

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA – FDV
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

JARDEL SABINO DE DEUS

**ELEMENTOS DE PROVAS NO PROCESSO PENAL E
COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: POR UMA LEITURA
CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA TENDÊNCIA DE
RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS.**

VITÓRIA
2010

JARDEL SABINO DE DEUS

**ELEMENTOS DE PROVAS NO PROCESSO PENAL E
COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: POR UMA LEITURA
CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA TENDÊNCIA DE
RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória - FDV, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra.

VITÓRIA
2010

JARDEL SABINO DE DEUS

**ELEMENTOS DE PROVAS NO PROCESSO PENAL E
COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: POR UMA LEITURA
CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA TENDÊNCIA DE
RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória - FDV, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 26 de julho de 2010.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória - FDV
Orientador

Prof. Dr. Dauray Cesar Fabríz
Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Prof. Dr. Leonardo Martins
Universidade Federal do Rio Grande
do Norte - UFRN

À memória de meu pai, José Maria de Deus,
por tudo que representa para mim; à minha
querida mãe Maria Luisa e ao meu irmão
Jader, por todo apoio, luta e amor, que só
se encontra no seio da Família. À minha
amada esposa Ana Paula, pelo amor,
amizade e cumplicidade de todos os dias e
ao nosso pequeno reizinho Arthur, que já
está por vir.

AGRADECIMENTOS

Certamente são muitos os agradecimentos. À família, aos amigos e colegas, aos meus professores e colegas trabalhadores da FDV, enfim, para a construção do presente trabalho contei muito com a ajuda, incentivo e paciência de toda essa boa gente.

Mas, antes de quaisquer outros agradecimentos, devo necessariamente agradecer ao meu Poderoso e Único Deus, pois, sem o seu favor, nada, absolutamente nada aconteceria. Agradeço a Ele por sua infinita misericórdia e por seus sonhos para minha vida serem sempre infinitamente maiores do que os meus próprios sonhos. Agradeço a Deus por estar certo de que Ele sempre esteve ao meu lado, sendo o meu Alfa e meu Ômega (ap: 1:8), sendo a Rosa de Sarom que perfuma meu dia-a-dia (cant: 2:1), sendo a resplandecente estrela da manhã a iluminar meus passos (ap: 22:16), sendo o meu Deus, o qual me deu a graça de tê-lo até mesmo em meu nome desde antes mesmo do meu nascimento e por toda a eternidade.

Devo também agradecer a Deus por permitir que hoje eu agradeça à minha amada esposa Ana Paula, pelo amor, cumplicidade, paciência, incentivo, amizade e até mesmo pelos vários puxões de orelha ao longo de todo o processo de minha formação, desde minha graduação, quando éramos apenas bons amigos, até o mestrado, bem como por ter sido verdadeira co-autora do presente trabalho quando das várias revisões de texto e normas.

Agradeço também a toda minha família. Minha mãe Maria Luisa, por ser sempre guerreira e ter sempre lutado dia após dia para que eu pudesse chegar até aqui. Ao meu irmão Jader, por mesmo sem saber, ser grande inspiração para que eu possa querer sempre ir mais além. Às minhas tias e tios Maura, Marlene, Leia, Marcos e Guto, por sempre me incentivarem a buscar mais e, especialmente à minha tia Marli (tia Lili), por ter sido nada mais nada menos que minha segunda mãe e por ter fundamental participação na minha formação como ser humano.

Ao Professor Doutor Antônio José Ferreira Abikair, exemplo de gestor, idealizador e realizador de uma verdadeira construção de um ensino jurídico de qualidade e excelência. Por ser figura ímpar de trato sério, mas de extrema amabilidade e generosidade de coração para com aqueles que merecem. Agradeço a ele por ter-me, desde a graduação, oportunizado-me estudar em uma instituição séria e comprometida com a qualidade do ensino jurídico, bem como de poder concluir meu mestrado em um programa único, como é o Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV.

Ainda na FDV, agradeço à professora Elda Coelho Bussing de Azevedo pelos conselhos, incentivos, amizade e orientação para a vida pessoal e acadêmica. Agradeço também a todos os amigos da Biblioteca Professor Renato Pacheco, na pessoa de sua bibliotecária e minha amiga Altiva Correa da Silva, exemplo de profissional, de competência e ética em tudo aquilo que faz, especialmente na gestão do coração de toda instituição de ensino (a biblioteca) que encara o ensino com compromisso e seriedade.

Agradeço à Coordenação do programa na pessoa do Professor Doutor Daury Cesar Fabrizz, figura ímpar que deveras contribuiu na lapidação deste trabalho. Ao Professor Doutor Aloísio Krohling que com sua delicadeza, simplicidade e elevadíssima sabedoria soube-me tranquilizar e, ao mesmo tempo orientar, significativamente para o aprimoramento deste trabalho quando da banca de qualificação. Agradeço também a Juliana pela paciência, atenção e dedicação sempre dispensada.

Grato também sou aos colegas de trabalho do TJES, por suportarem minhas angústias e ansiedades durante este período e ao nobre Desembargador Ronaldo Gonçalves de Sousa, por ser exemplo de magistrado que busca fazer a verdadeira justiça, bem como por me permitir compartilhar de toda sua experiência, seja ela profissional ou de vida, sempre se pautando por alguns dos bens mais valiosos que um homem deve ter: a hombridade, a honestidade, a ética, o bom humor e o saber agradecer a Deus todos os dias pelas bênçãos concedidas.

Agradeço ainda ao meu orientador, Professor Doutor Adriano Sant'Ana Pedra, por ter sido sempre atencioso e paciente com minhas imperfeições, por sempre ter traçados as linhas fundamentais que eu deveria seguir para a confecção deste trabalho, por ser a personificação do que realmente deve representar a figura do orientador para seu orientando.

Aos meus alunos, que sempre me instigam a constantemente me atualizar e me aperfeiçoar na certeza de que sempre merecem muito mais do pouco que tenho a compartilhar.

Muito obrigado a todos.

*Meu coração está aos pulos! Quantas vezes minha
esperança será posta à prova? Por quantas provas terá
ela que passar?*

*Tudo isso que está aí no ar, malas, cuecas que voam
entupidas de dinheiro, do meu dinheiro, que reservo
duramente para educar os meninos mais pobres que eu,
para cuidar gratuitamente da saúde deles e dos seus
pais, esse dinheiro viaja na bagagem da impunidade e
eu não posso mais.*

*Quantas vezes, meu amigo, meu rapaz, minha confiança
vai ser posta à prova? Quantas vezes minha esperança
vai esperar no cais?*

*É certo que tempos difíceis existem para aperfeiçoar o
aprendiz, mas não é certo que a mentira dos maus
brasileiros venha quebrar o nosso nariz.*

[...]

*Pois bem, se mexeram comigo, com a velha e fiel fé do
meu povo sofrido, então agora eu vou sacanear: mais
honesto ainda vou ficar. Só de sacanagem! Dirão: "Deixa
de ser boba, desde Cabral que aqui todo o mundo rouba"
e eu vou dizer: Não importa, será esse o meu carnaval,
vou confiar mais e outra vez.*

*Eu, meu irmão, meu filho e meus amigos, vamos pagar
limpo a quem a gente deve e receber limpo do nosso
freguês. Com o tempo a gente consegue ser livre, ético e
o escambau. Dirão: "É inútil, todo o mundo aqui é
corrupto, desde o primeiro homem que veio de Portugal".*

*Eu direi: Não admito, minha esperança é imortal. Eu
repito, ouviram? IMORTAL!*

*Sei que não dá para mudar o começo, mas, se a gente
quiser, vai dá para mudar o final!*

"Só de sacanagem" – Elisa Lucinda

*Não há uma presunção geral que estabeleça nem que o
homem é, sempre e sob todas as perspectivas, livre,
nem que ele nunca e sob nenhuma perspectiva o é. O
conhecimento da experiência diz-nos que o homem é
simultaneamente livre e não livre, uma vez livre, outras
vezes menos. O problema está então em saber quando
e onde se deve realmente postular pela falta de
liberdade.*

Arthur Kaufmann

*[...] lo que se pretende denunciar con el concepto de
delincuente de cuello blanco es algo más grave. Es la
particular transcendencia social de los crímenes de los
poderosos, em comparación con la criminalidad
convencional, y la irritante impunidade de que, sin
embargo, suelen disfrutar em nuestro tiempo.*

