

INFILTRAÇÃO POLICIAL NO BRASIL: UM JOGO AINDA SEM REGRAS

Carlos Roberto Mariath



RESUMO

O artigo analisa a infiltração policial, técnica operacional de obtenção de dados, sob a ótica do policial que, destinado a ingressar em (a fazer parte de) uma organização criminosa, atua como se criminoso fosse. Abordando inicialmente o surgimento dessa nova modalidade de delinquência e de novas técnicas especiais de investigação, o trabalho tem como objetivo expor a insegurança jurídica que envolve o policial, uma vez que o ordenamento pátrio não regulamentou de forma inequívoca a matéria, olvidando-se de questões essenciais que dizem respeito à atuação do investigador antes, durante e após a implementação da medida. Ademais, o estudo delinea com precisão os traços que caracterizam a infiltração policial, desfazendo uma confusão recorrente que se faz desta em relação à “estória-cobertura”. Nessa linha, o ensaio revela que, antes mesmo da ação repressora pelo Estado, a elaboração de normas válidas, “regradoras do jogo”, é condição sine qua non para construção de um Estado Democrático de Direito, pois a busca da prova não se dá a qualquer custo. Se de um lado encontram-se os direitos do investigado, do outro, estão os direitos e garantias fundamentais dos policiais.

PALAVRAS-CHAVE: Infiltração Policial. Crime Organizado. Operação Encoberta. Direitos e Garantias Individuais. Agente Infiltrado.

INTRODUÇÃO

A violência sem medida faz com que a sociedade busque, por meio de seus representantes, soluções rápidas e implacáveis contra todos aqueles que ousaram a desafiar-la, um verdadeiro “caça às bruxas” contra os inimigos do Estado. E é neste cenário, de farta legislação repressora, que prolifera o afronte à harmonia do ordenamento jurídico.



Ocorre que, em sua sanha repressiva, o Estado, além de mitigar garantias fundamentais na formação da culpa, na produção de prova, olvida-se, por vezes, em regulamentar adequadamente ferramentas de combate à criminalidade, leia-se, em dar lastro para a atuação segura dos agentes da lei. É o caso da infiltração policial, medida excepcionalíssima (a ser utilizada em *ultima ratio*), por meio da qual o Estado, para conter o avanço da criminalidade, passa a participar da conduta delituosa.

Com efeito, ante as inúmeras lacunas dos diplomas que tentaram disciplinar o tema, a utilização da técnica em comento conduz o policial à assustadora insegurança jurídica na implementação da medida, posto que a norma que lhe dá guarida seria complementada por diretrizes emanadas da autoridade judiciária, reforçando a figura do juiz inquisidor.

Ora, se de um lado o indivíduo, ainda que acusado de ter cometido uma infração penal, um crime grave, tem o direito de ver contra si a prova obtida de forma lícita, ou seja, que a prova produzida observe as formalidades e os limites impostos pela lei, de outro, o policial, para estar seguro de sua performance antes, durante e após a infiltração, tem o direito de ver a medida devidamente regulamentada. Suas ações devem estar resguardadas independentemente do entendimento da autoridade judiciária.

Dessa forma, diante de tamanhas discussões, dúvidas e questões mal resolvidas, é dever do Estado fulminar qualquer insegurança (tanto para o investigado quanto para o policial que colhe o elemento de prova) na implementação de instrumento que possua o Direito Penal (material ou processual) como berço.

A hercúlea missão (definir com clareza as ações do policial infiltrado que estariam respaldadas pelo Estado, bem como outras que garantissem o retorno harmônico às suas antigas atividades após a infiltração), por certo, está repousada sobre os ombros do legislador, pois ao juiz, em prestígio ao sistema acusatório, cabe agir como mero espectador, ou seja, julgar diante de provas obtidas pela polícia, produzidas pelo ministério público e pela defesa, nos moldes estabelecidos em leis.

CRIME ORGANIZADO E TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO

O avanço tecnológico, a globalização e a facilidade de comunicação, de transmissão de dados e de transporte incrementaram a organização de pessoas em redes (em grupos), as quais passaram a se estruturar como verdadeiras empresas na busca por vantagens ilícitas.

Para garantir o sucesso da empreitada, tais grupos cooptam servidores públicos (em todos os Poderes) que in tese teriam o ofício de contê-los, e se valem, como forma de “marcar seus territórios”, da extrema violência quando surgem indivíduos que, de uma forma ou de outra, estão a reprimir, a delatar ou a embaraçar o andamento de suas ações.

O crime, antes um fenômeno pretérito, ganha dinamismo, tratando-se do somatório de condutas latentes que estão em constante movimento. Ademais, passa a ser perpetrado sem um ponto de contato visível entre seus “verdadeiros” autores e a materialidade. Geralmente, aquele que tem vínculo direto com esta última (e que é preso) é a peça descartável (mais débil) da engrenagem; pessoas que servem ao mister criminoso, mas que possuem ínfima participação na ciranda delitiva (p. ex. a “mula”, o motorista que transporta droga, o “laranja”, etc.).

Ocorre que o “crime organizado se adapta rapidamente às transformações sociais do Estado”, sendo certo que as mutações no modus operandi desses grupos estruturados tornam “a discussão de seu controle tão complexa e calorosa” (PACHECO, 2007, p.27).

Nesse contexto, em face do afloramento de uma nova modalidade de crimes, cometidos não mais por pessoas, mas por grupos (associação) de pessoas que se valem da tecnologia e da falência do poder de fiscalização estatal, surgiu, fulcrada na mitigação das garantias individuais, a Lei nº 9.034/95 (Lei do Crime Organizado).

Na ocasião, conforme previsão legal, crime organizado era equivalente à quadrilha ou bando (art. 1º da Lei nº 9.034/95 – redação anterior).

As investigações voltadas à repressão de tal conduta delitiva passaram a contar com meios de coleta e busca de provas diferenciados, excepcionais (ação controlada e acesso a dados, documentos, informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais).

Posteriormente, o crime organizado passou a abranger, além da quadrilha ou bando, a organização e associação criminosa (Lei nº 10.217/2001; art. 1º da Lei nº 9.034/95 – redação atual). Ademais, houve um elastério em relação aos meios de coleta e busca de provas anteriormente elencados, de forma que os ilícitos decorrentes daquelas figuras típicas poderiam ser comprovados também por meio de interceptação ambiental e de infiltração policial, mediante autorização judicial (art. 2º, IV e V, da Lei nº 9.034/95 – redação atual).

Esse novo panorama caminha para e passo com normas internacionais. Ratificando a impossibilidade de conter a ação desses grupos criminosos apenas com a utilização de técnicas convencionais, a Organização das Nações Unidas, por meio da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000), bem como da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003) (ambas internadas em nosso ordenamento jurídico com a vigência dos Decretos nº 5.015/2004 e nº 5.687/2006, respectivamente), propõe que os Estados Partes utilizem técnicas especiais de investigação¹, mormente a infiltração, com o fito de se detectar, confirmar, prevenir ou reprimir as atividades criminosas dissimuladas em meio a atividades lícitas.

Ante a evolução e estruturação dos grupos dedicados a atividades ilícitas, mormente aqueles que se valem dos progressos tecnológicos e da globalização para dissimulação de suas investidas criminosas, bem como para ocultação dos resultados dessas ações, os meios e técnicas empregados pelo Estado, em um movimento natural, necessário e proporcional, evoluíram na tentativa de se buscar um real equilíbrio de “armas”.

