

Infiltração Policial: posição contrária

Leonardo Sica

Antes de falar sobre infiltração policial na lei nº 12.850/13, é necessário retomar a crítica sobre a construção – ou tentativa de construção – do conceito legal de organização criminosa.

Não à toa, Zaffaroni, Ministro da Suprema Corte da Argentina e maior referência contemporânea do direito penal e criminologia na América Latina, considera “organização criminosa” uma *categoria frustrada*. Frustrada, pois, as pressões políticas pela construção de um conceito legal que (i) se aplique a um número incerto de fenômenos e realidades distintas e (ii) se associe ao estereótipo mafioso, vem resultando em leis inócuas e autoritárias. Leis cuja promulgação é seguida de um desconforto geral: teóricos e práticos logo constatam que as sucessivas tentativas de enquadramento legal da ideia de “organização criminosa” produzem leis que não funcionam. Ainda com Zaffaroni: “o desconcerto dos criminólogos não é gratuito: eles têm de encontrar uma categoria que satisfaça os políticos, a polícia e, sobretudo, a imprensa e, em certa medida, os autores de ficção” (Crime organizado: uma categorização frustrada. *In* “Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade”. Ano 1, número 1. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1996, p. 45-67).

Nesse aspecto, é sintomático que a nova lei surja para revogar a ainda nova lei anterior, Lei nº 9.034/95, e retome a tentativa de disciplinar dispositivos já espalhados por outras leis especiais, também ainda novas, a saber: leis nº 10.409/02 e 11.343/06 (que cuidaram da infiltração de agentes no campo da repressão às drogas), lei nº 9.613/98 (cujo revogado art. 1º, VII falava de lavagem de dinheiro praticado por organização criminosa), lei nº 9.807/99 (delação premiada), além da lei nº 12.694/12, ainda em vigor e que também fixa um (outro) conceito de organização criminosa...

Essa visão serve para entender porque a aplicação da lei nº 12.850/13 deverá ser problemática e antecipar porque seus resultados práticos provavelmente serão nulos. Nos limites desse texto, é possível afirmar que, antes de tudo, trata-se de lei desnecessária. Há outros e variados dispositivos na lei penal e processual penal que dariam conta de regular o “combate ao crime organizado”.

A infiltração policial estava prevista na redação original da agora revogada lei nº 9.034/95. O dispositivo foi vetado pela presidência da República em razão da ausência de controle jurisdicional: na lei anterior a infiltração prescindia de autorização judicial. Agora, conforme o art. 10 da nova lei, a infiltração requer autorização e acompanhamento judicial.

Certamente, muitos profissionais e teóricos do direito, especialmente delegados de polícia e promotores de justiça, irão considerar um avanço a presença do Juiz no procedimento de infiltração policial. Em tese e num olhar acrítico, é o que parece: no Estado de Direito o reforço do papel dos juízes é sempre positivo. Por outro lado, a ampliação dos poderes instrutórios do juiz é nociva ao devido processo legal e acentua características do modelo inquisitório de processo penal.

O magistrado e processualista Geraldo Prado já relacionava a quebra do sistema acusatório com a lei anterior de crime organizado: “fora instituídas, para isso, novas atribuições do juiz. Acentuávamos, já naquele momento, que a busca de provas da autoria e da existência da infração penal, pelo juiz, por mais grave que possa parecer o delito, compromete a imparcialidade daquele que vai decidir” (Sistema acusatório. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 233).

As disposições do art. 10 e seguintes da lei envolvem o juiz ativamente com a infiltração policial, tornando humanamente impossível que, adiante, a causa seja julgada com a imparcialidade e equidistância almejadas, seja em termos de recebimento da denúncia ou de sentença de mérito, o juiz que participar da ação controlada ou da infiltração policial não conseguirá se desvincular de sua própria atuação inquisitória. A experiência cotidiana com interceptações telefônicas e outras quebras de sigilo demonstra a vinculação racional e emocional do juiz com suas próprias decisões, que, evidentemente, só poderão ser legitimadas mediante resultado “positivo”, qual seja: a confirmação de que as provas buscadas apontavam pela existência do crime e sua autoria.

