois advogados contrapostos, destinados a absorver do ar todas as intemperanças polêmicas para deixar o juiz isolado numa atmosfera de serenidade, é proporcionada pela instituição do MP, pois, nele o Estado criou uma espécie de antagonista oficial do advogado de defesa, cuja presença evita que o juiz se ponha a polemizar com este e, inconscientemente, tome posição adversa ao acusado.

É nesse quadro que o contraditório se impõe como elemento imanente e incidível do processo penal, inclusive da fase pré-processual, a chamada investigação criminal no Brasil – destaque-se que, em Portugal, a questão não suscita dúvidas, sendo o inquérito parte integrante do processo penal. Ao nosso ver, é nessa fase que as evidências espocam e os elementos de prova proliferam, e, assim, urge que seja semeado um solo fértil à colheita de provas que, efetivamente, aproximem a justiça da verdade real. O inquérito policial não constitui, aprioristicamente, – como aponta parcela da doutrina brasileira – mecanismo dirigido privativamente à formulação da acusação por parte do MP; o inquérito policial possui conteúdo teleológico e não pode forrar-se à inflexão do contraditório, positivado no art. 5º, LV da Lei Fundamental brasileira.^{83 84} Bem por isso, a tessitura do inquérito policial deve propiciar

80 Gonçalves, 2012:73.

81 Aristóteles, 2005: “Definir a retórica não é tarefa fácil. Pois, como se crês, nunca existiu um sistema uniforme de retórica clássica, embora se multipliquem os esforços de a apresentar com um sistema. A retórica foi sempre uma disciplina flexível, mais preocupada com a persuasão dos ouvintes do que com a produção de fomas de discurso; isto é, mais preocupada com a função retórica do que com a configuração do próprio texto. [...] Num aspeto todas as definições concordam: que a retórica e o estudo da retórica têm em vista a criação e a elaboração de discursos com fins persuasivos”.

82 Calamandrei, 1996: 127.

83 Constituição da Republica Federativa do Brasil, 1988, “Art. 5º, LV”.

84 Pietro, 1992: 345.

– ao MP e à Defesa – o contraditório como projeção inseparável do devido processo legal, emergindo o atributo de inquisitorialidade como consentâneo com regimes totalitários, e desse modo, inconciliável com a índole das Cartas Fundamentais de Brasil e Portugal.

Ao nosso sentir, garantismo e eficiência terão lugar e concreção no processo penal se, e somente se, no domínio do inquérito policial, imperar, de regra, o princípio do contraditório, – admitidas situações excepcionais – porque os elementos de prova obtidos durante a investigação, em virtude de serem colhidos próximos ao fato, têm, por óbvio, mais poder de convencimento acerca da realidade e das circunstâncias da infração penal⁸⁵. E, como exceções à desejável incidência do contraditório, assoma o elenco dos chamados atos próprios de investigação, de par com outros, cujas circunstâncias ou peculiaridades, em nome de sua eficácia mesma, autorizam a não intimação das partes, mormente do imputado ou suspeito.

Nesse ponto, divergimos de Abdala; este, em sua tese, afirma que a decisão que admite a utilização do AI, na ordem portuguesa – com autorização do MP e comunicação ao Juiz da Instrução (art. 3.º, n. 3, da Lei 101/2001) – “deve ser levada ao conhecimento dos interessados que futuramente serão denominados de partes, pois a falta de tal medida fará com que o contraditório não seja devidamente respeitado, gerando, diretamente, uma afronta à garantia da não surpresa⁸⁶”.

Como visto, há exceções que se impõem em desfavor da aplicação do contraditório pleno em face mesmo da natureza de certos atos investigatórios e de circunstâncias peculiares; desse modo, exsurtem os denominados atos próprios de investigação, para cuja efetivação não há como exigir prévia intimação do suspeito a fim de acompanhá-la, sob pena de torná-las inócuas ou ineficazes, e de fazer tábula rasa da eficiência da persecução criminal. Durante a investigação é comum que haja a imperiosa necessidade de adoção de medidas cautelares restritivas, seja patrimonial, seja pessoal, assim, por exemplo, o arresto, o exame de corpo de delito, a perícia complementar, o exame de local do crime; assim, a natureza cautelar reside no fato de buscar, ainda na fase do inquérito, assegurar o resultado efetivo da produção da prova, ante o concreto perigo de que ocorra a dispersão dos elementos probatórios quanto aos fatos

85 Fernandes, 2005: 90.

86 Gonçalves, 2012: 77.

do *thema probandum*⁸⁷. Medidas dessa índole ostentam mesmo caráter restritivo de direitos, impossibilitando a participação do investigado ou suspeito; nesse espectro, não faz sentido intimá-los previamente. É bem o caso da utilização do AI, nos termos aqui preconizados.

O emprego do AI bem se ajusta à índole, à natureza cautelar e o caráter restritivo de atos próprios de investigação, para cuja realização a intimação do investigado ou suspeito não só é despicienda como contraproducente. Todavia, as provas produzidas cautelarmente ou aquelas irrepetíveis serão posteriormente submetidas ao contraditório. É o chamado contraditório diferido ou delongado. De efeito, é esta a orientação consagrada pelo TEDH, na assertiva de que toda a prova, em regra, deve ser produzida, na presença do acusado, numa audiência pública, sob o crivo do contraditório; contudo, não é de todo descabido e inconsistente com o seu art. 6º, n.º 1 e 3, alínea d), a utilização, como meios de prova, de depoimentos obtidos na fase do inquérito policial e na investigação judicial, contanto que os direitos da defesa tenham sido respeitados. Estes direitos impõem que ao acusado seja propiciada a oportunidade de desafiar e questionar a testemunha contra si, quer no momento em que esta presta depoimento, quer em fase mais avançada. Quando tal não ocorre, caso a eventual condenação seja lastreada, única ou decisivamente, em depoimentos com este perfil, os direitos de defesa são restringidos a um patamar incompatível com as garantias asseguradas pelo retro referido artigo 6.º da CEDH. De acordo com a jurisprudência do TEDH, sempre se reputou necessário proceder a uma avaliação global da justiça dos procedimentos, de modo a verificar se os direitos dos acusados foram intoleravelmente restringidos, destacadamente tendo em presença o peso dos interesses da vítima, da defesa e das testemunhas, e bem assim o interesse público na efetiva realização da justiça penal⁸⁸.