Antonio García-Pablos de Molina

RESUMO

O fenômeno conhecido como crime organizado já há algum tempo causa considerável inquietação na população, desafiando os Estados nacionais e, suscitando, no que concerne ao Direito e Processo Penal, bem como aos direitos e garantias fundamentais, profundas e novas questões de difícil solução. As diversas formas de atuação das organizações criminosas, em muitas vezes carregadas de violência, sagacidade e sofisticação tecnológica, se, por um lado, levanta a necessidade de respostas estatais ríspidas, doutro conclama o equilíbrio e a ponderação por parte do legislador no plano de formação das leis e do aplicador quando do momento de sua aplicação à infinidade de casos concretos, de forma que os direitos e garantias fundamentais individuais não tenham seus limites transpostos de maneira arbitrária. Tais querelas contrapostas se mostram por vezes mais visíveis na disciplina das provas como meio de combate ao crime organizado, seja pelo fato de tais associações incluírem em suas atividades a “cultura da supressão das provas”, eliminando testemunhas, restringindo conversações telefônicas, destruindo os mais variados documentos etc., pelo que se mostra essencial que as instituições estatais competentes disponham de mecanismos ainda mais eficazes de obtenção das provas, seja pelo fato dessa necessária eficácia/eficiência em muitos casos se choca com valores de proteção ao indivíduo, a pessoa, constitucionalmente proclamados. Assim, tem o presente estudo o escopo de analisar em que medida pode o Estado, por meio de suas instituições investigativas e judiciais, atuar de maneira a relativizar direitos e garantias fundamentais como forma de maior efetividade da Lei Penal e Processual Penal, especialmente no que se refere a alguns meios “inteligentes” de obtenção de provas, no combate às organizações criminosas no Brasil. Verifica-se a pertinência do presente estudo diante do fato de dia-a-dia se observar o vertiginoso crescimento das atividades desenvolvidas pelo crime organizado e o conflito entre os direitos e garantias fundamentais daqueles sujeitos investigados e processados por suas práticas e os também direitos fundamentais da sociedade de ter segurança, educação, saneamento, saúde etc., direitos estes que, a médio e longo prazo, sofrem as consequências da atuação do crime organizado. Nesse diapasão, diante do fato de

que os atuais meios de obtenção de provas no processo penal brasileiro já não se mostram como suficientes para uma efetiva persecução criminal e sua consequente produção de provas com vistas, à efetividade da aplicação da lei penal, analisa-se as possibilidades constitucionais de relativização de direitos e garantias fundamentais dos altos membros do crime organizado como forma de promoção da justiça penal calcada no respeito ao núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais dos referidos sujeitos. Apesar de o sistema de investigação criminal no combate ao crime organizado prever alguns instrumentos “inteligentes” de investigação, os mesmos não têm sido utilizados a contento, uma vez que, supostamente, seriam instrumentos que ferem direitos e garantias fundamentais dos sujeitos investigados e processados. Nesse ínterim, o presente trabalho se propõe inicialmente a localizar a imperiosa necessidade de se definir o que vem a ser crime organizado, formulando, para tanto, uma detalhada localização de suas várias atuações pelos diversos países do mundo e pelo Brasil, com o fito de se demonstrar a real tendência do combate às organizações criminosas, por meio de medidas restritivas de direitos e garantias fundamentais, bem como a necessidade de que tais medidas sejam implementadas, seja pelo legislador, seja pelo aplicador da norma no caso concreto, de maneira a sempre assegurar o núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais dos investigados e processados por meio de uma análise de proporcionalidade que deverá sempre ser feita em cada caso concreto. Assim, vê-se a necessidade de se encontra um ponto de equilíbrio e neutralidade entre tais direitos, não podendo um ou mais direitos fundamentais se mostrarem como óbices a efetivação e plena concretização de outros, ou seja, não se deve combater a criminalidade organizada sem qualquer cautela, no que tange à preservação dos direitos e garantias individuais que, a duras penas foram conquistados ao longo da história da humanidade. Em face de todo o exposto, a pesquisa se desenvolve por meio de uma metodologia crítico-metodológica, apontando positivamente a possibilidade da relativização de direitos e garantias fundamentais dos sujeitos investigados e processados por envolvimento com o crime organizado, desde que sempre seja preservado o núcleo essencial de direitos fundamentais, propiciando-se, com isso, uma maior conformação entre as tendências restritivas de expansão do direito penal e processual penal como forma de busca pela maior efetividade na aplicação da lei penal com os direitos e garantias

fundamentais fincados na Carta Política de 1988 como base de todo direito e fundamento da democracia brasileira.

Palavras Chave: Crime organizado. Direitos fundamentais. Eficiência penal.

RESUMEN

El fenómeno conocido como crimen organizado ya hace algún tiempo causa considerable inquietación en la población, desafiando los Estados nacionales y, suscitando, en que concierne al Derecho y Proceso Penal, bien como a los derechos y garantías fundamentales, profundas y nuevas cuestiones de difícil solución. Las diversas formas de actuación de las organizaciones criminosas, muchas veces cargadas de violencias, sagacidad y sofisticación tecnológica, si, por un lado, levanta la necesidad de respuestas estatales duras, por otro llama el equilibrio y la ponderación por parte del legislador en el plan de formación de las leyes y del aplicador cuando en el momento de su aplicación a la infinidad de casos concretos, de forma que los derechos y garantías fundamentales individuales no tengan sus límites transpuestos de manera arbitraria. Tales querellas si muestran por veces mas visibles en la disciplina de las pruebas como medio de combate al crimen organizado, sea por el hecho de tales asociaciones incluyeren en sus actividades la “cultura de la supresión de las pruebas”, eliminando testigos, restringiendo conversaciones telefónicas, destruyendo los más variados documentos, etc., por lo cual si muestra esencial que las instituciones estatales competentes dispongan de mecanismos aún más eficaces de obtención de pruebas, sea por el hecho de esa necesaria eficacia/eficiencia en muchos casos si chocar con valores de protección al individuo, a la persona, constitucionalmente proclamados. Así, tiene el presente estudio el escopo de analizar en que medida puede el Estado, por medio de sus instituciones investigativas y judiciales, actuar de manera a relativizar derechos y garantías fundamentales como forma de más efectividad de la Ley Penal y Procesal Penal, especialmente en lo que si refiere a algunos medios “inteligentes” de obtención de pruebas, en el combate a las organizaciones criminosas en Brasil. Si verifica la pertinencia del presente estudio delante el hecho del día-día si observar el vertiginoso crecimiento de las actividades desarrolladas por el crimen organizado y el conflicto entre los derechos y garantías fundamentales de aquellos sujetos investigados y procesados por sus prácticas y los también derechos fundamentales de la sociedad de tener seguridad, educación, saneamiento, salud, etc., derechos estos que, a medio y largo plazo, sufren las consecuencias de la actuación del

crimen organizado. En ese diapasón, delante el facto de que los actuales medios de obtención de pruebas en el proceso penal brasileño ya no se muestran como suficientes para una efectiva persecución criminal y su consecuente producción de pruebas con vistas a la efectividad de la aplicación de la Ley penal, si analiza las posibilidades constitucionales de relativización de derechos y garantías fundamentales de los altos miembros del crimen organizado como forma de promoción de la justicia penal calcada en el respecto al núcleo esencial de los derechos y garantías fundamentales de los referidos sujetos. A pesar del sistema de investigación criminal en el combate al crimen organizado prever algunos instrumentos “inteligentes” de investigación, los mismos no han sido utilizados a contento, una vez que, supuestamente, serían instrumentos que dañan derechos y garantías fundamentales de los sujetos investigados y procesados. En ese ínterin, el presente trabajo si propone inicialmente a localizar la imperiosa necesidad, para tanto, una detallada localización de sus varias actuaciones por los diversos países del mundo y por Brasil, con la intención de demostrar la real tendencia del combate a las organizaciones criminosas, por medio de medidas restrictivas de derechos y garantías fundamentales, bien como la necesidad de que tales medidas sean implementadas, sea por el legislador, sea por el aplicador de la norma en el caso concreto, de manera a siempre asegurar el núcleo esencial de derechos y garantías fundamentales de los investigados y procesados por medio de una análisis de proporcionalidad que deberá siempre ser hecha en cada caso concreto. Así, si ve la necesidad de encontrar un punto de equilibrio y neutralidad entre tales derechos, no pudiendo uno o más derechos fundamentales si mostraren como óbices a la efectivación y plena concretización de otros, o sea, no si debe combatir la criminalidad organizada sin cualquier cautela, con respecto a la preservación de los derechos y garantías individuales que, a duras penas fueron conquistados a largo de la historia de la humanidad. Frente al todo anterior, la investigación si desarrolla por medio de una metodología crítico-metodológica, apuntando positivamente la posibilidad de la relativización de derechos y garantías fundamentales de los sujetos investigados y procesados por envolvimientos con el crimen organizado, desde que siempre sea preservado el núcleo esencial de derechos fundamentales, propiciando, con esto, una mejor conformación entre las tendencias restrictivas de expansión del derecho penal y procesal penal como forma de busca por la mejor efectividad en la

aplicación de la Ley penal con los derechos y garantías fundamentales fincados en la Carta Política de 1988 con base en el todo derecho y fundamento de la democracia brasileña.