1 Art. 20 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e Art. 50 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

“ESTÓRIA-COBERTURA” E INFILTRAÇÃO POLICIAL: CONFUSÕES APARENTES

Devido ao grau de complexidade de enfrentamento de grupos estruturados (crime organizado), voltados à prática de crimes que ocorrem de forma velada, sob o manto e a aparência de uma pretensa legalidade e que normalmente, contam com a participação de agentes públicos e políticos, exsurge a necessidade da utilização de Operações Encobertas² por parte dos órgãos responsáveis pela prevenção e repressão dessa nova criminalidade.

Leitura atenta do Manual das Nações Unidas de Práticas contra a Corrupção (*United Nations Handbook on Practical Anti-Corruption*) (UNITED NATIONS, 2004) desvela que a infiltração policial é espécie do gênero Operação Encoberta (*Undercover Operation*), ao longo da qual a identidade do policial é dissimulada com o fito de se detectar, confirmar, prevenir ou reprimir as atividades criminosas. Devido a certas características, a operação em tela é classificada como simples ou complexa.

Simple são denominadas aquelas operações utilizadas por um curto espaço de tempo; possuem orçamento limitado; e não envolvem questões sensíveis de nível mais elevado, sendo dispensável o constante monitoramento do órgão investigador.

Assim, considera-se como uma Operação Encoberta Simples a aquisição de drogas de um traficante local por um policial (que se passa por consumidor) com o objetivo de identificar e efetuar com êxito a prisão do traficante, bem como seu fornecedor.

Em outro giro, a Operação Encoberta Complexa é mais sofisticada em face da sensibilidade dos membros do grupo investigado (agentes públicos e políticos), do histórico de violência da organização, do grau de en-

2 O Decreto nº 5.015/2004 (*Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional - art. 20*), bem como o Decreto nº 5.687/2006 (*Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - art. 50*) contemplam em seus textos as técnicas especiais de investigação, mormente as “undercover operations”.

volvimento (proximidade) que o policial terá com os investigados, enfim, de circunstâncias que colocarão o policial e o órgão diante de risco maior.

Vê-se, pois, que uma Operação Encoberta (Simples ou Complexa) possui como alicerce uma técnica denominada “Estória-Cobertura” (EC), que consiste no emprego de artifícios destinados à elaboração de uma “estória” para encobrir as identidades de pessoas, instalações ou organizações, com o objetivo de mascarar os seus reais propósitos.

Na atividade policial, essa técnica visa a alcançar objetivos (obtenção do dado, aproximação com o alvo, permanência em determinado local, realização de prisões, etc.) com a manutenção do sigilo da investigação, além de proporcionar a proteção do pessoal, do material e das instalações.

Em suma, o policial cria e vivencia uma “estória”, fingindo o que não é (simulação), para encobrir com astúcia (dissimular) os objetivos da ação policial, e, portanto, garantir o sigilo e sucesso da empreitada.

A importância da EC para a investigação policial pode ser aferida na medida em que é a base, o porto seguro para qualquer outra técnica operacional que se vale da simulação, podendo (devendo) ser utilizada, dentre outras, em uma simples vigilância ou mesmo na execução de técnicas mais complexas, como o disfarce e a infiltração.

Em suma, a EC permite que a investigação policial permaneça em sigilo, bem como que a mesma avance paulatinamente, desvelando enlaces (vínculos) e estratégias orquestrados por criminosos, os quais, diante da cobertura das ações policiais, serão surpreendidos e inevitavelmente presos.

Porém, devido à sua superficialidade, na medida em que não impõe ao policial o ingresso na intimidade das pessoas envolvidas em atividades criminosas, ou mesmo de membros de grupos criminosos, a utilização da “estória-cobertura” não se sujeita à autorização judicial para sua efetivação.

De outro lado, como condição necessária por força de seu sigilo, a infiltração policial, que consiste no ingresso de um policial em um grupo criminoso com o fim de obter informações para o desbaratamento do mesmo, utiliza a EC para permitir a aproximação e penetração oculta do policial.

Como visto, a infiltração policial, apesar de se valer de uma “estória-cobertura” (tendo a mesma como núcleo), com ela não se confunde, uma vez que não só coloca o policial em contato, como o introduz (infiltra) na intimidade do grupo investigado, passando o agente da lei a participar das atividades ilícitas; a ser parte daquela organização.

Ademais, em face da mitigação de direitos e garantias individuais (intimidade, privacidade), a infiltração policial, como medida invasiva, exige autorização judicial.

INFILTRAÇÃO POLICIAL NO BRASIL

Em nosso ordenamento jurídico, a infiltração policial encontra abrigo no art. 2º, V, da Lei nº 9.034/95, no art. 20 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto nº 5.015/2004), no art. 50 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/2006), bem como no art. 53, I, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, nova Lei de Drogas.

Ocorre que nenhum dos quatro diplomas conceitua a técnica especial em comento. Todos se limitam a citá-la, não atribuindo qualquer conceito capaz de explicitar como tal técnica se desenvolve.

Em nosso socorro, ensina Edwards (1996, p. 53), ao comentar a introdução dessa técnica operacional no ordenamento jurídico argentino (*Ley 24.424 – Ley de Estupefacientes*), que a infiltração policial pode ser conceituada como (grifo nosso):

Una técnica investigativa, que permite penetrar de afuera hacia adentro em uma organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, a través de la infiltración de um agente, con la finalidad de obtener información para desbaratar a esa organización criminal. Se trata, pues, de una verdadera investigación encubierta³.

José Luis Seoane Spiegelberg (*apud* JESUS, 2002) leciona que o AI é:

A pessoa que, integrada na estrutura orgânica dos serviços policiais, é introduzida, ocultando-se sua verdadeira identidade, dentro de uma organização criminosa, com a finalidade de obter informações sobre ela e, assim, proceder, em consequência, a sua desarticulação.

Na mesma esteira, Mendroni (2007a, p. 53) afirma que a técnica consiste em infiltrar o agente no “seio da organização criminosa, passando a integrá-la como se criminoso fosse”. Ademais, prossegue o autor:

Agindo assim, penetrando no organismo e participando das atividades diárias, das conversas, dos problemas, das decisões, como por vezes de situações concretas, ele passa a ter condições de melhor compreendê-la para melhor combatê-la através do repasse de informações às autoridades.

Pressupostos

Como procedimento de investigação e formação de provas para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, a infiltração pode ser utilizada mediante circunstanciada autorização judicial (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.034/95). Já sua previsão na Lei de Drogas, além da autorização judicial, impõe a manifestação prévia do Ministério Público (art. 53 da Lei nº 11.343/2006).

Em que pese seu caráter invasivo, na letra da Lei nº 9.034/95, a autorização judicial, desde que fundamentada, é suficiente para implementação da infiltração policial quando se está a investigar o crime organizado (quadrilha ou bando, associação e organização criminosa).

³ *Uma técnica de investigação, que permite a penetração dentro em uma organização dedicada ao comércio ilícito de entorpecentes, através da infiltração de um agente, a fim de obter informações para desbaratar esta organização criminosa. É, por conseguinte, uma verdadeira investigação encoberta. (Tradução livre)*

Quem pode se infiltrar?

Além dos policiais, a Lei nº 9.034/95 estaria também por permitir a infiltração de agentes de inteligência (agentes de serviços de informações) na formação de provas.

Apesar de observar que o diploma afasta a possibilidade da infiltração de particulares, Mendroni (2007a, p. 58), por meio de uma interpretação literal da norma, entende que é possível, além dos agentes policiais, a infiltração de agentes de inteligência:

O dispositivo permite a interpretação de que não só os agentes da Polícia Federal, Polícias Estaduais, Civil e Militar, mas também da Receita Federal e Secretarias das Fazendas Estaduais e outros órgãos policiais ou de inteligência podem ser infiltrados sempre que se tratar de investigar qualquer circunstância ligada a organizações criminosas, com prévia autorização judicial; mas nunca a particulares, entenda-se, pessoas não pertencentes a qualquer destes órgãos.