Nos Direitos Brasileiro e Português – realce-se neste o aludido contraditório *ad hoc* –, já no nascedouro, a ação infiltrada é deferida sem que se abra à Defesa a oportunidade de ‘contradizer’, bastando-se os indícios de infração penal, devendo aquela ser adequada aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, destacadamente a coleta de material probatório, e proporcional a

87 Fernandes, 2005: 68.

88 Silva, 2013: 211-223. Proc. n.º 61800/08, Artigo 6.º, n.º 3, al. d) da CEDH, p.p 211-223. Ver casos Lucá contra a Itália, n.º 33354, parágrafo 40 e Gossa contra a Polónia, n.º 47986/99, parágrafo 52, de 9 de janeiro de 2007.

estas finalidades e à gravidade do crime em apuração. A lei portuguesa se escusa de dizê-lo, mas a brasileira, conforme o seu art. 12, explicita que o pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o AI; entretanto, o § 2º deste dispositivo alude que os autos com as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia – acusação – do MP – quando serão disponibilizados à Defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente. Assim, haverá dois momentos, o da investigação e o da denúncia. Na fase da investigação, há o sigilo absoluto; nesta, a Defesa não tem qualquer participação na produção de prova, vez que os autos da infiltração nem sequer pertencem ao inquérito, estando apartados.

Por certo, o AI é um dos métodos de aquisição de prova que demandam altos níveis de confiança e bem assim de integração e de interação entre os seus operadores, nomeadamente: 1) a Autoridade Policial e Investigadores; 2) Juiz – de instrução ou de instrução e julgamento, conforme se trate do caso brasileiro ou do caso português; e 3) o MP. Aqui, mais do que em qualquer outro momento pré ou processual propriamente dito, torna-se imperativo o exercício da ação comum, da ação comunicativa; noutros termos, o manejo do diálogo, através da palavra, escrita ou falada e, destacadamente da confiança não somente na qualificação técnica como na lealdade ética desses operadores da jurisdição processual penal. Esta cooperação harmoniza-se com a ideia de ação comunicativa de Habermas, como a possibilidade humana de participar, de agir em concerto com outros, de comungar interesses, de forjar uma ação comum, que não se dá espontaneamente, mas precisa ser construída com a expressa confiança na força da palavra, na coerência do discurso, na construção de consensos com base numa razão comunicativa⁸⁹, cumprindo aos atores do sistema judiciário abandonar o modelo “departamentos estanques”, e incorporar o do tipo “vasos comunicantes”, no tocante à aplicação de medidas dessa natureza.

Nessa quadra, chega o momento de perscrutar como são avaliados os meios através dos quais o AI exercita a sua palavra, a escrita (relatório) ou a falada (depoimento), para comunicar como procedeu e o que recolheu em temas probatórios no desempenho de sua missão.

Com efeito, a racionalidade da decisão judicial depende do respeito pelo itinerário de produção da prova legalmente esboçado, tanto nos seus princípios

89 Machado, 2015: 297-298.

orientadores – o contraditório, a imediação e a publicidade – quanto nas concretas regras procedimentais. Para além, deve o juiz reger-se pela livre apreciação das provas, pelas máximas da experiência e pelo dever de fundamentação de suas decisões – arts.º 205, n.º 1, e 32.º, 1, CRP e 127.º do CPP português, e bem ainda os arts. 93, IX, da CRB, 155 do CPP brasileiro. Há de ter-se presente, no entanto, que as regras da experiência servem para produzir prova de primeira aparência – *prima facie evidence* –, haja vista que ensejam presunções judiciais – *praesumptio iudicis* –, naturais, simples, decorrentes da observação do que comumente acontece na experiência comum de vida; são meras heurísticas, argumentos que ajudam a explicar que o normal tende a ocorrer – *id quod plerumque accidit* –, sendo certo, todavia, que o caso concreto pode ficar fora do caso comum ou típico, porquanto a prova é sempre particularística⁹⁰. Nesse painel, há que admitir-se a existência de controvérsia também sobre o valor que deva ser atribuído às provas obtidas por meio da atividade de infiltração, destacadamente o relatório e o depoimento do AI.

A questão que exsurge é: a prova produzida pelo AI possui menos valor do que outras? Não deveria ela incorrer no campo da proibição de utilização ou de valoração, assim como a que deriva do art. 129.º, n.º 3 do CPP português, relativamente às testemunhas de ouvir dizer? Acreditamos que o depoimento assim tomado não possui menor prestígio probatório e bem ainda cremos que o testemunho do AI não pode ser equiparado aos de ‘ouvir dizer’. Não se deve renunciar à possibilidade deste meio de comprovação processual da imputação e de realização do *ius puniendi*. Antes, deve mesmo, nos lindes das possibilidades fáticas, circunstanciais e constitucionais, buscar-se uma vertente interpretativa de harmonização ou concordância prática, com vista a equacionar os direitos da defesa com a garantia do anonimato e obtenção de prova. Tais são os intentos das Leis 9.807/98 e 93/99, no Brasil e em Portugal – com observância do princípio da proporcionalidade. Porém, há que sublinhar-se que não se pode banalizar o emprego deste método; deve este cingir-se a casos excepcionais. E os legisladores brasileiro e português assim procederam. De efeito, o caráter excepcional resta bem delineado em seus aspectos e contornos, limitando-se a sua aplicabilidade aos casos de recolha de material probatório relevante e credível para a investigação e a repressão de criminalidade organizada ou

90 Mendes, 2014: 129.

altamente violenta, sempre que houver perigo sério de lesão de bens jurídicos essenciais da pessoa da testemunha e de seus familiares^{91 92}.