Há outros problemas que, aqui, serão apenas suscitados: o art. 10, § 2º prevê que a infiltração será admitida “se a prova não puder ser produzida por outros meios”. Existe regra idêntica na lei de interceptações telefônicas e, como é sabido, os “grampos” se espalharam pela prática judiciária sem qualquer restrição imposta pela verificação prévia da sua imprescindibilidade como meio de prova. Essa constatação permite vislumbrar um perigoso abuso de infiltrações policiais. Já o

art. 13 “limita” a atuação do infiltrado à “proporcionalidade com a finalidade da investigação”, enquanto seu parágrafo único garante a impunidade de crimes praticados pelo infiltrado quando “inexigível conduta diversa”. Quais os critérios para medir se o infiltrado está agindo proporcionalmente ou avaliar se ele não poderia ter agido de outra maneira numa situação concreta absolutamente obscura? Não está a se dizer que a lei deveria fixar critérios. Pelo contrário, limitar a atuação do infiltrado a tais critérios parece totalmente inócuo. Diante da enorme propaganda política em relação ao “combate ao crime organizado”, a conduta do infiltrado será sempre proporcional a tão nobre fim...

Também há aparente falta de estrutura de nossas polícias. Numa das primeiras manifestações sobre a infiltração policial na nova lei, o delegado de polícia Francisco Sannini Neto afirmou que “a viabilidade desse procedimento é muito questionável em virtude da falta de policiais aptos para a sua realização”. (<http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2013/08/14/nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-1285013-primeiros-comentarios/>. Acesso em 25.08.13).

O que se vê é a repetição de equívocos reconhecidos e testados em leis anteriores (excepcionar o uso do meio com regras de imprescindibilidade ou proporcionalidade) e de outro equívoco maior: legislar ignorando os dados de operatividade real do sistema de justiça.

Por fim, resta sublinhar talvez o aspecto mais problemático de tais dispositivos legais de emergência (delação premiada, infiltração policial, etc.): sob o pretexto de uma “faxina ética”, estamos recorrendo a regras de conteúdo ético, no mínimo, questionável. É inegável que “a impunidade de agentes encobertos e dos chamados ‘arrepentidos’ constitui uma séria lesão à eticidade do estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do estado de direito: o estado não pode se valer de meios imorais para evitar a impunidade. Não se deve confundir a ação estatal tendente a descobrir e condenar um culpado, com a que este deve empregar para salvar uma vida humana (Zaffaroni, idem, p. 59). A atividade policial se desenvolve em zonas limítrofes entre legal/ilegal, moral/imoral e pressiona constantemente as barreiras do Estado de Direito.

A ação policial é um ponto crítico no cotidiano das sociedades livres: tanto a democracia depende decisivamente da força policial, quanto sua função é anômala em sistemas de governo onde autoridade e força devam ser relutantemente

concedidos e bem controlados: o vigor da democracia e a qualidade de vida dos cidadãos estão determinados em larga escala pelo (bom) cumprimento da função policial (H. Goldstein). A tensão *Estado de Direito X Estado de Polícia* é natural e constante no desenvolvimento das nações modernas. O sistema de justiça e o direito funcionam como diques de contenção contra a pressão excessiva do segundo sobre o primeiro. A introdução da infiltração policial na legislação, salvo melhor juízo, me parece um avanço indevido dessa pressão.

As demandas por maior controle da criminalidade “organizada”, pela identificação e denúncia de ilegalismos privilegiados e pela diminuição da violência nas ruas, são autênticas e necessárias. Porém, estamos assistindo a utilização dessas demandas como pretextos para ações policiais excessivas, desnecessárias, autorizadas por juízes e pouco efetivas no enfrentamento real daqueles problemas.