Em outro sentido, Rocha (2001, p. 148) alerta que a permissão para a atuação de agentes de inteligência como agentes infiltrados é de "duvidosa constitucionalidade", uma vez que "a eles, em regra, não são cometidas funções de Polícia Judiciária".

Para Franco (2002, p. 587), a atividade de infiltração, por violar a intimidade e outros direitos fundamentais, somente se legitima quando está voltada à coleta de provas a serem utilizadas no processo penal. Portanto, a medida só pode ser ultimada por agentes que possuem funções de polícia judiciária.

A própria lei, ao tempo que prevê a infiltração de agentes de inteligência (art. 2º, V), também dispõe em seu art. 4º, de forma inequívoca, que os órgãos da polícia judiciária são os responsáveis pela utilização de tal técnica, cabendo aos mesmos a estruturação de setores e equipes de policiais especializados para o combate a ações praticadas por organizações criminosas.

Por fim, a Lei nº 11.343/2006 indica que a melhor interpretação vai no sentido de se restringir a infiltração aos agentes de polícia, preven-

do que em qualquer fase da persecução criminal é permitida “a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes” (art. 53, I).

De fato, ante o cotejo dos dispositivos da norma infraconstitucional sob análise, e dessa com a Lei nº 11.343/2006 e a Carta Magna, a infiltração somente poderá ser efetivada por polícias, uma vez que, além de se tratar de técnica operacional para a obtenção de dados, informações, indícios, todos voltados à produção de provas na esfera penal, a medida impõe risco altíssimo (inclusive de morte), a ser suportado por servidores da carreira policial.

Cabe não olvidar que, no âmbito do inquérito policial militar ou mesmo do processo penal militar, destinados a apurar a autoria e materialidade dos crimes de natureza militar, também estaria a permitir a infiltração de militares, uma vez que nessa situação estariam imbuídos nas funções de polícia judiciária.

Agente Infiltrado (AI) e Agente Provocador

Em face das conseqüências distintas da atuação do agente em uma investigação, deve-se diferenciar a figura do agente infiltrado do agente provocador.

Aduz Molina Pérez (2000) que nos casos de infiltração policial, o “delito se inicia e nasce livremente da vontade e da inteligência do autor e se desenvolve nesse propósito até que a intervenção policial se cruza, razão pela qual os atos anteriores do autor são aptos a produzir efeitos penais”.

Em outro norte opera o agente provocador. Este atua de forma ativa, estimulando, induzindo a prática de crime. Diferentemente do AI, que atua conforme os desígnios do grupo do qual passou a fazer parte, o agente provocador faz nascer a idéia da atividade criminosa.

Para Edwards (1996, p. 57), enquanto o agente provocador instiga ao cometimento de um crime, o AI se torna membro de uma organização para obtenção de informações, não incitando os demais membros a cometerem qualquer delito.

Nesse contexto, Montón García (*apud* BONFIM, 2004) ensina que o agente provocador envolve o futuro autor em um cenário previamente montado para que este venha a cometer um crime, enquanto o AI atua quando a atividade criminosa já está em curso com o fito de se buscar informações para posterior repressão.

Para Capez (2002, p. 227-228), o cenário preparado pelo agente provocador conduz inevitavelmente a uma encenação, sendo esta uma terceira modalidade de crime impossível pela ineficácia absoluta do meio empregado. O suposto autor é o “protagonista de uma farsa”, operando “dentro de uma ilusão”, inexistindo, portanto, o elemento subjetivo do crime.

A diferenciação das figuras ganha maior importância quando o policial que logrou êxito na infiltração passa a induzir os membros do grupo no qual se vê integrado à prática de crimes, ocasião em que será considerado um agente provocador.

Para Jesus e Bechara (2005), quando o AI passa a provocar a ação ou omissão das pessoas que fazem parte de uma organização criminosa, “interferindo diretamente no ânimo decisivo delas, a hipótese, nesse caso, seria de flagrante preparado ou delito provocado”. Assim, não há que se falar em AI e sim em agente provocador, o qual responde penalmente pelo abuso cometido.

De outro lado, prosseguem os autores, quando o policial ingressa numa organização criminosa que já praticava crimes, “sua intervenção não significa a criação indutora da vontade do sujeito provocado, que já preexistia, de sorte que a atuação do agente visa simplesmente facilitar o cometimento do delito, não induzir a sua prática”. Nesse caso, apenas os

membros do grupo criminoso que participaram da ação delitiva seriam responsabilizados pelo crime cometido.

Segundo Bonfim (2004), embora distintos tais conceitos, ocorrendo a confusão entre as figuras do agente provocador e do infiltrado, ambos são considerados agentes provocadores, “dando causa à impunidade do fato”.

Dessa forma, a atuação “passiva” do agente infiltrado, de se conduzir como criminoso fosse (desde que autorizado pelo juiz), encontra-se amparada pelo ordenamento jurídico pátrio. Em outro viés, as condutas perpetradas pelo agente provocador, de induzir, de instigar, não encontram abrigo legal, sendo veementemente repudiadas pela doutrina e jurisprudência, uma vez que estão inseridas em um contexto de crime impossível (delito putativo por obra do agente provocador, delito de ensaio ou experiência⁴). Ademais, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”⁵.

Estudo de caso

Um caso clássico, descrito no site do FBI (FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION HOMEPAGE, 2008), que ilustra a profundidade de uma missão de infiltração, a penetração oculta e dissimulada em uma organização criminosa, o aparato necessário para o suporte do AI e seus familiares, a necessidade de se tornar um membro da organização, de participar de suas atividades ilícitas como se criminoso fosse para compreendê-la e melhor combatê-la, e o resultado expressivo da repressão e a desarticulação do grupo alvo (em comparação às demais técnicas de investigação), ocorreu em uma operação encoberta desencadeada em meados da década de 70 nos Estados Unidos da América.

4 Expressões utilizadas por Fernando Capez. Capez, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. V. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 227.

5 Súmula 145 do STF.

Em anos anteriores, o FBI obteve alguns êxitos na busca e coleta de informações sobre a máfia, mas, em grande maioria, as mesmas mostravam superficiais, periféricas. O “núcleo duro” (os líderes) das organizações parecia intocável em razão do código de silêncio da Máfia. Assim, o FBI decidiu experimentar uma operação encoberta de longo prazo, uma das primeiras do gênero, optando por colocar um agente para atuar na cidade de Nova Iorque na tentativa de ingressar em alguma das principais famílias que lá operavam (Bonanno, Gambino, Colombo, Genovês, e Lucchese).

Em 1976, o Agente do FBI, Joe Pistone, surgiu em "Little Italy" como um estranho, um pequeno ladrão de jóias. Lentamente, Joe, utilizando o nome falso de Donnie Brasco, aproximou-se de alguns mafiosos, passando a ganhar a confiança dos mesmos. Pouco tempo depois, tornava-se parte de uma organização mafiosa, atuando juntamente com seus parceiros de crime. A missão durou longos 6 (seis) anos. Para sua segurança e de seus familiares, Joe deixou de fazer contato com os mesmos por longos períodos, restringindo-se a encontros raros, esporádicos.

Antes de iniciar a Operação, Pistone tinha que pensar, falar e agir como um criminoso no ramo de jóias (passou duas semanas inteiras, por exemplo, estudando o setor joalheiro). Também no intuito de facilitar sua penetração na organização, estudou as regras do jogo da Máfia. Passou a treinar histórias que convencessem os investigados; várias mentiras sobre seu passado. O menor erro ou acidente poderia custar sua vida. A missão era tão secreta que pouquíssimas pessoas do FBI a conheciam.