A valoração do resultado probatório – nele inseridos o conteúdo do relatório do AI e o seu depoimento – incumbirá ao Juízo, sendo certo que este tomará em conta aspectos relevantes da ação infiltrada, a saber, o tempo de duração, o grau de penetração e a forma de participação deste AI na organização criminosa; nessa esfera, tal depoimento afigura-se como benfazejo e salutar, vez que ninguém se acha mais habilitado do que ele para prestar esclarecimentos e informações sobre os fatos em apreciação, tendo deles participado, conhecendo deles detalhes de seu planejamento e execução, prestando-se seu depoimento como valioso elemento de prova. Refutamos a tese de que, por ser agente de autoridade, seu depoimento teria menos credibilidade do que outros – rechaçada pelo STF – no HC n.º 74.608-0, Rel. Min. Celso de Melo, j. 18.02.1997, DJU, p. 12.189; e, bem ainda, não faria o menor sentido o Estado (Administração) atribuir função tão espinhosa e relevante a um de seus agentes, para, posteriormente, o mesmo Estado (Juiz), suspeitar, de plano, de suas declarações, negando-lhe mesmo o dever e o direito de prestar contas da tarefa que realizou⁹³.

Por isso, nada obsta – antes, tudo aponta nesta direção – a que o AI preste depoimento na condição de testemunha, de excepcional importância, em condições de descrever à autoridade judiciária tudo quanto tenha presenciado e vivenciado e, em consequência, reproduzir ou aclarar atos, aspectos, dados e fatos, e bem ainda acerca do *modus operandi*⁹⁴. Na dogmática processual penal, é assente que a testemunha deverá ser inquirida sobre fatos e circunstâncias de que tenha ciência direta e que se possa consubstanciar em objeto de prova; assim, tal depoimento deverá ater-se a fatos e circunstâncias que resultam do conhecimento da própria testemunha, por meio dos seus próprios sentidos, sendo vedados os depoimentos que versem sobre questões de direito,

91 Acórdão 182/09.6]ELSB.L1-5s, Relator Nuno Gomes da Silva, 22-03-2011. “IV. [...]. As acções encobertas são um meio de investigação a usar com parcimónia e o modo como se desenvolvem deve ser objecto de aprofundado escrutínio, o que no caso foi respeitado, tendo o tribunal, a partir do momento em que em audiência teve de lidar com a existência da acção encoberta, procurado o seu esclarecimento com a profundidade devida”.

92 Silva, 2007: 279-280.

93 Cunha, 2015: 107-108.

94 Mendroni, 2015: 188-189.

juízos de valor ou simples opiniões pessoais da testemunha não lastreados factualmente⁹⁵.

Nesse sentido, ressurge a questão: quem está mais apto e habilitado a prestar depoimento acerca do fato em apuração na ação encoberta do que o AI? Ora, ele tem conhecimento direto acerca de fatos e circunstâncias que podem consistir em objeto de prova; poderá e deverá cingir-se apenas àquilo que derivou dos seus próprios sentidos, devendo – frise-se – abster-se de emitir juízos de valor, opiniões e declarações baseadas no ‘ouvir dizer’. No caso, há que se reconhecer que o legislador português – ao contrário do brasileiro – introduziu uma regra legal de valoração da prova, por meio do regime jurídico das ações encobertas, adequando a norma legal à jurisprudência do TEDH, que enfatiza a necessidade de tratar com extrema prudência o conhecimento probatório de testemunhas anônimas. Desse modo, jamais o juízo valorativo e subsequente decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, nos depoimentos ou nas declarações de uma ou mais testemunhas cuja identidade não for revelada; essas declarações, a *contrario sensu*, deverão ser corroboradas em medida determinante por elementos provenientes de fontes probatórias distintas que permitam concluir pela veracidade⁹⁶.

Por essa razão, confere-se expressão significativa a uma máxima da experiência comum, segundo a qual a concordância entre diversas fontes empíricas autônomas circunscreve a probabilidade de erro a patamares aceitáveis. Por isso, não propendemos a aceitar que o relatório e o depoimento do AI detenham menos valor do que as demais, à exceção de certos e poucos meios de prova. Nessa direção, Mendes destaca que, excepcionados os casos da confissão, da prova pericial e da prova por documentos autênticos e autenticados, não há, no campo da utilização e da valoração da prova, mais restrições ao princípio da livre apreciação da prova; e é taxativo ao assinalar que somente tais meios de prova detêm um valor especial⁹⁷.

Nesta senda, o relatório do AI reveste-se em documento corporizado em escrito e, em certos casos, registrado em disco, fita gravada ou qualquer outro meio técnico, inteligível para um certo círculo de pessoas – o Juiz, o MP e a Defesa –, permitindo-se o reconhecimento do emitente – o agente sob codificação que lhe é atribuída –, e idônea para a comprovação de fato juridicamente

95 Gonçalves, 2009: 152.

96 Acórdão de 26-3-1996 (caso *Doorson* C. Países Baixos).

97 Mendes, 2014: 221.

relevante. Nesse sentido, tornamos a sublinhar que o conteúdo do relatório pode servir à tese acusatória, mas também às teses defensivas, – princípio da comunhão de provas – até mesmo para delimitar o tipo e, conseqüentemente o domínio da prova em questão: terá o AI, substancialmente, atuado como provocador? No ponto, colhemos excerto de julgado do STJ português – objeto de análise a seguir – em que a Defesa pugna por integral acesso ao relatório do AI, para esse efeito. Nas suas razões, esta argumentou que o acórdão em apreço ‘5. [...] padece de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada, uma vez que o tribunal não desenvolveu diligências no sentido de apurar factos que contribuiriam para a boa decisão da causa, quanto à qualidade em que o “trapezista” actuou, bem como se o informador aliciou ou não o recorrente na prática destes factos, os quais só poderiam ser apurados com acesso ao relato integral da acção encoberta⁹⁸’.