Palabras Chave: Crimen organizado. Derechos fundamentales. Eficiencia penal.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF – Constituição Federal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

DJ – Diário da Justiça

DO – Diário Oficial

DOU – Diário Oficial da União

EUA – Estados Unidos da América

HC – *Habeas Corpus*

LC – Lei Complementar

MJ – Ministério da Justiça

MP – Ministério Público

MS – Mandado de Segurança

Nº - Número

ONG`s – Organizações Não Governamentais

PF – Polícia Federal

RENTAS - Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres

RESP – Recurso Especial

RT – Revista dos Tribunais

StPO – Código de Processo Penal Alemão (*strasfprozebordning*)

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1 ELEMENTOS CONTEMPORÂNEOS ESSENCIAIS À COMPREENSÃO DO FENÔMENO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA	20
1.1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO: POR UMA CONCEITUAÇÃO DE CRIME ORGANIZADO	20
1.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO FENÔMENO	30
1.2.1 O poder econômico	30
1.2.2 O poder de corrupção e a necessidade de corromper	32
1.2.3 A “legalização” dos lucros obtidos por meios ilícitos: a necessidade de lavar os capitais	33
1.2.4 O poder de intimidação	34
1.2.5 As conexões locais e não locais	34
1.2.6 A estrutura empresarial/piramidal das organizações criminosas	35
1.3 A NATUREZA DIFUSA DOS DELITOS PRATICADOS PELO CRIME ORGANIZADO: CRIMINALIDADE ORGANIZADA VS CRIMINALIDADE DE MASSA - UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA PARA SE CHEGAR A UM CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.....	36
1.3.1 A tutela conceitual do crime organizado na legislação brasileira	43
2 TRATAMENTO DIFERENCIADO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL	46
2.1 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME ORGANIZADO NO PLANO (PRÉ)PROCESSUAL: A RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO MEIO PARA EFICIÊNCIA PENAL	56
2.2 A TUTELA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL DO LEGISLADOR BRASILEIRO	60
2.3 LIMITES E POSSIBILIDADES À ATUAÇÃO RESTRITIVA ESTATAL E O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	64

3 O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO E A OBTENÇÃO DE PROVAS EM FACE DO CRIME ORGANIZADO	88
3.1 A COLABORAÇÃO PROCESSUAL OU A DELAÇÃO PREMIADA	91
3.2 A INFILTRAÇÃO DO AGENTE POLICIAL E A AÇÃO CONTROLADA POLICIAL.....	100
3.3 A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E A INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL.....	114
3.4 A QUEBRA DOS SIGILOS FISCAL, BANCÁRIO E FINANCEIRO	121
CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS.....	133

INTRODUÇÃO

A tutela do procedimento probatório mostra-se como um dos mais importantes temas no direito processual atual, uma vez que é justamente por intermédio da atividade probatória que as partes envolvidas na relação jurídica, bem como o Estado-juiz haverão de reconstituir os fatos apurados, na busca da verdade processual.

Nesta esteira, o procedimento probatório ganha maior relevância, e, via de consequência, maior grau de controvérsia quando o mesmo se dá contra a criminalidade organizada e tem por escopo a relativização (ou restrição) de direitos e garantias fundamentais, em busca de uma suposta maior eficiência penal no combate a tais organizações. Com o flagrante avanço do crime organizado nos últimos anos e, principalmente diante da fragilidade dos tradicionais meios de produção de provas no processo penal, mostrando-se completamente obsoletos diante do potencial das associações criminosas organizadas, surge, então, principalmente na doutrina internacional, o entendimento de que é necessário ao Estado se valer de instrumentos processuais mais eficazes para a obtenção de provas, além de estratégia diferenciada à sua produção e sua valoração em juízo.

Sem embargos, diante do breve panorama acima apresentado, pretende-se uma abordagem do tema sob a mesma perspectiva voltada à maior efetividade do direito penal por meio do processo penal e da investigação criminal através da relativização de direitos e garantias fundamentais no combate ao crime organizado, valendo-se, para tanto, da base teórica da *Expansão do Direito Penal* proposta por Jesus Maria Silva-Sanches, bem como da máxima do *princípio da proporcionalidade* da doutrina de Robert Alexy, como mecanismo de ponderação dos interesses envolvidos e limitador da atividade restritiva estatal.

Nesta toada, considera-se que a relativização ou restrição de direitos e garantias fundamentais dos investigados e processados criminalmente, desde que fique evidenciada a prática dos delitos em forma de crime organizado, por certo adquire

renovada importância diante dos avanços da criminalidade experimentados pela sociedade nas últimas décadas, sobretudo nas sociedades pós-industriais.

Assim, em face dos avanços e do incremento do crime organizado nos últimos anos, e diante do fato de os atuais meios de obtenção de provas não serem mais suficientes para a apuração dos delitos praticados por tais organizações, busca-se, neste estudo, responder o seguinte problema central: é possível ao Estado, de maneira legítima e proporcional, restringir direitos e garantias fundamentais dos investigados e acusados em processos penais com a finalidade de se produzirem provas em prol do combate ao crime organizado e, com isso, tornar mais eficaz a aplicação da lei penal por meio do processo penal?

Na busca de uma resposta ao problema central, tentar-se-á responder, ainda, algumas querelas secundárias: (a) partindo de uma premissa positiva quanto à possibilidade de restrição de direitos e garantias fundamentais do indivíduo que tenha, comprovadamente, envolvimento com o crime organizado, em que medida o Estado poderá intervir na esfera de direitos e garantias desse sujeito? ; (b) existem mecanismos ou instrumentos na legislação brasileira que se mostram como medidas restritivas? ; (c) há no direito atual uma precisa conceituação do que venha a ser crime organizado e qual é sua importância para o combate a esse fenômeno?

Neste norte, no primeiro capítulo será feita uma análise das possíveis origens, evolução e desenvolvimento do crime organizado, bem como das principais características que modernamente são apresentadas por este fenômeno. Por oportuno, também se tentará demonstrar a diferenciação doutrinária entre crime organizado e crime de massa, uma vez que tal dicotomia entre os tipos de criminalidade mostra-se como uma das justificativas para o tratamento diferenciado entre as mesmas, tema que será abordado nos capítulos seguintes.

No segundo capítulo, serão abordadas as consequências do crime organizado no plano (pré)processual. Nesse contexto, também será abordada a atual tendência de expansão do Direito Penal e a proposta de restrição de direitos e garantias fundamentais no combate ao crime organizado em busca de maior eficiência penal e

processual penal, sem, contudo deixar com menor importância o atual estágio de evolução moral da humanidade, que, depois de um considerável período de lutas intensas, passou por um processo evolutivo ao longo dos séculos e consagrou os direitos e garantias individuais dos cidadãos de forma geral, nos quais se incluem os investigados e os acusados em processos penais.

Ainda nesta segunda etapa, com o fito de se evitar a prática de excessos por parte do Estado no combate às organizações criminosas, na busca de provas nas investigações criminais e nos processos penais, será estudado o conteúdo jurídico do princípio constitucional da proporcionalidade como ferramenta eficaz para a ponderação dos interesses envolvidos (e vedação de retrocesso), principalmente no que atine à restrição dos direitos e garantias fundamentais. Isso se deve ao fato de, no plano doutrinário, não mais estar em crescente discussão o fato de se restringir ou não os direitos e garantias fundamentais em prol do combate ao crime organizado, mas sim, em que medida tais restrições podem se mostrar como legítimas pelo legislador e pelo aplicador da norma na infinidade de casos concretos que se apresentam. Assim, para a análise da proporcionalidade, necessariamente será feito o competente estudo de sua essência, consubstanciado nos sub-princípios da adequação (idoneidade), do exame da necessidade (exigibilidade) e da proporcionalidade em sentido estrito.