Em 26 de julho de 1981, ao final da “Operação Donnie-Brasco”, o FBI conheceu especificamente o funcionamento interno da família Bonanno e, em geral, de algumas das outras famílias, não só suas atividades em Nova Iorque, mas, também na Flórida, Michigan, e em outros países. Ademais, a **operação resultou na condenação de mais de 100 (cem) pessoas por crimes federais.**

Em outro giro, Pacheco (2007, p.145) narra com entusiasmo um caso de infiltração policial, ocorrida no âmbito de uma organização criminosa sediada no Rio Grande do Sul.

Em apertada síntese, por meio de uma empresa fictícia de consultoria, o policial (autorizado judicialmente), utilizando-se de documentos falsos, “trabalhou” em uma empresa, possibilitando o acompanhamento o cotidiano da organização alvo. Uma vez dentro da empresa, passou a identificar e ter encontros com membros do grupo criminoso. Ademais, face sua posição privilegiada, lançou mão de uma série de outras técnicas, como captação ambiental e interceptação telefônica (tudo devidamente autorizado pela autoridade judiciária).

Relembrando a conceituação vista alhures, a infiltração policial trata-se da técnica operacional de investigação que consiste em introduzir um policial em meio às atividades ilícitas de determinado grupo criminoso, dele se tornando parte (leia-se, participando efetivamente das atividades ilícitas), com o fim de desarticulá-lo. De outro lado, quando se esta apenas a interagir (sem o efetivo ingresso; sem tornar-se parte), estamos em sede de “estória-cobertura” (lembramos da compra de entorpecentes).

Há que se observar que o “ingresso” não se refere ao aspecto físico da organização. Em que pese os riscos, a entrada e permanência física na empresa alvo, sem se tornar membro efetivo no que diz respeito ao aspecto ilícito, não têm o condão de guindar a “estória-cobertura” à condição de infiltração.

No primeiro caso, ao longo da Operação Donnie Brasco, o policial suplanta a interação e se torna membro da organização criminosa. Passa então a ter objetivos comuns e a dividir alegrias e frustrações com seus parceiros de crime. No caso, o AI está “remando junto”, do mesmo lado e no mesmo sentido de seus comparsas de crime.

Já no segundo caso (a alardeada infiltração ocorrida no Rio Grande do Sul), em que pese o risco assumido pelo policial ao longo da missão

(seis meses), bem como de utilização de documentos falsos e empresa fictícia, a operação fundou-se em uma excelente “estória-cobertura” (profunda), porém sem avançar para técnica de infiltração (houve contato, porém não houve ingresso (mundo das idéias) na organização criminosa).

Não se pode perder de vista que, ainda que o policial venha a fazer parte da “parte lícita” (de fachada, visível) da organização, não há como considerar tecnicamente que houve infiltração, pois esta somente se dá quando (foi concebida para) o ingresso ocorre na “parte suja” (oculta, vil) da organização.

Assim, se o policial vem a ser contratado para vender roupas de grife em uma importante empresa, que também comete crimes contra ordem tributária e financeira, não há infiltração, há “estória-cobertura”.

Em outro plano, se o policial passa a participar com outros integrantes da organização do estratagema de compra de peças de roupa sem o devido recolhimento de imposto, ou ainda, da ocultação da vantagem indevida ou da emissão desta para o exterior sem o lastro legal, há infiltração policial.

Ante a necessidade de penetração em um grupo de criminosos e a efetiva participação do policial em atividades ilícitas, a infiltração policial não se confunde com a técnica de “estória-cobertura”. Apesar de se valer também da dissimulação para obtenção de dados não revelados pelos investigados, esta última não introduz o policial no grupo alvo, dispensando inclusive a autorização judicial.

Vê-se, pois que diante do cenário descrito por Pacheco é distante daquele narrado pelo FBI. Diferentemente do ocorrido na Operação Donnie Brasco, no segundo caso, apesar de ocorrer a dissimulação e o contato com membros da organização (encontros, identificação visual dos envolvidos), o policial não se integrou à mesma, não se tornou parte, não participou das atividades ilícitas do grupo, das conversas, dos proble-

mas ou das decisões que envolvessem o lado oculto (ilícito) da “empresa” para melhor combatê-la.

JOGO SEM REGRAS: INVESTIGAÇÃO E AGENTE INFILTRADO SOB AMEAÇA

Apesar da previsão legal para sua implementação (Lei nº 9.034/95; Decreto nº 5.015/2004 – Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional; Decreto nº 5.687/2006 - Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; e Lei 11.343/2006), a infiltração policial no Brasil trata-se de um perigoso jogo sem regras, especialmente para o AI.

No caso, a celeuma gira em torno de duas questões fundamentais. A primeira se refere à definição do que se entende por organização criminosa e sua respectiva tipificação. A segunda diz respeito à regulamentação estrita da técnica operacional sob análise.

Em relação ao conceito e tipificação de organização criminosa, entendemos que, para efeitos do emprego da infiltração policial, a discussão se vê prejudicada, uma vez que os órgãos policiais, assim como já o faz o Poder Judiciário⁶, podem (e devem) se valer dos outros dois tipos (soldados reservas) que dão corpo ao crime organizado. Em suma, ainda que não haja consenso na jurisprudência e na doutrina em relação à organização criminosa, aos olhos da polícia judiciária, a medida pode (e deve) ser implementada no âmbito de uma associação criminosa ou de uma quadrilha.

De outro lado, a previsão da infiltração policial sem a devida regulamentação viola o princípio legalidade. A norma, em total descompasso

⁶ *A falta de tipificação da participação em uma organização criminosa não impediu o Poder Judiciário de atuar na repressão das mesmas, condenando seus membros com fulcro no art. 288 do Código Penal (Quadrilha ou bando). Nesse sentido: TRF - 4ª Região - ACR nº 2002.71.04.000384-0/RS - 7ª Turma - Rel. Desembargador Federal José Luiz B. Germano da Silva - Data da decisão: 23/09/2003 - Publicado no DJU de 08/10/2003, p. 677; TRF - 1ª Região - HC nº 2002.01.00.0073336/TO - 4ª Turma - Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz - Data da decisão: 28/05/2002 - Publicado no DJU de 13/06/2002, p. 177; TRF - 3ª Região - HC nº 24342 - Processo 200603000297495 - 5ª Turma - Rel. Juiz Federal convocado Wilson Zaubry - Data da decisão: 18/09/2006 - Publicado no DJU de 20/03/2007, p. 567.*

com citado princípio constitucional, dispõe sobre uma medida excepcional de investigação sem conceituá-la, sem regulamentá-la, sem imposição de qualquer conduta a ser observada pelo AI. Ademais, deixa a cargo do magistrado a adoção de medidas (concomitantes ou posteriores ao delito) que julgar cabíveis ao caso em concreto, gerando enorme insegurança jurídica.

Com efeito, Rocha (2001, p. 149) ensina que o emprego dessa técnica operacional “esbarra em problemas de três ordens distintas: ética, jurídica e operacional”.

Acompanhando Raúl Cervini, o autor observa que os questionamentos éticos surgem quando se passa a indagar se a medida encontraria amparo nos postulados básicos de um Estado de Direito, posto que se trata da “atuação de agentes policiais ao lado de criminosos, com permissão para praticar condutas que configuram os mesmos delitos que incumbe ao próprio Estado reprimir”.

Gonçalves e Valente (*apud* PACHECO, 2007, p. 110) asseguram que a utilização do agente infiltrado é uma técnica de moral questionável, “uma vez que é o próprio suspeito que, actuando em erro sobre a qualidade do funcionário de investigação criminal produz, involuntariamente, a prova da sua própria condenação”.