Nesta quadra, emerge, de modo inelutável, – apesar da aparente ausência nos sistemas português e brasileiro – como elemento dos princípios da livre apreciação e da investigação – a questão relativa ao conceito de *standard* de prova⁹⁹, assim entendido o grau de convicção mínimo exigido para reputar provado um determinado fato ou evento; em tema de responsabilidade penal, é de se evidenciar *o beyond any reasonable doubt*, qual seja, o grau máximo de persuasão do julgador¹⁰⁰. Conseqüentemente, o relatório e o depoimento do AI são portadores potenciais de valiosas informações para o deslinde dos fatos criminosos em apuração, constituem meios típicos de prova válidos – dotados de valor equiparável aos demais meios, exceto os retroidentificados – e utilizáveis em sede de avaliação por parte da entidade decisória, seja para uma decisão condenatória, seja para uma decisão absolutória.

5.2. A vida do AI, o dever de prover uma justiça penal eficaz e o direito ao contraditório: a ponderação frente a esta colidência de bens e a salvaguarda do núcleo inexpugnável da dignidade da pessoa humana

Na dicção de H. Henkel, citado por Figueiredo Dias, o direito processual penal é verdadeiro direito constitucional aplicado, numa dupla e harmônica

98 Acórdão STJ 1690/10.1JAPRT.L1. S1, 5ª Seção, Relator Arménio Sottomayor, provido em parte, unanimidade, de 11/07/2013.

99 Lippke, 2013:323-346. Trata-se de medida que se exige para a condenação criminal, a máxima certeza, que determinará ao juiz se e quando a acusação está ou não provada.

100 Melim, 2014: 143-187; 144-145 e 184.

dimensão; 1) a de que os fundamentos do direito processual penal são os alicerces constitucionais do Estado; e 2) a de que a concretização dos casos reais da vida conforma-se aos preceitos jurídico-constitucionais¹⁰¹. Resulta, pois, o imperativo da regulamentação estrita e pormenorizada, por meio de lei, do decurso do processo penal, em face de qualquer intromissão dos órgãos do Estado – designadamente o AI – na esfera dos direitos fundamentais do cidadão constitucionalmente consagrados¹⁰². Nessa medida, a lei ordinária conformadora do processo penal há de guardar harmonia com os sobreditos princípios constitucionais; prover um rigoroso controle judicial e ministerial das atividades de todos os órgãos do Estado; proibir jurisdições de exceção; e, por fim, mas não menos importante, estabelecer normas de proibição de provas adquiridas com violação da autonomia ética e a dignidade da pessoa humana – esta opera como elemento constitutivo e medida de direitos fundamentais oponíveis frente aos poderes estatais e da comunidade em geral, assim como serve como elemento limitador dos próprios direitos fundamentais, pois justifica a imposição de restrições a estes¹⁰³. Nessa concepção, afiguram-se como princípios assentes, quer na Constituição Brasileira, quer na Constituição Portuguesa, em aparente conflito, de um lado o direito imanente ao Estado de promover uma justiça penal funcionalmente eficaz e, de outro, o direito inerente ao acusado consistente na inviolabilidade do exercício do direito de defesa e da tutela da liberdade, designadamente por meio do contraditório. E, ao que assoma do caso concreto sob apreciação, um terceiro vem de aflorar: o direito à vida e à incolumidade física do AI e de seus familiares. As provas adquiridas pelo AI o foram de maneira a pôr em risco a sua vida e a sua integridade física, e bem assim as de seus familiares; nessa atividade, colheu provas de suma importância para a conformação da materialidade e a determinação da identidade do arguido; é nessa perspectiva que deve ser encarado o acervo

101 Figueiredo Dias, 1974: 74-75.

102 Miranda, 1999: 17-18 – “Somente há direitos fundamentais, insistimos, quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem. Mas, – por isso mesmo – não podem apreender-se senão como realidades que se postulam reciprocamente, se condicionam, interferem uma com a outra. Os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder, a limitação do poder são função do modo de encarar a pessoa, a sua liberdade, as suas necessidades, assim como as aspirações e pretensões individuais, institucionais ou colectivas reconhecidas, os direitos e deveres da pessoa, a sua posição perante a sociedade e o Estado são função do sentido que ele confere à sua autoridade, das normas que a regulam, dos meios de que dispõe”.

103 Sarlet, 2013: 126-127.

probatório produzido pelo AI, nomeadamente o seu relatório – o anverso – e o seu verso, o seu depoimento em sede de audiência de processo penal.

Contudo, é de se reconhecer que a ocultação da identidade não é isenta de falhas; não é panaceia; o poder das organizações criminosas desafia o sistema de tutela das testemunhas; não obstante a confidencialidade dos procedimentos, não são raros os casos de quebra da reserva da identidade da testemunha, inclusive do AI; assim, nas hipóteses-limite de impossibilidade de uma proteção eficiente da testemunha, é a aspiração de verdade – que justifica o dever penalmente assistido de colaboração desta testemunha na realização de pretensão de justiça – que deve recuar. A Lei, portuguesa ou brasileira, entretanto, não prevê um direito à recusa ou ao silêncio desta testemunha. É certo que a participação da testemunha, nomeadamente, o AI, numa tarefa que interessa a toda a comunidade – a correta administração da justiça – importa deveres legais e certos desconfortos e incômodos, porém não se lhe pode exigir o sacrifício de sua vida e de sua integridade física, bem como de seus familiares¹⁰⁴.

Nesses cenários, exsurgem hipóteses de colidência entre esses princípios intrinsecamente constitucionais, sendo certo que tais princípios não se revestem de natureza absoluta; conforme as peculiaridades e as circunstâncias do caso, pode-se optar pela prevalência de um princípio em face do outro, sem decretar a invalidade do princípio casuisticamente afastado. Na esteira do Neoconstitucionalismo, as Constituições e as leis infraconstitucionais, mais e mais, deixam de ser, sob o prisma material, meros documentos retóricos e de inspiração política, e passam a ganhar força normativa, com a aplicação de seus preceitos de direitos fundamentais aos casos concretos – mormente porque os princípios consagradores de direitos fundamentais passaram a prescrever um “dever ser”¹⁰⁵. Desse modo, preleciona Alexy¹⁰⁶, trata-se de estabelecer uma relação de precedência condicionada aos fins¹⁰⁷ do caso em espécie e às possibilidades fáticas, por meio do método da ponderação, erigindo-se um

104 Silva, 2007: 286-292.

105 Gontijo, 2015: 33-37.

106 Alexy, 2008: 116-117. ‘A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, com suas máximas parciais, a da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)’.