Na terceira e última etapa deste estudo, tratar-se-á da tutela do procedimento probatório, com a análise inicial das sucessivas fases que o compõe, quais sejam: obtenção, posição, administração, produção e valoração das mesmas, sem, é claro, esquecer que todo procedimento probatório deve ser desempenhado dentro de critérios mínimos que assegurem o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos sujeitos investigados ou acusados.

Em seguida, de forma mais detida, será analisada de maneira específica a possibilidade de utilização de medidas restritivas de direitos e garantias fundamentais no combate ao crime organizado. Para tanto, elegeram-se seis técnicas (divididas em quatro grupos) de investigação criminal disciplinadas na

legislação nacional para estudo, quais sejam: (a) a colaboração processual ou delação premiada; (b) a infiltração do agente policial e a ação controlada policial; (c) a interceptação das comunicações telefônicas e das interceptações ambientais; (d) a quebra dos sigilos bancário, fiscal e financeiro.

Justifica-se a escolha de tais técnicas, uma vez que, como fruto dos avanços do crime organizado, verifica-se o surgimento, a partir do direito de outros países, sobretudo dos Estados Unidos da América e dos países europeus, chegando posteriormente ao Brasil, das novas técnicas de investigação criminal e obtenção de provas como interceptações telefônicas e ambientais, a figura do agente policial infiltrado nas organizações criminosas, que foram trazidas dos serviços secretos para o processo penal, a colaboração processual ou delação premiada, instituto que teve origem no direito material e foi ampliada nos últimos anos para o direito processual, muito utilizado no direito italiano principalmente no combate às máfias e à ação policial controlada, que inicialmente teve uma construção jurisprudencial, sendo em seguida tutelada legalmente diante da imperiosa necessidade de se estabelecer critérios mínimos para sua utilização.

1 ELEMENTOS CONTEMPORÂNEOS ESSENCIAIS À COMPREENSÃO DO FENÔMENO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

1.1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO: POR UMA CONCEITUAÇÃO DE CRIME ORGANIZADO

A origem da criminalidade organizada¹ não é de tão fácil definição, uma vez que esta não se dá tão somente em um dado local e em um determinado momento: os estudiosos não contam com dados extremamente precisos e incontrovertidos no momento de afirmar qual a origem da criminalidade organizada.

O fenômeno das organizações criminosas trazem em seu bojo, traços significativamente marcantes nos mais diversos países onde pode ser observado, todavia, de acordo com cada local verifica-se a apresentação de pontos diferenciados, os quais serão tratados mais adiante.

Dentre as mais famosas organizações criminosas existentes no passado destacam-se as Máfias italianas, a *Yakusa* japonesa e as Tríades chinesas. Tais organizações tiveram início remoto ao século XVI como movimentos de reação às arbitrariedades praticadas por sujeitos e grupos poderosos e até mesmo pelo Estado, em desfavor de pessoas menos favorecidas que moravam em zonas rurais, dotadas de menos desenvolvimento e desassistidas, muitas das vezes, de assistência e serviços públicos essenciais. Decerto que, para o crescimento e aprimoramento de tais

¹ Importante estabelecer desde já que para fins do presente trabalho entende-se crime organizado, criminalidade organizada e associação criminosa organizada como sinônimos, ou seja, em que pese haja ligeira divergência no plano doutrinário internacional e, por outro lado considerando que a grande maioria da legislação (inclusive a brasileira) prima pela nomenclatura “crime organizado”, entende-se que o que deve haver para o avançar das pesquisas em torno do tema são debates acerca da estrutura apresentada por tais organizações e não sobre sua da nomenclatura. Deste modo, vê-se que são os elementos de sua estrutura é que a caracterizarão, devendo as condutas ser praticadas pela associação de no mínimo três pessoas, de forma permanente, sendo a prática reiterada de tipos penais apontados pelo legislador ordinário. Mais adiante, neste próprio capítulo, tal conceito será pormenorizadamente debatido, apresentando, inclusive, as correntes que adotam uma ou outra nomenclatura, bem como as que comungam do entendimento de que as mesmas são sinônimas.

atividades os referidos movimentos contaram com o convívio e o apoio de autoridades corruptas das mais diversas regiões onde ocorriam os movimentos político-sociais.

As Tríades chinesas mostram-se na história como uma das mais antigas organizações, sua origem data de aproximadamente 1644, inicialmente formado como movimento popular para expulsar os invasores do império de Ming. Em 1842, com a declaração de Hong Kong como colônia inglesa, seus membros migraram para a referida colônia e, posteriormente, para Taiwan, onde não encontraram muita dificuldade para incentivar os pequenos proprietários de glebas rurais ao cultivo da papoula e à exploração do ópio. Aproximadamente em 1880, quando a Companhia Britânica das Índias Orientais decidiu incentivar com maior força a produção do ópio, que até então vinha da Índia e era produto de escambo com as mais variadas especiarias, cerca de 20 milhões de colonos chineses se dedicaram ao cultivo e produção da droga. Anos mais tarde, quando foi proibido pelo Estado, a produção e cultivo do entorpecente, as Tríades passaram a explorar na ilegalidade o vasto mercado que fora construído para a venda da heroína (STERLING, 1996, p. 42-43).

Já no Japão, conforme foi acima ventilado, a principal organização criminosa denomina-se *Yakuza*; trata-se de organização longínqua oriunda do Japão feudal do século XVIII que se desenvolveu e cresceu à custa do próprio Estado, com a finalidade do desenvolvimento das mais diversificadas atividades ilícitas, desde esquemas de corrupção dentro da própria Administração Pública à manutenção de cassinos, casas de prostituição, tráfico de mulheres, drogas e armas etc. No século XX, auge da produção industrial do País, os membros da referida organização criminosa passam a se dedicar às denominadas “vantagens corporativas” que, por meio de “chantagistas profissionais” adquiriram ações significativas em empresas, e posteriormente, passam a exigir valores extremamente altos sob pena de revelarem segredos empresariais aos concorrentes diretos da empresa lesada (STERLING, 1996, p. 43-44).

Na Itália, as organizações conhecidas como Máfias, possivelmente as organizações mais conhecidas no mundo, tanto pelo seu poder desde a época de suas primeiras

investidas e até mesmo pela repercussão cinematográfica que ganhou ao longo de anos, tiveram início com movimentos de resistência contra o rei de Nápoles, que no ano de 1812 baixou um decreto que abalou profundamente a elite agrária da Sicília, reduzindo também os poderes feudais e os privilégios dos príncipes da época. Neste momento, os sujeitos mais abalados pela crise instalada naquele cenário formam organizações secretas conhecidas como Máfias. Aproximadamente em 1865, com o fim da realeza e a unificação da Itália, os referidos sujeitos passaram a fomentar forte resistência contra as forças invasoras, lutando pela independência da região, adquirindo, inclusive a simpatia de considerável parcela da população em razão daquele ideal. Todavia, já a partir de meados do século XX os membros daqueles grupos, inicialmente ideológicos, passaram a agir em prol de fins ilícitos e atividades criminosas (ZIEGLER, 1999a, p. 44-45)².

Já no que tange ao terrorismo, em que pese haja por trás deste movimento uma considerável conotação ideológica, o mesmo também é considerado como uma faceta do movimento do crime organizado. Tem-se que as primeiras notícias deste movimento data dos idos de 1855, quando militantes anarquistas franceses na Bélgica, cujos governos se recusavam a extraditá-los, fato que ensejou o início de um movimento legislativo na França que culminou com a denominada Lei Francesa de 28 de julho de 1894 (GARRIDO, 1999, p. 636). Posteriormente, após longos anos de aparente trégua no movimento terrorista, somente no ano de 1960 surgem novas ações violentas de grupos extremistas, que, agora não mais atacavam somente o poder público, mas de igual maneira o faziam em desfavor da população civil, com vistas a alcançarem seus objetivos ou chamarem a atenção para seus princípios ideológicos. Um dos ataques mais violentos nesse sentido se deu em 30 de março do ano de 1972, praticado por terroristas japoneses do chamado *exercito vermelho* no aeroporto irlandês de *Lod* (SARDINHA, 1989, p. 16-18)³.