Porém, para Rocha (2001, p. 150–151), à luz do princípio da proporcionalidade, tal discussão se vê superada na medida em que o Estado, visando ao bem comum, pode intervir com maior ou menor rigidez no controle da ordem pública, desde que sua atuação possua limites fixados em lei.

Neste mesmo diapasão, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp (2008b), ensina, sopesando os princípios fundamentais (de um lado, os direitos e garantias individuais, e, de outro, o interesse social, o interesse público, a ordem pública e a Segurança Pública), que os métodos excepcionais, apesar de invasivos, são necessários na medida

em que se está a investigar crimes de alta complexidade, e, portanto, indispensáveis à produção de uma “prova muito mais efetiva”.

Em outro giro, em relação aos aspectos jurídico e operacional, existem questões complexas que ainda estão por ser solucionadas (ROCHA, 2001, p. 150):

1) Quem é a autoridade pública a quem se deve delegar o poder de autorizar o seu emprego, assim como exercer o controle de execução das atividades correspondentes?; 2) Quais são as pessoas que podem atuar como AI?; 3) Quais são os limites e conseqüências dessa atuação?; 4) Qual o valor da prova obtida através dessa técnica?; e 5) Como e por qual período deve o Estado proteger o AI após a operação de infiltração?

Também assim entende Pacheco (2007, p. 143) (grifo nosso):

De qualquer sorte, como não foram previstos os limites de sua atuação e a forma de responsabilização de eventuais ações ilícitas que o agente infiltrado poderá cometer, o dispositivo adotado pelo direito brasileiro encontrará inúmeras dificuldades em sua execução.

Ao se debruçar sobre o tema, Jesus (2002) é categórico (grifo nosso):

A Lei não contém regras quanto ao tempo de infiltração, licitude das ações do undercover agent, uso lícito de identidade falsa, proteção, obrigatoriedade de submeter-se ao serviço de investigação etc. Como observa Luiz Otávio de Oliveira Rocha, a Lei contém "lacunas que provavelmente dificultarão sobremaneira sua aplicação".

Rocha (2001, p. 162-163) lembra que a infiltração “não depende meramente de sua legalização para ganhar relevância no combate à criminalidade organizada”. Em apertada síntese, afirma que há que se especializar o policial, estando instruído sobre as características do grupo de criminosos, quais provas devem ser buscadas, os meios de comunicação para relatar o andamento dos trabalhos, etc... . Ademais, o agente deve ter suporte do órgão responsável pela infiltração no fabrico de documentos pessoais (identidade, carteira profissional, contrato de locação, folha de antecedentes criminais, etc), bem como na disposição de veículos, locais de moradia, e dinheiro. Em suma, há que se prover tudo quanto seja necessário para garantir o sigilo e o sucesso da investigação.

Nessa esteira, aduz Mendroni (2008) que, apesar de a infiltração ser uma eficiente arma no combate à criminalidade organizada, sua previsão na legislação nacional “não só não é operacionável, como também pouco recomendável”, uma vez que a lei (Lei n.º 9.034/95) “não foi suficientemente exaustiva na previsão”, olvidando-se dos procedimentos para sua efetivação, os prazos a serem observados, tampouco se o infiltrado pode cometer ou não crimes.

Porém, há aqueles que entendem que tais lacunas podem ser supridas sem a existência de nova regulamentação.

Para Pinto (2007, p. 61-62) e Pacheco (2007, p. 46), a Lei n.º 9.296/96, que disciplina a interceptação das comunicações telefônicas, diante das inúmeras lacunas existentes na Lei 9.034/95 no que toca à infiltração policial, teria aplicação analógica.

Aduz Pinto (2007, p. 61-62) que o prazo para a decisão judicial, o prazo máximo para duração da infiltração, a manifestação do Ministério Público, e o relatório das diligências seguiriam os procedimentos estampados na lei de interceptação telefônica (prazos de 24 horas, e 15 dias, prorrogáveis por igual período, respectivamente).

No mesmo sentido, Pacheco (2007, p. 46) entende que se deve valer da analogia, no que couber, ao procedimento previsto na Lei n.º 9296/96, pois “reflete a moderna concepção do princípio da proporcionalidade em relação à matéria que igualmente pode resultar em restrição ao direito à privacidade”.

Em que pesem os entendimentos anteriores, por se tratar de medida excepcional, intrusiva, que mitiga as garantias individuais, mormente o da intimidade e o da privacidade, que visa à prisão (à produção de provas que conduzirá os envolvidos ao encarceramento), e que não orienta a conduta do AI, a alternativa não parece adequada.

A busca por “respostas”, que supostamente criariam limites para implementação da medida, em verdade, incrementa o poder repressor

estatal em flagrante prejuízo ao indivíduo, bem como não supre todas as lacunas existentes, notadamente aquelas que assegurariam a atuação firme do AI.

É certo que o legislador não consegue prever todos os fatos da vida. Para tanto, a analogia visa ao preenchimento dessas lacunas, retirando de leis existentes a regra adaptável à hipótese. Em suma, na ausência de norma disciplinadora (existência de lacuna), cria-se “uma regra específica, individualizada, válida exclusivamente para o caso concreto” (BASTOS, 2007).

Porém, quando se está a tratar de direitos individuais que envolvem a liberdade do indivíduo, a Constituição e o Código Penal vedam, em prestígio à segurança jurídica e ao princípio da reserva legal, a analogia empregada em prejuízo do agente (analogia *in malam partem*).

Em outras águas navega Rocha (2001, p. 152). A infiltração policial ganha vida com o condão da autoridade judiciária. Para o autor, cabe ao juiz, por meio de uma autorização circunstanciada, fixar “o objeto e conteúdo da atividade do AI, que naturalmente poderão ser ampliados ou restringidos de acordo com a necessidade advinda da produção dos resultados”.

Prossegue o autor:

Tal resolução deverá fazer referência aos instrumentos de proteção cabíveis (identidade e domicílio falsos, indicação da[s] pessoa[s] que servirá como intermediário para a manutenção de contatos – normalmente o superior hierárquico do policial infiltrado-, descrição dos meios a serem empregados – veículos, armas etc.- e, principalmente, dos direitos fundamentais que poderão ser violados no curso das investigações, com a gravação de imagens ou conversações, “grampos” telefônicos, violação de correspondência etc.), bem como fixar prazo inicial de duração da medida.

Dessa forma, questões como o tratamento jurídico dispensado às “ações delitivas” perpetradas pelo policial enquanto infiltrado (natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal: a) excludente de ilicitude

por estrito cumprimento do dever legal; b) excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa; c) escusa absolutória, por razões de política criminal; ou d) atipicidade penal, seja pela ausência de dolo por parte do agente infiltrado, seja porque sua conduta consiste numa atividade de risco juridicamente permitida) (JESUS e BECHARA, 2005); o tempo que deve perdurar a infiltração, bem como a possibilidade de prorrogação; a frequência da produção de relatórios; o uso de documentação falsa; o destino das vantagens auferidas pelo policial enquanto “criminoso”; os crimes que estariam abrigados pela decisão judicial; o valor probatório do testemunho do policial infiltrado; etc... estariam por ser regulamentadas pelo juiz (soberano e absoluto) no momento posterior (ou concomitantemente) à ocorrência do delito, em verdadeiro retorno ao sistema inquisitorial.

Com efeito, diante de um caso concreto, infinitos pontos estariam a ser questionados a posteriori seja pelo mesmo juiz que determinou a infiltração, seja pelas instâncias judiciárias superiores.

Vejamos o caso de um policial autorizado a ingressar em uma organização que trafica ilicitamente substâncias entorpecentes (crime que in tese é cometido sem violência). Uma vez inserido naquele contexto, é chamado por seu “chefe” a torturar ou “eliminar” membro de uma “gangue” rival (ou ainda um policial) que acabara de ser capturado. Observemos que em caso de recusa, o AI passaria a estar sob suspeita e a colocar sua vida em risco.