107 Ross, 2000: 42-43. Na moldura sociopolítica da realidade fática sobre a qual se implementam o Direito Penal e Processual Penal, postulamos que a ciência do direito não pode ignorar a função social do Direito, sob o risco de tornar-se insatisfatória e obsoleta; o juiz não pode ser motivado exclusivamente pelas normas jurídicas em si mesmas; também deve sê-lo pelos fins sociais, pelas exigências do bem comum e pelo discernimento teórico das conexões sociais de relevo ao prosseguir aqueles fins.

mandado de otimização. Pese embora o legislador já tenha realizado esse juízo de proporcionalidade, os direitos fundamentais comportam, à luz de sua feição e natureza, uma constante e casuística ponderação diante de situações concretas de conflito de interesses – o que deverá ser feito pelo julgador¹⁰⁸.

Uma vez mais, exsurge o conceito axial de toda e qualquer ordem jurídica: a dignidade da pessoa humana. Kant insere-a no centro de gravidade de toda a vida; para ele, os objetos de nossas aspirações têm valor relativo, servindo-nos como meros meios; tão-só o homem é dotado de valor absoluto. As coisas têm preço, somente as pessoas humanas têm dignidade¹⁰⁹. Na esteira de pronunciamento do Supremo Tribunal Alemão, ‘não é nenhum princípio de ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo o preço’. Há, pois, uma fronteira resplandecente, consubstanciada na dignidade da pessoa humana¹¹⁰. Noutras palavras, a investigação e a repressão criminal, como faces do processo penal contemporâneo e equitativo, não podem ter caráter absoluto. A obtenção de provas e o descobrimento da verdade judicial hão de obedecer a certos limites; portanto, será aceitável a perda ou diminuição de material probatório relevante para o funcionamento eficaz da administração da justiça criminal, quando se afigurar necessária à proteção de bens mais valiosos, designadamente a vida ou a integridade física da testemunha ou dos seus familiares¹¹¹.

Ao aqui chegarmos, insta abordar um caso concreto, ‘o infiltrado americano’. Consoante veremos, tal caso, em cores vivas e realismo, demonstra que os conceitos e questões antes analisadas, mais que nunca, permanecem atuais e não prescindem de uma acurada, dinâmica e ponderada interpretação por parte dos órgãos jurisdicionais e da doutrina, de maneira a promover o equilíbrio virtuoso em face dos bens e valores conflitantes em presença.

108 Alves, 2013:345-389; 374-377.

109 Nalini, 2008:158-162.

110 NJW 1960, 1582, *apud* Costa Andrade, 2006: 117.

111 Prado, 2014:54: “O bem jurídico consubstancia um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, reputado essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido, devendo estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito”.

6. A ANÁLISE DO CASO ‘INFILTRADO AMERICANO’, À FACE DO ACÓRDÃO DO STJ

À partida, divisamos, na tecedura fática e processual do caso ‘infiltrado americano’, aspectos tão relevantes quanto críticos relativamente à controversa personagem do AI. Neste elenco, acentuaremos: 1) a possibilidade de atuação de um terceiro – particular ou não – fora dos quadros da Polícia Judiciária nacional competente no território onde ocorre a ação infiltrada; 2) a importância do relatório do AI, como meio de prova, para o deslinde *do thema probandum*, seja em prol da acusação, seja em prol da defesa, no tocante à sua junção – obrigatória ou não – aos autos, até como forma de controlar e qualificar, de modo adequado, sua atuação como tal, ou se no campo das provas proibidas como agente provocador; 3) a comparência do AI como testemunha em audiência de julgamento e o direito de recusa, – mesmo podendo servir-se das medidas de proteção pertinentes – e, bem ainda se estas são eficazes em casos excepcionais e extremos.

Quanto ao primeiro aspecto, reafirmamos o posicionamento de que um terceiro só deve ser admitido como AI, se for agente de autoridade – mesmo estrangeiro; no caso, este é bem-vindo como agente colaborador no enfrentamento da criminalidade grave, organizada, transnacional e do terrorismo¹¹². Tanto mais quando se cuida de AI americano – *undercover agent* –, de cujos conhecimentos, *know-how* e tradição não se pode duvidar; seus contributos são não apenas benfazejos como indispensáveis na composição de esforços e de capacidade operacional e tecnológica, para fazer face à escalada do crime em geral. Bem por isso, afirmamos que o ordenamento português andou melhor do que o brasileiro, visto que este limita a atuação do AI a agentes de autoridade nacionais, não admitindo terceiros de qualquer espécie; aquele admite, às expensas, a interveniência de terceiro, inclusive um funcionário policial estrangeiro. Na situação fática em apreço, logo se vê que a atuação do ‘agente americano’ foi determinante para a eficácia da ação investigativa e da detenção dos acusados – tudo de harmonia com os prefalados princípios da igualdade

112 Pereira, 2005: 225-255. Conquanto faça coro com aqueles que opõem óbices de ordem constitucional, Rui Pereira pondera que não se deve apostar numa solução radical, de modo a rechaçar, de logo, todas as possibilidades de utilização do AI; tal desiderato poderia conduzir a um elevado custo político-criminal, notadamente tendo em conta os casos de terrorismo ou de criminalidade organizada; nestes casos, o emprego do AI pode constituir o único meio apto e idóneo de prevenir a lesão de bens jurídicos da maior dignidade. Para o autor, em certos casos, há-de prevalecer a necessidade imperiosa de realização da justiça penal, no enfrentamento de um tipo de criminalidade portadora de especial gravosidade, nas quais os direitos fundamentais dos indivíduos devem ceder em favor de “um interesse geral que se consubstancia na prevenção da criminalidade e manutenção da paz social”.

soberana, da integridade territorial e da não-ingerência nas questões internas do outro Estado signatário, consagrados na Convenção de Palermo.