² Neste sentido Ziegler relata que a dedicação a atividades criminosas era tamanha que o movimento popular formado no sul da Itália dividiu-se em diversos agrupamentos: a *Cosa Nostra* da Sicília, considerada a organização mais poderosa contava com aproximadamente cerca de dez mil membros, dentre filiados, aliados, "homens de honra" e soldados; a *Camorra* que controlava a *Campânia* em Nápoles, com aproximadamente sete mil membros; a *Sacra Corona Unita*, na Apúlia que, segundo estimativas contava com cerca de 5000.000 membros, dentre outras.

³ Desde a década de 1959 uma infinidade de grupos terroristas, com nítidos ideais de formação marxista, mostram-se em evidência em diversos países do planeta: ETA – Pátria Basca e Liberdade (fundado em 1959), busca criar um Estado independente no nordeste espanhol e sudoeste da

Em alguns países do Oriente Médio e em parte do continente africano, verifica-se o demasiado crescimento de movimentos extremistas islâmicos que também se ocupam de espalhar o terror, não só na localidade de sua origem mas, principalmente depois dos ataques terroristas em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América, passaram a representar grande ameaça a toda a população mundial, principalmente aos EUA e a alguns países da Europa.

Tal movimento, que se reveste de um caráter eminentemente pautado no fanatismo religioso e em suas ideologias apresentam-se nas últimas décadas com distintas finalidades que vão desde a luta pela formação de Estados independentes islâmicos à lutas fundamentalistas calcadas em pensamentos ideologicamente religiosos⁴. A força de tais movimentos contribuíram para o crescimento do terrorismo em todo o planeta no ano de 1973, culminando com os supramencionados ataques em 11 de setembro de 2001 a grandes símbolos da defesa e da economia estadunidense, as torres gêmeas do *World Trade Center* e ao Pentágono, que foram atingidos com aviões sequestrados e lançados contra tais símbolos, vitimando aproximadamente 3.025 civis e causando grande abalo e sensação de insegurança na população mundial (SILVA, 2001, p. 2-3).

Na Rússia, uma das organizações criminosas mais conhecida, a *Vor v Zakone*, deu início a suas atividades aproximadamente na última década do século XIX, ainda sob a égide do governo czarista, nos campos da Sibéria, dedicando-se a uma infinidade de crimes, tais como tráfico de mulheres e drogas, corrupção, roubos e desvios de dinheiro público. Todavia, com o levantar da revolução bolchevista,

França, regiões de população predominantemente basca. A referida organização de cunho terrorista pratica extorsões e mata político ligados ao governo espanhol principalmente. Outro exemplo de grupo de natureza similar são as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), formada em 1965 por grupos de intelectuais inspirados na revolução cubana. Trata-se do maior grupo guerrilheiro da Colômbia e ocupa considerável área desprovida de militarização após negociações de paz com o governo daquele país. Além do forte vínculo com o narcotráfico e, inclusive com narcotraficantes brasileiros (caso Fernandinho Beira-Mar), promove extorsões e ataques pontuais em áreas urbanas (explosão do prédio do FBI/Oklahoma em 1995 praticadas por milícias ligadas diretamente as FARC).
4 Exemplos de países que enfrentam tais grupos separatistas são: Turquia, Argélia, Sri Lanka, Egito e mais recentemente a África do Sul, onde recentemente, durante a realização da Copa Africana de Nações, quando a seleção de Togo ao se deslocar para o local da partida, sofreu violento ataque de terroristas que vitimou três componentes da referida seleção de futebol. Disponível em: <http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,,MUL1440353-10406,00-SELECAO+DE+FUTEBOL+DO+TOGO+E+VITIMA+DE+ATENTADO.html>. Acesso em: 25 fev. 2010.

muitos membros da organização foram considerados contra-revolucionários, sendo por este motivo punidos com a morte. No ano de 1953, com o falecimento de Stalin, tal tratamento foi amenizado, comportamento que possibilitou a formação de outros grupos especializados em corrupção estatal e na exploração do “mercado negro”⁵. Com a eleição do presidente Mikhail Gorbatchev e a implantação da *perestroika*, tais organizações promoveram uma maior defesa do Estado em desfavor da agressão do capitalismo do ocidente, transformando-se para muitos russos em um verdadeiro refúgio de suas dignidades e da dignidade nacional (GARRIDO, 1999, p. 652)⁶.

A criminalidade organizada nos EUA nasce no fim da década de 20, em função principalmente da irrestrita proibição de comercialização do álcool, fato que se mostrou determinante para que algumas *gangs*, de maneira organizada e estável à contrabandear a bebida com a necessidade de corrupção de determinadas autoridades públicas e chantagem de empresários. Com o conseqüente crescimento da atividade ilícita e diante da manutenção da proibição pelos Estados, propiciou-se o início de uma espécie de concorrência entre os referidos grupos, que em muitos casos acabavam em violentos conflitos nas ruas das grandes e pequenas cidades. O comércio clandestino trouxe consigo uma série de outras atividades ilícitas como a prostituição, a violência desenfreada, assassinatos, jogo etc. Todavia, após o forte desenvolvimento econômico norte-americano, experimentado, principalmente a partir da Segunda Grande Guerra Mundial, torna-se mais nítida a influência do poder da criminalidade organizada junto aos poderes políticos e econômicos daquele país. Para agravar, na década de 1960 algumas famílias da *Cosa Nostra* migraram para o solo americano, passando a atuar em diversos locais dos EUA formando, assim a chamada Máfia “ítalo-americana”, comandando, sobretudo o comércio ilegal de drogas e substâncias entorpecentes, principalmente a heroína. (ARLACCHI, 1997, p. 31).

5 Costuma-se denominar de “mercado negro” qualquer espécie informal de mercado que não obedece as normas de comercialização, tributação, concorrência etc, estabelecidas pelos Estados. Geralmente aos produtos e serviços praticados por tais mercados mostram-se à margem da legalidade fomentando a atividade da criminalidade organizada nos seus mais diversos setores.

6 Nesse mesmo sentido também se posiciona Ziegler (1999).

Na América do Sul a criminalidade organizada começou a atuar principalmente na produção e exportação de pasta base de coca para os EUA e para a Europa, grandes consumidores das drogas sul americanas. Com a significativa produção da substância entorpecente por países como Colômbia (Cali e Medellín) e Bolívia, aos cartéis de narcotraficantes formados desde o início de suas atividades também promoviam a exploração dos índios por meio de sua mão-de-obra como forma mais barata de avançar com o plantio, colheita e produção da droga (CERVINI, 1995, p. 122-123).

Não restam dúvidas de que por trás de todo este aparato de narcotraficantes e outras criminalidades, que deram início a essa modalidade de atividade ilícita nesse continente, existe o envolvimento de políticos, empresários e altos ocupantes do poder público que fomentam a prática de tais atividades como forma de auferir vantagem indevida em proveito próprio. Deste assunto especificamente tratar-se-á em tópicos vindouros devido à importância do debate para a construção do presente trabalho.

No Brasil, foco a que se dirige o presente trabalho que visa enfrentar a problemática relativa à criminalidade organizada e seu efetivo combate, é possível notar como antecedente da criminalidade organizada o movimento conhecido como cangaço. O cangaço foi um movimento que agia no nordeste brasileiro e que muitos consideram como parte da cultura nacional, mas que, todavia representam a gênese do que chamamos de organização criminosa. O referido grupo, ao qual pode ser atribuído como originário de um coronelismo herdado da história colonialista trazida pelos portugueses, agia como “foras da lei” entre o final do século XIX e início do XX, personificados na pessoa de um dos maiores símbolos da cultura popular nordestina brasileira, Virgulino Ferreira da Silva, o Lampião (1897-1938) (OLIVIERI, 1997, p. 11-13).

Os cangaceiros viviam de saquear caravanas e pequenas cidades, comércios etc, como forma de garantir o seu próprio sustento. Havia estrutura hierarquizada e os mesmos atuavam em várias frentes ao mesmo tempo.

Todavia, apesar da remota gênese de uma organização criminosa brasileira, foi o chamado “jogo do bicho”, contravenção penal iniciada no limiar do século XX, que é identificado como a primeira infração penal organizada no solo nacional. Originariamente a referida contravenção é atribuída ao Barão de Drummond, que teria pensado o inocente “jogo de azar” como forma de arrecadar fundos com a finalidade de salvar os animais que se encontravam no Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. Em seguida, a ideia foi popularizada e patrocinada por grupos organizados que passaram a monopolizar o jogo, mediante a corrupção de políticos e policiais. Já na década de 1980 os organizadores do “jogo do bicho” movimentava aproximadamente US\$ 500.000 diariamente com apostas, sendo que 4% a 10% deste monte era destinado aos banqueiros locais.