Diante do caso hipotético, ao término da operação policial, como ficaria a situação jurídica do AI? (lembramos que o juiz apenas autorizou o tráfico). Ainda que o juiz entenda que a tortura ou a morte estejam justificadas, será que este também será o entendimento dos Tribunais? Será que o Parquet e o advogado (assistente da acusação, contratado pela família da vítima) também terão o mesmo entendimento? (lembramos que não há regras, não há um mínimo a ser seguido). Em resumo, o AI estará à mercê do entendimento da autoridade judiciária (que hoje pode ser um; amanhã, outro), leia-se, diante de uma insegurança jurídica sem precedentes.

Sabe-se que a atividade probatória deve encontrar limites nas normas e princípios constitucionais, sob pena de desrespeito às garantias impostas pelo processo penal. Como lembra Lopes Júnior (2007, p. 561), parte-se da premissa de que “a forma dos atos é uma garantia, na medida em que implica limitação ao exercício do poder estatal de perseguir e punir”.

Há que se observar que, além da liberdade do indivíduo, está em jogo a atuação do policial (antes, durante e após a infiltração), a qual também não pode ficar sob a graça de entendimentos da autoridade judiciária.

Dessa forma, as “regras do jogo” devem estar previamente definidas, como maneira de se garantir que os limites impostos pelo Estado, por meio da Constituição e de outras normas, sejam respeitados por ele próprio, sob pena de afronta aos direitos e garantias individuais, seja do investigado, seja do policial.

Entendendo que as regras devem ser transparentes e anteriores ao fato, e que o juiz deve se afastar da produção da prova, Lopes Júnior (2007, p. 74-75) ressalta que a posição do juiz é o ponto nevrálgico que diferencia o sistema acusatório do inquisitório. Quando a gestão da prova se encontra nas mãos das partes, está-se diante de um juiz espectador (sistema acusatório). De outro lado, quando está nas mãos do julgador, está-se diante de um juiz ator (sistema inquisitório).

Como ensina Ferrajoli (1997, p. 575), o juiz deve ser um mero espectador, capaz de valorar a prova que foi produzida pela partes e levadas ao seu conhecimento:

Ao sistema acusatório lbe corresponde um juiz espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que experto; o rito acusatório exige, sem embargo, um juiz-ator, representante do interesse punitivo, e por isso, um enxerido, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação.

Ao deixar sob a égide do magistrado competente para o julgamento do caso a definição de normas que irão regulamentar um procedimento de investigação e produção de provas, a técnica operacional

estaria a funcionar de acordo com os interesses daquele no âmbito de um sistema inquisitório, o qual, devido à sua lesividade irreparável, encontra-se em descompasso com o Estado Democrático de Direito.

Embora seja um defensor árduo de medidas excepcionais no combate ao crime organizado, o Ministro Gilson Dipp (2008a), ao abordar o tema, vê com cautela a responsabilidade que estaria, in tese, sobre os magistrados, uma vez que a lei simplesmente prevê que a infiltração é permitida “mediante circunstanciada autorização judicial”.

Ademais, lembra o insigne magistrado que o combate ao crime é tarefa da polícia e do ministério público, cabendo ao juiz o julgamento da conduta perpetrada pelo criminoso, não podendo “o juiz se envolver consciente ou inconscientemente na investigação”. E mais, que leis elaboradas de afogadilho “muitas vezes não prosperam e que lá adiante vão ser questionadas e talvez até invalidadas” (DIPP, 2008b).

Também entendendo que as questões que envolvem o AI não devem repousar sobre as diversas interpretações do judiciário, Mendroni (2007b) ressalta a importância da definição das “regras do jogo” (grifo nosso):

Não só na Espanha, mas em praticamente todas as legislações europeias as questões relativas a “infiltração de agentes” são, e devem ser mais detalhadas, pois envolvem muitas questões probatórias e de segurança do agente, que não podem ser delegadas à interpretação dos tribunais, pois podem haver muitas divergências e orientações.

A lei brasileira necessita urgentemente de reforma. Aguardemos.

Vê-se, pois, que ao juiz cabe o julgamento de condutas baseado em provas colhidas pelo Ministério Público e pela Polícia. A contribuição do juiz está em sopesar direitos e garantias que encontram abrigo na Constituição Federal, mas que, diante do caso em concreto, estão a se confrontar. Em suma, não deve o juiz inovar, elaborando regras que devem necessariamente ter como berço o Congresso Nacional.

Em outro giro, nos países que optaram por essa técnica operacional, o amparo ao policial foi levado a efeito por meio de normas emanadas por seus respectivos legisladores.

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves*, com o advento da Lei Orgânica nº 5, de 13 de janeiro de 1999 (*Ley Orgánica 5/1999*), contemplou, por meio do art. 282 *bis*, a infiltração policial.

Foram regulamentados: o uso de identidade falsa (durante a investigação e por ocasião da oitiva do policial em juízo); o prazo de duração da missão (6 meses, prorrogáveis por períodos de igual duração); a forma de repasse das informações obtidas; a não obrigatoriedade de o policial participar da infiltração; a exclusão da responsabilidade penal do agente desde que suas ações sejam conseqüências necessárias para o andamento da investigação, não constituam uma provocação para o delito, e que guardem a devida proporcionalidade com a finalidade das mesmas.

Também na Venezuela, *La Ley Orgánica Contra La Delincuencia Organizada*, G. O. (5789e), 26/10/2005, prevê, resumidamente, que a infiltração se dará por meio de policiais pertencentes às unidades especializadas, após a solicitação do Ministério Público e autorização judicial. O policial terá sua verdadeira identidade ocultada; e não comparecerá a juízo para testemunhar, sendo substituído pelo Diretor do Serviço de Operação Encobertas do Ministério Público, coordenador das ações do agente infiltrado. Por fim, aquele que revelar o domicílio ou a identidade do policial infiltrado e de seus familiares será apenado com prisão de seis a oito anos. Caso seja policial ou funcionário público, a pena aumenta para quinze a vinte anos.

Na Argentina (*Ley* nº 24.424, 02/01/95), nenhum agente está obrigado a se infiltrar. Além da previsão de infiltração em delitos previamente definidos, os agentes designados estão autorizados a realizar tais condutas típicas, devendo o magistrado consignar a identidade falsa com

que o agente atuará no caso. O infiltrado também deverá informar de imediato ao juiz todos os dados obtidos ao longo da investigação.

Apenas no caso de absoluta imprescindibilidade, o infiltrado testemunhará em juízo, podendo, diante da revelação de sua real identidade, optar pela aposentadoria, qualquer que seja o tempo de servido prestado. Ademais, poderá contar com medidas especiais de proteção, que incluem a substituição de identidade e mudança domicílio, tudo a cargo do Ministério da Justiça.

Já o Brasil, por seu turno, diversamente de outros países, por meio de legislações débeis, optou em inserir em seu ordenamento jurídico um meio para obtenção de prova que não estabelece regras para atuação das partes envolvidas, restringindo-se a prever em um único artigo (inciso e parágrafo único) toda a regulamentação dessa medida invasiva!

Assim, em face das inúmeras lacunas originadas pelo “poder de síntese do legislador pátrio”, da ausência de regras que orientem a atuação do policial (antes, durante e após a missão), há que se considera a infiltração uma medida de difícil aplicação. As seqüelas para o AI (peça mais frágil do tabuleiro) serão inevitáveis.

PROPOSTAS LEGISLATIVAS

Inspirado na legislação estrangeira, o Congresso Nacional busca minimizar o vácuo deixado por normas relativas à matéria de combate ao crime organizado.