No referente ao segundo aspecto, realçamos que o relatório do AI é um requisito mandatório de controle e constitui-se em meio de prova nem mais nem menos importante do que os demais, à exceção daqueles de valor reforçado, nomeadamente a confissão, a prova pericial e os documentos autênticos e autenticados. No ponto, divergimos do Acórdão do TRL, cujo excerto é transcrito pelo Sr. Relator do Recurso examinado pelo STJ; aquele, em dada altura, enuncia que ‘a legalidade da acção encoberta decorreu sob a sua supervisão e controlo jurisdicional e, por outro lado, mesmo que se entendesse que o disposto no n.º 6 do art.º 3º da Lei de Acções Encobertas respeita ao relato final – o que nenhum argumento literal ou teleológico sustenta – nenhum vício ou ilegalidade decorreria de tal inobservância porquanto, como se esclarece no aresto que ora se convoca, tal relato destina-se apenas a permitir o controlo judicial da acção encoberta, não constituindo meio de prova¹¹³.

Nossa asserção de validade e de valor do relatório do AI aplica-se assim para a acusação como para a defesa; nesse particular, observamos que é a Defesa do arguido AA quem verbera não só pela junção do relatório aos autos, como pelo amplo acesso a todos os atos e etapas da operação encoberta, como forma de aferir a legitimidade desta: se nos limites impostos pela lei e admitidos pela Constituição ou a ultrapassar estas barreiras e desembocar no terreno das provas proibidas, uma vez se comprove tenha tal agente procedido como ‘provocador’. De mais a mais, preconizamos que a tal junção, que é indispensável, deve ser procedida com observância do contraditório, ainda que diferido ou delongado; colhemos o escólio de Beleza segundo o qual o relato a ser junto ao processo por sua indispensabilidade como meio de prova terá de importar necessariamente o chamamento do AI – ainda que sob identidade oculta – a prestar depoimento em audiência de julgamento, devendo tal documento ser corroborado por outros meios de prova; pois ‘não terá valor probatório por si só, mas tê-lo-á em conjugação com os demais’. Todavia, neste ponto, sustentamos que o relatório, por si, encerra valor probatório, o qual pode ser robustecido com o depoimento de quem o confeccionou. De resto, o juiz há de formar seu convencimento mesmo em face do exame dos meios de prova em seu conjunto, a teor do princípio do livre convencimento e das regras da experiência¹¹⁴.

113 Acórdão n.º 326/12.0JELSB.L1. S1, 5ª Secção, Relator Nuno Gomes da Silva, 09-04-2015.

114 Beleza, 2011: 154.

No tocante ao terceiro aspecto, defendemos que, de regra, o AI deverá comparecer em sede de audiência de discussão e julgamento – sob as medidas protetivas do estatuto que lhe confere a lei de proteção de testemunhas, isto é, sob identidade fictícia, por meio de teleconferência com distorção de imagem e voz e excepcionalmente em outro prédio público –, permitindo-se, assim, um mais alargado espectro de esclarecimentos acerca de pontos duvidosos, omissos ou obscuros da sua atividade, sob o crivo de um novo contraditório, capaz de permitir um *cross-examination*. Interessante notar que o Sr. Relator do Acórdão do STJ censura, de modo implícito, a afirmação do Acórdão recorrido no que respeita à desqualificação do relatório como meio de prova; e assim, expressa o Sr. Relator que “[...] toda a controvérsia se centra na existência da ‘ação encoberta’. Deve frisar-se, em primeiro lugar, que a fundamentação da matéria de facto a propósito da ‘ação encoberta’ considera que o chamado relatório final não tem relevo probatório e centra-se nos depoimentos do agente português infiltrado e do chamado ‘case officer’ norte-americano, agente especial da DEA, responsável no estrangeiro por uma acção que se poderia dizer ser encoberta e pela supervisão nessa operação de um agente infiltrado.[...] E o que pretendiam os recorrentes com os recursos interlocutórios que interpuseram? [...] Demonstrar que houve diligências na ‘acção encoberta’ que não estão evidenciadas no chamado ‘relatório final’ e que era esse o sentido das perguntas que o seu mandatário foi impedido de fazer à testemunha [...]”

Como bem se vê, no caso, o relatório do AI revela-se meio de prova relevante para o deslinde dos fatos, na visão da defesa; e mais, o conteúdo do relatório seria – ou será – determinante para abalar a credibilidade do seu depoimento; portanto, preconizamos que o relatório e o depoimento podem ser complementares e, ademais, permitem um exercício mais consistente do princípio do contraditório, quer para o MP, quer para a Defesa.

A propósito dos interesses conflitantes no caso em comento, nomeadamente o da Defesa, consistente em fazê-lo prestar depoimento como testemunha, e o da salvaguarda da vida e da integridade física desse AI e de seus familiares, defendemos a prevalência deste último. Consignamos que, no ponto, o MP andou bem ao, estrategicamente, por razões de segurança, promover a substituição do ‘infiltrado americano’ por outra testemunha. Não por acaso, no Acórdão trazido a lume, o Sr. Relator deu provimento aos recursos interpostos pelos acusados, para anular o Acórdão do TRL, e determinar que outro seja proferido, a fim de colmatar a omissão de pronúncia acerca, nuclearmente,

da ação encoberta – aí incluídos aspectos respeitantes aos limites desta, ao relatório do AI e ao confronto deste com o conteúdo de seu depoimento em audiência de julgamento e mesmo – frise-se – a salvaguarda da segurança do agente de autoridade do DEA.