Sem dúvidas, de uma bem intencionada forma de angariar verbas para uma finalidade nobre, mentes delinquentes deram outra finalidade à prática como forma de obtenção de lucros em proveito próprio. Atualmente o pitoresco jogo não é nem de longe combatido pelas autoridades públicas que certamente sabem os malefícios que tal prática proporciona à sociedade, mas preferem silenciar a combater efetivamente o “jogo do bicho” e tudo aquilo que dele decorre (MINGARD, 1998, p. 95)⁷.

Organizações mais recentes e até mesmo mais violentas surgiram no sistema prisional do Estado do Rio de Janeiro nas décadas de 1970 e 1980. A “Falange Vermelha”, formada principalmente por chefes de grupos organizados para assalto a bancos e carros forte, nasce no presídio de Ilha Grande; por outro lado, também surge no mesmo Estado o chamado “Comando Vermelho”, este formado por líderes de grupos que comandavam o tráfico de substâncias entorpecentes de dentro do

⁷ Sabe-se que no Brasil os grandes patrocinadores do “jogo do bicho” são pessoas públicas, principalmente políticos, que se valem dessa prática contravencionista como forma de lavar dinheiro e cometer toda sorte de crimes que sejam necessários à sua manutenção. Recentemente noticiaram os jornais nas suas mais diversas modalidades que um esquema do referido jogo funciona dentro das casas legislativas federais do Brasil sob o comando e chancela dos próprios deputados e senadores, que em muitas oportunidades se valem do próprio cargo que ocupam para se utilizarem de práticas ilícitas como se lícitas fossem dentro das repartições públicas brasileiras. Acerca de tais fatos ver <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL26158-5601,00.html>> onde a TV Globo veicula matéria denunciando a prática de jogo do bicho dentro do Congresso nacional Brasileiro. Acesso em: 15 maio 2009.

presídio de Bangu 1; neste mesmo presídio, aproximadamente por volta de 1988, como cisão do Comando Vermelho, capitaneada por presos que não concordavam com a prática de sequestro e outros delitos, surge o “Terceiro Comando”.

No Estado de São Paulo em meados dos anos 1990, surge, também dentro do sistema carcerário, no presídio de segurança máxima anexo à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, uma das mais perigosas organizações criminosas conhecidas no Brasil, que nos últimos anos foi responsável por uma infinidade de atos criminosos praticados contra Policiais Civis, Militares e contra a própria população, o Primeiro Comando da Capital, mais conhecido como PCC⁸.

No Brasil as organizações criminosas não agem tão-somente no tráfico de substâncias entorpecentes e em desfavor do poder público, longe disso, há no solo brasileiro uma infinidade de organizações que atuam nas mais inimagináveis frentes de ilicitude.

O tráfico de animais silvestres, por exemplo, viola direito fundamental de ter uma fauna equilibrada e sem prejuízos; todavia o que se verifica é que a cada dia criminosos, traficantes de animais inventam as mais incríveis formas de capturar e “exportar” os bichos, que na maioria das vezes não chegam com vida ao destino inicialmente pensado. Não são outros os dados coletados pela organização não governamental Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres (RENECTAS), que apurou a ONG que somente no ano de 2001 foram apreendidos 6.500 pássaros, 1.048 tartarugas, 136 répteis e 76 mamíferos. Em convênio com o governo dos Estados Unidos da América a entidade conseguiu identificar cerca de 4.892 anúncios de compra, venda, troca ilegal de animais silvestres de origem brasileira na internet no ano de 1999. Estima-se que de cada dez animais apenas um chega vivo ao destino antes pretendido pelos criminosos⁹.

8 Importante salientar que o referido grupo (PCC) possui conexões e diversos outros Estados brasileiros, agindo, inclusive conjuntamente por ordens emanadas de dentro do sistema prisional, que, no Brasil, lamentavelmente vive um colapso, sem qualquer estrutura para combater tais investidas do crime organizado.

9 Tais levantamentos, bem como outros mais detalhados, podem ser encontrados em: <www.renctas.org.br>. Acesso em 25 jan. 2010.

Finalmente, mas sem qualquer pretensão de exaurir o elenco de modalidades criminosas existentes no mundo e no Brasil, chega-se a um dos principais postos de debate no presente trabalho, as organizações criminosas que atuam ferozmente dentro do poder público brasileiro e afetam uma infinidade de pessoas que são impossíveis de ser contadas ou calculado o prejuízo material, físico e moral experimentado por elas todos os dias.

Talvez, diante do sistema de corrupção pública e do mau uso do bem público, pelo fato de não haver prática de violência explícita, tais modalidades criminosas tornam-se extremamente mais avassaladoras a médio e longo prazo, e muitas vezes lamentavelmente passam despercebidas diante das vistas ofuscadas da população brasileira, pela ilusão de uma falsa esperança plantada pela ditadura de um mercado capitalista, bem como pelas promessas de milagres de alguns gestores públicos quando de suas milionárias campanhas eleitorais.

Trata-se de desvio e uso indevido de vultosas quantias pertencentes aos cofres públicos com a finalidade de beneficiar um ou outro sujeito que, em muitos casos, está “lotado” em um dos três poderes do Estado, do qual no ano de 1992 resultou na cassação do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, e poucos anos depois a renúncia de Deputados da Câmara Federal que manipulavam verbas públicas, conhecidos como “anões do orçamento”. Naquela mesma década, assistiu-se à cassação de um Senador da República e à prisão do então presidente do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, Nicolau do Santos Neto (o Lalau), investigados por suposto esquema de superfaturamento na construção das obras do referido Tribunal.

Veja-se o que diz Vincenzo Ruggiero (2008, p. 17), ao traçar elementos estruturantes da criminalidade de drogas para, em seguida, fazermos as devidas constatações de que tais elementos se aplicam às demais modalidades de crimes organizados:

A propagação do consumo ilícito de drogas entre os anos 70 e o início dos anos 90 alterou significativamente o perfil dos negócios criminais na maioria dos países europeus. Novas características surgiram no interior das

economias criminais, que desenvolveram variadas formas e graus de organização que justificam um reexame das definições clássicas. Vamos, por exemplo, nos concentrar em um aspecto específico do que se define como crime organizado.

Há características recorrentes na definição de crime organizado, entre as quais a noção de que seus membros possuem habilidades criminais obtidas por meio de um aprendizado de longo prazo. A conhecida polêmica entre Donald Cressey e Joseph Albino esconde o fato de que a noção acima mencionada pertence a ambos os autores e a muitos que vieram depois. A descrição de Cressey de crime organizado é baseada no chamado modelo burocrático, segundo o qual se considera que diferentes grupos ou famílias coordenariam e dirigiriam atividades realizadas no território nacional, dentro de comissão formada por representantes de todos os grupos. Albini sugere, ao invés disso, que o crime organizado não deve ser visto como uma conspiração em todo o território nacional, mas deve ser descrito como uma série de entidades locais, relativamente independentes que são livremente estruturadas e coordenadas apenas informalmente. Porém, essas interpretações descrevem redes de relacionamentos que, não obstante diferentemente estruturados, envolvem atores similares, quais sejam, criminosos profissionais ou “homens de honra”. Estes atores têm uma posição central em várias definições de crime organizado, que conduzem a noção de que as atividades são estruturadas somente por criminosos extremamente qualificados, que seguiram uma carreira exclusiva, e que são freqüentemente ligados por laços familiares ou étnicos.

Verifica-se que é traço marcante nas organizações criminosas a hierarquia, o poder econômico, o poder de corrupção, as conexões locais e extra locais, o “profissionalismo” de seus agentes que, em muitos casos, dedicam-se quase que exclusivamente a atividades criminosas, ainda que para isso tenham que se valer de uma aparente profissão lícita para maquiar ou usar como meio das práticas ilícitas.