Apesar dos avanços, verifica-se que as propostas apresentadas não caminham em compasso com os anseios da sociedade, tampouco dos policiais. Aquela que ousou a disciplinar a infiltração olvidou-se de sua fase posterior, fase de oitivas em juízo e de retorno do policial à sua rotina de trabalho ou de dispensa do serviço (aposentadoria especial).

Desde 2006 tramita no Senado Federal um projeto de lei da lavra da Senadora da República Serys Slhessarenko (PLS nº 150/06).

De um lado, o projeto propõe a tipificação do que seria crime organizado, de outro, não hesita em suprimir a infiltração policial, por entender que a medida viola o patamar ético-legal do Estado Democrático de Direito.

Porém, em face da necessária reformulação da legislação vigente, posto ser “pífia” e “ridícula” (TORRES, 2007), e de manifestações pela manutenção da medida, o projeto de lei em tela manteve a frágil redação da atual legislação em relação à infiltração.

Em outro giro, outro projeto de lei (PLS nº 082/2007), proposto pelo Senador da República Magno Malta, sugere a criação de uma nova sistematização para o enfrentamento do crime organizado, dotando o Estado de instrumentos mais eficientes na busca e coleta de prova, bem como de sua (re)produção em juízo.

De forma inequívoca, o projeto em tela enfrenta o tema “infiltração policial”.

Inicialmente, em compasso com o entendimento da doutrina, o projeto afasta o agente de inteligência da infiltração policial.

Em outro momento, nos moldes das legislações estrangeiras, mormente a espanhola (inspiradoras do autor do projeto), a proposta aborda pontualmente a autorização judicial e manifestação do Ministério Público (art. 13, caput); a indispensabilidade da medida (art. 13, § 1º); o tempo de duração, bem como de suas renovações (art. 13, § 2º); o relatório a ser elaborado pelo infiltrado (art. 13, § 3º e § 4º); a necessidade e alcance (art. 14); o sigilo (art. 15); a proporcionalidade das ações do AI (art. 16); a voluntariedade (art. 17, I); o uso identidade alterada (art. 17, II); a preservação da identidade (art. 17, III e IV); e o crime de quebra de sigilo (art. 18).

Como visto, trata-se de inegável avanço. Questões fulcrais que permeavam o tema, mas que eram relegadas, passaram a ser contempladas na proposta.

O período da medida, o uso de documentos falsos e a voluntariedade do policial passam a ter contornos definitivos.

Nos moldes da Lei 9.296/96, a infiltração, na medida em que invade a intimidade dos membros de grupos investigados, está prevista como técnica indispensável e necessária para coleta de provas quando já tiverem sido superados todos os meios convencionais. Em suma, após o esgotamento dos meios operacionais disponíveis, o Estado está apto a lançar mão da infiltração como medida extrema e derradeira.

De toda sorte, o projeto merece ajustes. Outros temas de igual importância não foram abordados.

A proposta não tratou de pontos que envolvem o policial após a infiltração. Ao que parece, não ficou clara em que circunstância e condições serão realizadas a oitiva (em juízo) do AI após o desbaratamento do grupo alvo (com a revelação da identidade real ou a manutenção da identidade fictícia?).

Por fim, não arrisca uma linha sequer sobre a proteção do policial e sua família após a operação, tampouco prevê a possibilidade de uma aposentadoria especial ou mesmo de utilização de outras identidades com o fim da missão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a crescente expansão da criminalidade organizada, o desenfreado aumento em seu poderio econômico, e de seu poder de corromper e intimidar pessoas (de criar e de determinar verdadeira “lei do silêncio”), a sociedade clama por soluções.

Diante dessa nova criminalidade, apenas as operações encobertas serão capazes de garantir o sucesso da repressão. O grau de complexidade se dá em face da sensibilidade dos membros do grupo investigado (agentes públicos e políticos), do histórico de violência da organização,

do grau de envolvimento (proximidade) que o policial terá com os investigados, enfim, das circunstâncias que colocarem o policial, o órgão ou a investigação diante de risco maior.

O poder de intimidação e o uso da violência (característicos desses grupos) impõem que essas operações sejam desempenhadas por pessoas altamente qualificadas, capazes de estar dissimuladamente em contato direto com os criminosos, de expor as atividades criminosas, bem como de ratificar, em juízo, as provas colhidas ao longo da investigação.

Nesse contexto, a infiltração policial trata-se de instrumento efetivo na obtenção de informações acerca da organização criminosa (membros, estrutura, modus operandi, e vínculos (ramificações)), dos locais onde se desenvolve o ilícito, enfim, de todas aquelas que permitirão a exposição das condutas típicas latentes.

Para tanto, o policial, a ser infiltrado, deve ser cuidadosamente selecionado e devidamente treinado no uso de diversas técnicas operacionais, sendo capaz de atuar com limitada assistência do órgão policial e de seus colegas, e, portanto, deve ser maduro em suas decisões e extremamente qualificado, estando apto a lidar com o estresse e exigências colocadas sobre ele.

A escolha equivocada de um policial pode levar a péssimos resultados na investigação, e, finalmente, à diminuição da credibilidade do órgão policial.

Com efeito, a infiltração de policiais não se trata de uma modalidade investigativa rotineira a ser aplicada em qualquer caso ou qualquer situação. Ao contrário, deve ser encarada como uma ferramenta de investigação excepcional, derradeira e definitiva, e de imensurável valor probatório.

Ocorre, porém, que, apesar de seu enorme potencial para a produção de provas contra a criminalidade organizada, a infiltração policial não teve a atenção merecida do legislador pátrio.

Embora seja uma possibilidade real de repressão qualificada por parte do Estado (Polícia e Ministério Público), com a obtenção de provas que dificilmente seriam obtidas de outra forma (medidas convencionais), a infiltração policial no Brasil se encontra fulcrada em uma legislação frágil, elaborada sob a legislação do pânico (sem os cuidados devidos).

A Lei 10.217/2001, que deu azo à infiltração policial em nosso ordenamento jurídico, olvidou-se de defini-la, conceituá-la, bem como não elencou procedimentos mínimos que norteassem as ações dos atores envolvidos, seja antes, durante ou após a medida. Ademais, deixou a cargo do juiz, caso a caso (em momento concomitante ou posterior ao fato), superar tais lacunas, em verdadeiro retorno ao sistema inquisitorial.

Nesse passo, as celeumas jurídicas e éticas que orbitam o tema estão a gerar uma insegurança jurídica imensurável. A nosso ver, a discussão não deve se limitar à busca pela mínima invasão na intimidade dos investigados. Devemos necessariamente nos voltar para as angústias do AI e para todas as conseqüências e riscos que infiltração naturalmente carrega.

Cabe não olvidar que o policial destinado à implementação dessa técnica operacional expõe sua vida diuturnamente a risco incalculável, vez que passa a conviver em meio à criminalidade, a fazer parte de um grupo criminoso, portando-se como membro efetivo deste (inclusive cometendo crimes).

Para tanto, medidas que visem à segurança do policial merecem especial atenção. Nova identidade, proteção para família, liberdade para não participar da operação de infiltração, procedimentos inovadores no momento de testemunhar em juízo, regras para o momento posterior da operação policial, prazo de duração da medida, regras em caso de cometimento de crimes, são questões que carecem de amparo legal.

Vê-se, pois, que a infiltração policial exige um mínimo aparato material, iniciando pela criação de divisões especializadas e capacitação de policiais nessa moderna técnica de investigação. A falta de profissio-

nalismo e de uma estrutura de apoio ao policial (antes, durante e após a infiltração) traduz-se em um cenário perfeito para possíveis abusos, precariedade das provas produzidas e abandono do policial pelo Estado.