7. CONCLUSÃO

Uma vez feita a devida ponderação dos interesses em contraposição, de necessidade de melhor aparelhamento estatal – para a prevenção e a investigação do crime organizado, do terrorismo, e das formas mais graves de delitos – e a intangibilidade dos direitos fundamentais dos cidadãos, acreditamos que a técnica de obtenção de prova mediante a atuação do AI é concebível em um Estado Democrático e Social de Direito, se o legislador a adotar como *ultima ratio* e revestir sua regulação de contornos os mais estreitos e típicos possíveis, de modo a determinar que a inevitável violação de certos direitos esteja vinculada a critérios lógicos – necessidade e proporcionalidade; temporais – prazos máximos de duração –; e valorativos – a validade e o valor da prova obtida mediante o emprego desse método excepcional, por forma a prevenir e reprimir a crescente criminalidade organizada em escala transnacional.

Nessa ordem de considerações, propugnamos que é de mister a utilização da experiência e da expertise do AI estrangeiro, admitido como meio de aquisição de prova sob o controle da Polícia Judiciária do Estado nacional – preservada a soberania deste – em cujo território tem lugar a atividade infiltrada, máxime quando se trata de agentes dos EUA, cujo solo é reconhecidamente fértil nas respectivas capacitação e preparação, para o combate àquele jaez de criminalidade.

O relatório – consistente em documento e não em auto – e o depoimento do AI consubstanciam-se em meios de prova típicos, cada qual com os respectivos regramentos, valor e prestígio probatórios próprios, e como tais, não devem, de plano, ser erigidos à categoria de prova reduzida – em contraposição à de valor reforçado, notadamente a confissão, a prova pericial e os documentos autênticos ou autenticados. De regra, o relatório deve ser juntado aos autos, assim como prescreve a Ordem Jurídica Brasileira em contraface à Portuguesa, que limita a junção ao critério da indispensabilidade; bem ainda, este meio probante visa a descrever e retratar ações, acontecimentos e fatos potencialmente relevantes para o descobrimento da verdade, – em certos casos, são mesmo decisivos para ajudar a desvendar se o AI atuou no território das provas proibidas, como “provocador”.

Defendemos que ao relatório deve seguir-se, lógica e cronologicamente, o depoimento do AI em audiência de julgamento, tanto mais por ser uma magna oportunidade de esclarecimento de aspectos e pontos daquele documento. Este depoimento afigura-se, sim, relevante, embora subordine-se à regra da corroboração, mormente se se tratar de eventual decisão condenatória; contudo, mesmo nas hipóteses de absolvição, deve a entidade decisória lançar mão de duas diretivas cruciais: regras das experiências e a livre convicção, mediante as quais se explicitam os motivos e os critérios valorativos da prova. Em face do elevado poder das organizações criminosas, inclusive as terroristas – no seio das quais, no mais das vezes, o AI se insere – o plano da realidade normativa, abeberando-se em cânones de instrumentos internacionais, provê um sistema de medidas, tendo em conta o imperativo de realizar justiça eficaz em equilíbrio com o princípio cardeal do contraditório. A proteção da testemunha, categoria ampla e heterogênea, em que se inclui o AI, configura um dever indeclinável do Estado, na estrita medida da salvaguarda de uma fonte de prova essencial à verificação probatória dos fatos em investigação; é dizer, à efetivação da justiça e à concreta realização do *ius puniendi*. Tais medidas protetivas das testemunhas, nomeadamente a teleconferência e a exclusão da publicidade, devem circunscrever-se às diretivas de um processo penal equitativo, que tenha como finalidade precípua a busca da verdade material em concordância prática com o direito de defesa do acusado, sob o crivo dos princípios do contraditório, da imediação e da publicidade.

As próprias leis portuguesa e brasileira realçam a nota da excepcionalidade dessa medida, e assim ela deve ser manuseada; cabe aos sujeitos processuais, em ação comunicativa, no âmbito de uma disputa retórica, porém leal e regrada, definir a necessidade de seu manejo, em atendimento ao princípio da proporcionalidade. Tomando-se em conta as características e os contornos do caso concreto, na situação-limite, se as medidas protetivas se revelarem ineficazes, a despeito da inexistência de um direito à recusa ou ao silêncio, o AI deverá fazer uso dessa possibilidade, máxime quando estão em perigo concreto e iminente a sua vida e de seus familiares – de harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja salvaguarda incumbe ao Estado Democrático e Social de Direito.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Catarina Abegão
2013 “Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Freitas”, *in: Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, Número 16, outubro-dezembro. Almedina.
- ALEXY, Robert
2008 “*Teoria dos direitos fundamentais*”, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros.
- AMBOS, Kai
2008 “Processo Penal Europeu: Preservação das garantias e direitos individuais (Princípios processuais e análise da Convenção Européia de Direitos Humanos)”, *Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Marcellus Polastri Lima*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- ARISTÓTELES
2005 “*Retórica, Obras Completas*”, Coord.: Antônio Pedro Mesquita, Tradução e notas Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. 2ª edição, revista, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda.
- BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa
2011 *Prova criminal e Direito de Defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Almedina.
- BONFIM, Edilson Mougénou
2009 “*Código de processo penal anotado*”, 2ª ed, São Paulo: Saraiva.
- BRAZ, José
2009 “*Investigação Criminal*” – A organização, o método e a prova, Os desafios da nova criminalidade, Almedina.
- CALAMANDREI, Piero
1996 “*Eles, os juízes, vistos por um advogado*”, São Paulo: Martins Fontes.
- CANCIO MELIÁ, Manuel; BARBOSA, Paula Andrea Ramírez
2008 “*Crime organizado – tipicidade, política criminal e processo: Brasil, Espanha e Colômbia*”, CALLEGARI, André Luís (Org), Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- COMTE-SPONVILLE, André
2009 “*Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*”, Tradução Eduardo Brandão, 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.
- COSTA ANDRADE, Manuel da Costa
2006 “*Sobre as proibições de prova em Processo Penal*”, 1ª reimpressão, Coimbra Editora.

- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista
 2015 “*Crime Organizado, Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei nº 12.850/13)*”, 3ª edição, Editora JusPODIVM.
- FERNANDES, Antônio Scarance
 2005 “*Processo Penal Constitucional*”, 4ª Ed. Revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
 2005 “*Teoria Geral do Procedimento no Processo Penal*”, Revista dos Tribunais.
- FEITOZA, Denilson
 2009 “*Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*”, 6ª edição, revista, ampliada e atualizada, Niterói: Impetus.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge
 1974 “*Direito Processual Penal*”, 1º Volume, Coimbra Editora.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel,
 2009 “*Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas*”, Coimbra: Almedina.
- FLETCHER, George P
 1998 “*Basic Concepts of Criminal Law*”, New York: Oxford University Press.
- FRIEDE, André Carlos Reis
 2014 “*Aspectos Jurídico-Operacionais do Agente Infiltrado*”, Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João
 2012 “*A prova do crime: meios legais para a sua obtenção*”, Almedina.
- GONÇALVES, Vinícius Abdala
 2012 “*Considerações críticas à figura do agente infiltrado*”, *O caso Teixeira de Castro*, Biblioteca da FDUL.
- KHALED JR, Salah H
 2013 “*A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*”, São Paulo: Atlas.
- LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J.; KERR, Orin S
 2009 “*Principles of Criminal Procedure: Investigation, Second Edition*” St Paul, MN: Thomson Reuters.
 2009 “*Principles of Criminal Procedure: Post-Investigation. Second Edition,*” St Paul, MM: Thomson Reuters.
- LIPPKE, Richard L
 2016 “*Justifying the proof structure of criminal trials*”. *The international Journal of Evidence & Proof*, vol. 17, pp. 323-346.
- LOPES JR, Aury
 2010 “*Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*”, Lumen Juris.

LOPES, José Eduardo Gonçalves.

2009 *“A execução das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – o caso Português”* – Lisboa: AAFDL.

MACHADO, Nilson José

2003 “Violência e Palavra”, in: *Linguagem, Conhecimento, Ação, Ensaios de Epistemologia e Didática*, Organizadores: Nilson J. Machado, Mariza O. Cunha, Escrituras Editora.

2015 “O conhecimento como valor, *Ensaios sobre Economia, ética e educação*”. São Paulo: Editora Livraria de Física.

MEIREIS, Manoel Augusto Alves

1999 “*O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal,*” Almedina.

MELIM, Mafalda

2014 “*Standards de prova e grau de convicção do julgador*”, in: *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IV, nº 16, outubro-dezembro 2013, Edições Almedina.

MENDES, Paulo de Sousa

2014 “*Lições de Direito Processual Penal,*” Almedina.

2001 “As proibições de prova no processo penal”, in: PALMA, Maria Fernanda (Coordenação Científica), *Jornada de processo penal e direitos fundamentais*, Coimbra.

MENDRONI, Marcelo Batlouni

2015 “*Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais,*” 5ª edição, São Paulo: Atlas.

MIRANDA, Jorge

1999 “*Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Apontamentos das aulas,*” Lisboa.

NALINI, José Renato

2008 “*Filosofia e Ética Jurídica,*” São Paulo: Editora dos Tribunais.

ONETO, Isabel

2005 “*O agente infiltrado – contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas,*” Coimbra Editora.

PALMA, Maria Fernanda

2014 “Introdução ao Direito da Investigação Criminal e da Prova”, in: *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, (Coord) Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes; Carlota Almeida, Coimbra: Almedina.

2002 “*Declaração de voto:*” Acórdão nº 116/02 do Tribunal Constitucional.

PEREIRA, Rui

2005 “O agente encoberto na ordem jurídica portuguesa”, in: VALENTE, Coord: Manoel Monteiro Guedes/*Congresso de processo penal (memórias)*, Coimbra: Almedina.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella

1992 “*Direito Administrativo*”, 3ª ed. São Paulo: Atlas.

PRADO, Luiz Regis

2014 “*Bem jurídico-penal e Constituição*”, 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira

2000 “Agente Infiltrado: Inovação da Lei 10.2171/2001”, in: *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*; ESMP, Vol. 1, N° 1.

RODRIGUES, Anabela Miranda

2002 “*Justiça penal internacional e protecção de vítimas-testemunhas por meios tecnológicos*”, BOAdv, n° 21.

RODRIGUES, Patrícia Corrêa

2015 “*Relato e Depoimento do Agente Infiltrado*, Lisboa”: [s.n] 51 p. 2014 – Relatório de Doutoramento.

ROSS, Alf

2000 “*On Law and Justice*, Direito e Justiça” – Tradução Edson Bini – revisão técnica Alyson Leandro Mascaro, EDIPRO.

SARLET, Ingo Wolfgang

2013 “Comentário ao art. 1º, III”, in: CANOTILHO, J.J; MENDES, Gilmar F; (Coords.), *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, pp.121-128.

SILVA, Germano Marques da,

2005 “A criminalidade organizada e a investigação criminal”, in:VALENTE, Coord: Manuel Monteiro Guedes/*Congresso de processo penal (memórias)*, Almedina.

SILVA, Germano Marques da

1999 “*Curso de processo penal*”, 2ª ed. Lisboa: Verbo.

SILVA, Júlio Barbosa e

2015 “Súmulas de jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: Caso Gani contra a Espanha”, de 19 de fevereiro de 2013, proc. n° 61800/08, Artigo 6.º, n.º 3, al. d) da CEDH, in: *Revista do Ministério Público*, 142, Coimbra Editora, p.p. 211-223.

SILVA, Sandra Oliveira

2007 “*A protecção de testemunhas no processo penal*”, Coimbra Editora.

SOUSA, Marllon

2015 “*Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*”, São Paulo: Atlas.

TARUFFO, Michele

2011 “*La prueba de los echos*, Tradução de Jordi Ferrer Beltrán”, 4ª ed. Trota, 2011.

VILELA, António José; PINTO, Nuno Tiago

2012 “*O infiltrado americano*”

VILLANUEVA, Carmem Navarro,

2009 “*Protección a testigos y peritos*”, *In: Revista de Derecho Procesal*.