Diante da diversidade de organizações criminosas das quais se falou acima, é de se notar que a grande maioria delas guardam alguns traços em comum e, em que pese estejam localizadas cada uma a seu tempo e em lugares distintos. Verifica-se que a maioria de tais organizações teve como nascedouro o movimento popular, que lutava por uma causa, ao menos inicialmente nobre, fato que sem dúvida representa importante elemento para que tais grupos conquistassem a aceitação da comunidade local. Há também que se fazer o devido destaque de que muitas delas iniciaram suas atividades diante de um “vácuo” (BERCOVICH, 2004, p. 57) deixado pelo poder estatal, principalmente no que se refere a determinadas proibições impostas pelo ente soberano (proibição de comercialização de bebidas alcoólicas, proibição aos jogos de azar, vendas e consumo de substâncias entorpecentes e armas etc.), finalmente, insta salientar que traço comum em todas as modalidades de organização criminosa apontadas até aqui é que todos contam com a

conveniência e consentimento em suas atividades ilícitas de membros do poder público, uma vez que sem eles certamente suas atividades se veriam fracassadas ou inviabilizadas; da mesma maneira todas as organizações para alcançarem seus objetivos, necessitam empregar suas próprias leis por meio do uso da força, da ameaça e da violência voltada principalmente para delatores e membros de organizações concorrentes.

Tais elementos que se mostram semelhantes representam características fundamentais para a identificação do fenômeno chamado de crime organizado, aos quais passamos a tratar a minúcias doravante.

1.2 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO FENÔMENO

Conforme acima ventilado, diante da infinidade de organizações criminosas existentes no mundo moderno, algumas características básicas mostram-se em destaque na grande maioria dessas. Tais características representam elementos essenciais para que se possa caracterizar uma organização para fins ilícitos.

Certamente que alguns dos elementos que passamos a dissertar aparecem, mais em uma organização e menos noutras, não sendo uma regra fixa ou aritmética no que se refere à forma ou intensidade em que as mesmas se apresentam. Tudo dependerá do objeto de atuação da organização, bem como do foco que se deseja atingir, podendo assim, tais elementos variarem de acordo com o acaso e a necessidade dos casos concretos.

1.2.1 O poder econômico

Dentre as aludidas características ou elementos que compõem uma criminalidade organizada está a acumulação de poder econômico por parte de seus integrantes, vez que, conforme já mencionado nas linhas superiores do presente trabalho, essas

organizações atuam paralelamente ao poder estatal, ou seja, atuam naquilo que o Estado não permite legalmente, auferindo dantescos lucros.

De acordo com o demonstrado no texto de José de Faria Costa (2001, p. 11), nas criminalidades organizadas a relação capital x lucro é infinitamente mais favorável no sentido de geração de lucro, uma vez que de um capital aparentemente pequeno há a considerável e potencial expectativa de obtenção de fabulosos lucros. O investimento que se concentra no crime organizado, como em diversos outros mercados, considerando aqui o crime organizado como um mercado ilícito, faz surgir um ciclo vicioso de produção do capital, tendo em vista que o capital que gera fabulosos lucros, por seu turno, afirma-se como capital fabuloso que certamente determinará uma lucratividade ainda maior se reinvestido no mesmo “negócio”.

Tal fenômeno se comprova com os números trazidos por Maierovitch (1995, p. 66-67), ao afirmar que, segundo estimativas, o mercado que envolve todas as modalidades de organizações criminosas é responsável por mais de um quarto de todo o dinheiro em circulação em esfera global. Revelam ainda que as organizações transnacionais movimentem anualmente aproximadamente cerca de US\$ 850 bilhões, quantia essa considerada superior ao PIB de uma das sete nações mais ricas de todo o mundo.¹⁰

Deste modo, o acúmulo de poderio econômico mostra-se como peça fundamental na atuação da criminalidade organizada, uma vez que necessitam sempre de grandes e vultosos valores para alcançar objetivos escusos e fomentar, com isso, a relação de capital e lucratividades sempre em favor daqueles que fazem parte de tais grupos.

Da mesma maneira, a acumulação de riquezas aparece como importante elemento que sustenta o alto poder de corrupção, que, por sua vez, também representa uma característica das organizações criminosas, do qual passamos a tratar no próximo subitem.

¹⁰ O autor referenciado é ex-diretor da Secretaria Nacional Anti-Drogas – SENAD, órgão do Governo Federal.

1.2.2 O poder de corrupção e a necessidade de corromper

Como foi dito anteriormente, o alto poder de corrupção é uma das consequências lógicas da necessidade de se acumular riqueza que, por vezes, é direcionada a diversas autoridades, funcionários públicos, instituições, dentre outros sujeitos, sejam da iniciativa privada ou de um dos poderes que compõe o Estado, tanto em sua acepção legislativa, judiciária, do Ministério Público ou das polícias de forma geral¹¹, uma vez que não há como se prosseguir com um intento criminoso organizado sem que haja a cooparticipação (ou corrupção) de membros de um ou mais dos entes que compõem órgãos da Administração Pública suso mencionados.

Vejam-se as palavras de Eduardo Araújo Silva (2003, p. 28-29) quando fala de tais características das organizações criminosas:

O alto poder de corrupção de que dispõem essas organizações é uma das consequências diretas da acumulação de riqueza, que é direcionada a várias autoridades de todos os poderes do Estado: àquelas que compõem as instâncias formais de controle do Direito (Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário); àquelas integrantes das esferas do Poder Executivo, para a aquisição de informações privilegiadas com os altos escalões do poder, especialmente de natureza econômica e financeira; e àquelas responsáveis pelo processo legislativo, com a finalidade de paralisar qualquer elaboração de medidas imitadoras de suas atividades (corrupção política). Com a paralisação de parte do aparelho estatal, notadamente aquela voltada para a repressão criminal, as organizações criminosas têm atuado com certa liberdade em diversos campos.

Nessa toada, é fácil notar, conforme as palavras acima referenciadas, que para que as organizações criminosas possam dar continuidade aos seus intentos delituosos, precisam necessariamente de membros de sua composição dentro das estruturas organizadas componentes do Estado e suas instituições. Ora, verificada essa necessidade de o crime organizado ter seus “tentáculos” dentro das estruturas do poder estatal como forma de obterem sucesso em sua atividade ilícita, mostra-se de maneira imperiosa e urgente que o combate a tais organizações, maléficas à

¹¹ Importante destacar que se coloca o Ministério Público e as polícias no decorrer do texto não como poderes que compõem o Estado. Sendo o Estado composto por três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), o Ministério Público se apresenta como instituição necessária ao Estado Democrático de Direito, totalmente independente, ao passo que as polícias permanecem também como instituições diretamente ligadas e subordinadas ao poder executivo, seja ele no âmbito da União ou dos Estados.

sociedade e ao próprio Estado, se inicie de forma conjunta tanto dentro como fora dele (MONTROYA, 2007, p. 191-193).

1.2.3 A “legalização” dos lucros obtidos por meios ilícitos: a necessidade de lavar os capitais

Com a acumulação dos capitais obtidos por meio das práticas criminosas organizadas, para que os membros das mais diversas criminalidades organizadas existentes possam fazer uso do fruto de suas práticas, os mesmo precisam “legalizar” os valores obtidos para que, assim, não sejam tão facilmente descobertos pelas autoridades investigativas.

Neste caminhar, surge a necessidade de “lavar dinheiro”, ou seja, tornar lícito o capital obtido de forma ilícita. Certamente que, para o processo de lavagem de capitais, os membros dessas criminalidades têm que a todo o tempo se valer das mais diversas, inimagináveis e criativas formas para tanto. Isso por que se trata do momento mais propenso a se deflagrar uma organização criminosa diante da vulnerabilidade em que se encontram alguns de seus membros neste momento. A referida vulnerabilidade se deve ao fato de que, para legalizar os valores, em muitas vezes o criminoso necessariamente ter de passar por alguns processos diante da Administração Pública (ZIEGLER, 1999a, p. 254).

Para o processo de legalização dos valores obtidos ilicitamente, em muitos casos tais criminosos se valem das facilidades oferecidas por alguns países no que tange à circulação de capitais nos bancos. A esses países costuma-se chamar de “paraísos fiscais”. A não fiscalização dos valores que entram e saem das infinitas contas existentes em países como Suíça, Uruguai, Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Cayman, entre outros, deveras funcionam como potencial arma em favor das organizações criminosas (ZIEGLER, 1999a, p. 34)¹².

¹² A esse respeito, além de apontar os países mencionados, o sociólogo Jean Ziegler em suas obras **A Suíça, o ouro e os mortos** (1999), **A Suíça acima de qualquer suspeita** (1977), bem como em sua obra **A Suíça lava mais branco** (1975), denuncia como os banqueiros suíços ajudaram a

1.2.4 O poder de intimidação

O alto poder de intimidação mostra-se como outro traço peculiar às organizações criminosas. Para que os integrantes de tais organizações possam atuar livremente na clandestinidade opera-se no meio a chamada “lei do silêncio”, ou seja, para que se mantenham escondidos atrás da ilicitude de seus atos criminosos os mesmos se armam e fazem uso da violência extrema¹³ para com aqueles que afrontam seu poder. Da mesma maneira, além de fazerem uso da força bruta para garantir que não serão descobertos pelas autoridades competentes, tais criminosos também fazem uso do seu extremo poder de intimidação como forma de ganhar mais espaço no mercado da ilicitude e disputar território para com a concorrência.