Essa importante medida de controle da criminalidade, capaz de dismantelar grupos criminosos destinados a dilapidar diuturnamente os cofres públicos, não pode ser tratada com desdém. Urge que venham à luz novas regras que permitam sua utilização em toda sua magnitude.

A mera aclamação pela razoabilidade ou proporcionalidade, na medida em que o interesse social prepondera, esvaziase diante das lacunas (insuperáveis) geradas por uma norma débil, incapaz de prever procedimentos para implementação da medida. Uma norma que não estabelece previamente as “regras do jogo”, olvidando-se do policial, e que permite a ingerência total do magistrado na disciplina de um instrumento invasivo não merece prosperar.

Assim, diante da criminalidade crescente (moderna e complexa), dos princípios constitucionais que estão a colidir, e do manifesto desamparo ao policial, cabe ao Congresso Nacional, com a serenidade devida, elaborar, em um ambiente harmônico, normas capazes de sepultar aquelas que insistem em desequilibrar o ordenamento jurídico vigente.

Não se pode olvidar que apenas a transparência e a exatidão das normas terão o condão de legitimar as ações do Estado, seja em relação ao investigado, seja em relação ao policial.

Portanto, a discussão em torno da infiltração policial no Brasil não pode se restringir à defesa dos direitos dos investigados. Para que sua implementação seja possível, real e legítima, há que se iluminar com força solar os direitos e garantias fundamentais dos abnegados policiais, os quais deverão contar com um mínimo respaldo jurídico e material para cumprirem suas missões, independentemente dos mais diversos entendimentos que habitam a (in)consciência dos magistrados, na certeza que o esforço e risco assumidos não serão em vão. Afinal, o jogo tem que ser jogado! ✍

CARLOS ROBERTO MARIATH

Agente de Polícia Federal. Professor de Investigação Policial da Academia Nacional de Polícia. Coordenador de Elaboração e Consolidação de Atos Normativos do Departamento Penitenciário Nacional/MJ. Especialista em Ciências Criminais - Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Especialista em Execução de Políticas de Segurança Pública - Academia Nacional de Polícia - ANP.

E-mail: mariath.crm@dpf.gov.br

ABSTRACT

The article analyzes the infiltration, operational technique for obtaining data, from the viewpoint of the police officer that, to enter (a part of) a criminal organization, acts as criminal was. Addressing first the emergence of this new type of crime and special investigation techniques, the paper aims to explain the legal uncertainty surrounding the police officer because the fatherland law does not regulate this issue unequivocally, forgotten are issues essences that relate to the role of the police officer before, during and after implementation of the measure. Moreover, the study outlines in detail the features that characterize the infiltration, undoing a mess that makes this applicant in relation to the cover-story. Accordingly, the test shows that, even before the enforcement action by the State, the development of valid standards, "rules of the game", is a sine qua non condition for building a Democratic State of Law, because the search for evidence does not give at any cost. If on one hand are the rights of the researcher, the other, are the rights and guarantees of the police officer.

KEYWORDS: Infiltration. Organized Crime. Undercover Operation. Individual Rights and Guarantees. Undercover Agent.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. *Ley Orgánica 5*, de 02 de enero de 1995. Disponível em: <<http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/showAct.php?id=6282&word=>>>. Acesso em: 10 jun. 2008.
- BASTOS, João José Caldeira. *Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira: visão teórico-dogmática e crítico-metodológica*. Jus

- Navigandi, 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10130>>. Acesso em: 08 ago. 2008.
- BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. A Infiltração de Policiais no Direito Espanhol. *Direito e Sociedade*. V. 3, N. 1, 2004, p. 17 – 41.
- BRASIL. *Lei nº 9.034*, de 03 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>. Acesso em: 08 jun. 2008.
- _____. *Decreto nº 5.015*, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 08 jun. 2008.
- _____. *Decreto nº 5.687*, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 08 jun. 2008.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. V.1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIPP, Gilson. *Palestra proferida na Academia de Polícia Federal*. Brasília/DF, 2008a.
- _____. *33ª Reunião Ordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania*. Senado Federal, 2008 b. Disponível em: <<http://webthes.senado.gov.br/sil/Comissoes/Permanentes/CCJ/Notas/20080813RO033.rtf>>. Acesso em: 08 jun. 2008.
- EDWARDS, Carlos Enrique. *El Arrepentido, El Agente Encubierto Y La Entrega Vigilada: Modificación a la Ley de Estupefacientes. Análisis de la Ley 24.424*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.
- ESPAÑA. *Ley Orgánica 5*, de 13 de enero de 1999. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-1999.html>. Acesso em: 15 jun. 2008.
- FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION HOMEPAGE. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/hq/cid/orgcrime/glossary.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1997.
- FRANCO, Alberto Silva. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7 ed. São Paulo: RT, 2002.
- GONÇALVES, Manoel João Alves Fernando; VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. O novo regime jurídico do agente infiltrado. Coimbra: Almedina, 2001. In: PACHECO, Rafael. *Crime organizado: medidas de controle e infiltração*. Curitiba: Juruá, 2007.
- JESUS, Damásio E. de. *Particular pode atuar como agente infiltrado?* Jus Navigandi, 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3215>>. Acesso em: 02 jul. 2008.
- JESUS, Damásio E. de; BECHARA, Fábio Ramazzini. *Agente infiltrado: reflexos penais e processuais*. Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7360>>. Acesso em: 18 ago. 2008.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Penal e sua conformidade constitucional*. V.1. São Paulo: Lumen Júris, 2007.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007a.
- _____. *Agentes Infiltrados: Ley de Enjuiciamiento Criminal Española*. Última Instância, 2007b. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=40534&kw=infiltrar%E7%E3o> Acesso em: 16 abr. 2008.
- _____. *Agentes Infiltrados e reforma*. Última Instância, 2008. Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=50092>. Acesso em: 16 abr. 2008.
- MOLINA PÉREZ, M.T.. *Algunos Aspectos Procesales de la Investigación por Narcotráfico*. Madrid, 2000. Facultad de Derecho - Universidad Complutense de Madrid.
- MONTÓN GARCIA, Maria Lidón. *Agente provocador y agente encubierto*:

- ordenemos conceptos. In: BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. *A Infiltração de Policiais no Direito Espanhol. Direito e Sociedade*. V. 3, N. 1, 2004, p. 17 – 41.
- PACHECO, Rafael. *Crime organizado: medidas de controle e infiltração*. Curitiba: Juruá, 2007.
- PINTO, Soraya Moradillo. *Infiltração policial nas organizações criminosas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.
- ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. *Agente infiltrado: inovação da Lei 10.217/2001*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. V. 1, nº 1, 2001, p. 141 - 166.
- SPIEGELBERG, José Luís Seoane. *Aspectos procesales del delito de tráfico de drogas*. Actualidad Penal. F. 1, 1996, p. 341-370. In: JESUS, Damásio E. de. *Particular pode atuar como agente infiltrado?* Jus Navigandi, 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3215>>. Acesso em: 02 jul. 2008.
- TORRES, Demóstenes. *6ª Reunião Ordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania*. Senado Federal, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2007/12/24122007/suplemento/00531.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2008.
- UNITED NATIONS. *United nations handbook on practical anti-corruption. Measures for prosecutors and investigators*. Vienna, September 2004. Disponível em: <<http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/Handbook.pdf>>. Acesso em: 01 jul.2008.
- VENEZUELA. *Ley Orgánica Contra La Delincuencia Organizada*, de 26 de octubre de 2005. Disponível em: <<https://www.cajavenezolana.com/cvplus/Legi/Ley%20Org%C3%A1nica%20Contra%20la%20Delincuencia%20Organizada.doc>>. Acesso em: 25 jun. 2008.