1.2.5 Conexões locais e não locais

A criminalidade organizada também se caracteriza por sempre ter conexões locais e extra locais, ou seja, para que possa se difundir com mais facilidades e com isso obter resultados satisfatórios mais cedo, as organizações possuem, principalmente diante das facilidades encontradas no mercado para a remessa de valores e movimentação dos mesmos para o exterior, uma forte conexão, inclusive, com membros de outras organizações em países estrangeiros.

Tais fatos representam um verdadeiro sistema de cooperação e cooparticipação nas atividades delitivas de tais organizações. Diante da mútua cooperação entre as organizações criminosas em âmbito internacional (COSTA, 2001, p. 11) verifica-se que fator preponderante que propicia essa característica é, sem dúvida, a ausência de limitadores de um processo de globalização econômica experimentado pela comunidade global após a primeira metade do século passado.

financiar o regime nazista e ajudam a financiar a criminalidade organizada na Europa, bem como a exploração de minerais em países subdesenvolvidos da África e do Oriente Médio.

¹³ O uso da violência corporal e física é mais verificado no meio criminoso da “narcocriminalidade”. Por outro lado, no que se refere à criminalidade política, econômica e a do “colarinho branco” a violência mais utilizada é a do tipo psicológico bem como a que se vale de meios para “acabar com a carreira de um ou outro sujeito.

Com isso, a implantação de um processo de abertura econômica também teve como resultado a implementação de novas modalidades criminosas, principalmente de crimes econômicos e financeiros, diante da extrema facilidade de circulação de capitais em diversos países.

1.2.6 A estrutura empresarial/piramidal das organizações criminosas

Finalmente, percebe-se como uma das principais características da criminalidade organizada, a chamada de estrutura piramidal, ou seja, há dentro de uma organização criminosa uma verdadeira estrutura hierárquica como no funcionamento de uma empresa.

Conforme sobredito, a divisão das atividades delituosas em tais grupos funciona dentro de uma estrutura empresarial, onde na base da pirâmide podem ser observados os “soldados”, responsáveis por uma infinidade de atividades, os quais são gerenciados por membros de média importância, que, por seu turno, são financiados e geridos por um *boss*, que se valem em várias ocasiões de meios altamente tecnológicos para promover a integração do grupo.

Não raras as vezes, os membros que se encontram no topo da pirâmide, também em muitos casos são pessoas altamente influentes e bem quistas pela comunidade onde atuam, isso porque se aproveitam da omissão estatal em determinadas demandas sociais e promovem prestações sociais, conquistando com isso a simpatia e confiança da parcela menos instruída da população, atuando como verdadeiro poder paralelo ao poder estatal (HASSEMER, 1994, p. 58-60).

1.3 A NATUREZA DIFUSA DOS DELITOS PRATICADOS PELO CRIME ORGANIZADO: CRIMINALIDADE ORGANIZADA VS CRIMINALIDADE DE MASSA - UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA PARA SE CHEGAR A UM CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Também se mostra como ponto característico da atuação das organizações criminosas a magnitude difusa de seus atos. Certamente, os atos e crimes praticados por esse tipo de criminalidade, tais como o tráfico de entorpecentes, os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, as diversas formas de sonegação e desvio de verbas públicas dentre outros, maculam ferozmente toda uma sociedade que poderia ser beneficiada com os referidos recursos.

É neste sentido que se posiciona Gustavo Senna Miranda (2007a, p. 130) ao precisamente relatar os “reflexos deletérios” causados pela atuação do crime organizado, neste caso especificamente dentro da Administração Pública, mas que se aplica piamente aos diversos outros tipos de criminalidade existentes, senão vejamos:

Assim não resta dúvida de que quando aquele que tem por função servir o público se utiliza dela para satisfazer interesses particulares, acaba por atingir interesse de toda coletividade, causando vários reflexos deletérios na sociedade, do que se conclui que seu ilícito é de natureza difusa, já que atinge vítimas indeterminadas. Inegavelmente, muito pior que o ladrão, o homicida, enfim, do que o criminoso comum, é o corrupto, o dilapidador dos cofres públicos, da moral administrativa, pois, sua conduta ilícita acaba atingindo o direito de um número indeterminado de pessoas, impossibilitando investimentos em diversas áreas e projetos sociais, como, por exemplo, os relativos a segurança pública, no combate à fome, à educação, saúde, priva milhões de brasileiros de suas necessidades básicas, fundamentais para a sobrevivência – com dignidade – da pessoa humana.

De tal modo, torna-se evidente notar distinção existente entre criminalidade organizada e criminalidade de massa, sendo essa a prática do crime comum, do crime do dia-a-dia, ao passo que a primeira representa sem dúvida a face mais cruel da criminalidade, vez que seus efeitos recaem sobre sujeitos passivos indefinidos, sobre componentes de toda uma sociedade. Tais vítimas não são afetadas pelos aludidos efeitos de imediato, somente irão sentir o peso de tais delitos no médio e

longo prazo, quando faltar verbas públicas para a saúde, para a educação, o saneamento básico, para segurança pública etc.

No direito brasileiro, o legislador não se cercou dos cuidados necessários na elaboração de um conceito de criminalidade organizada, o que certamente funcionaria como importante elemento de combate às mesmas, evitando assim a difusão dos efeitos de seus atos.

A legislação que cuida de reger alguns dos atos de investigação das organizações criminosas, Lei nº 9.034, de 03.05.1995, lei de combate ao crime organizado, não trazer em seu texto o conceito, a definição específica do que vem a ser organização criminosa para o direito brasileiro. Na verdade, o que se verifica, é que o texto legislativo promove uma verdadeira confusão ao associar a criminalidade organizada com o crime de quadrilha ou bando, este tipificado no artigo 288 do Código Penal.

Conforme acima ventilado, há na doutrina, considerável divergência acerca da “confusão” criada com os conceitos de quadrilha ou bando (art. 288 do CP) e organização criminosa, isso se deve ao fato de o legislador, ao nosso sentir, indevidamente, se referir no artigo 1º da Lei nº 9.034/95 da expressão quadrilha ou bando¹⁴, quando não deveria assim ter procedido.

Formular qualquer tipo de comparação do crime de formação de quadrilha ou bando com a “prática” de criminalidade organizada é retroceder, sob pena de se cometer grande injustiça com os destinatários da lei, uma vez que aos membros de uma organização criminosa estão previstos na referida legislação alguns mecanismos diferenciados de investigação criminal, principalmente, as quais oportunamente serão abordados. É neste sentido que caminha o entendimento de Luiz Flavio Gomes e Raúl Cervini (1997, p. 373) quando afirmam:

[...] o conceito de “quadrilha ou bando” não se identifica exatamente com o de “organização criminosa”. Uma coisa é a “quadrilha ou bando” (associação criminosa ou associação ilícita) e outra bem distinta é a

14 Lei nº 9.034/95. Art. 1º - Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

organização criminosa (associação ilícita organizada). Urge destacar ainda que, dentre as organizações criminosas, há as de tipo mafioso, que são as mais sofisticadas e terríveis e, destarte, as que possuem maior “poder de vulnerabilidade”.

Da mesma maneira, fazendo alusão ás evidentes diferenças existentes entre o tipo penal do artigo 288 do Código Penal e a associação criminosa organizada, pode-se observar as palavras de Fernando Capez (2004, p. 36) ao ratificar que:

É claro que tal equiparação foi inadequada, mas esta havia sido a vontade da Lei: tratar como idênticas a quadrilha ou bando, agrupamento sem nenhuma sofisticação, complexidade ou estruturação diferenciada (a chamada “criminalidade massificada”), e a organização criminosa, muito mais complexa, pertencente ao gênero criminalidade sofisticada. Foi, porem, o que o texto expresso da lei determinara. Em suma, a lei do Crime Organizado aplica-se aos crimes cometidos por quadrilha ou bando, etiquetada como organização criminosa, permanecendo, contudo, os mesmos elementos do tipo do art. 288 do CP.

Assim, por estarem os membros de organizações criminosas erroneamente caracterizados pela própria legislação com o rótulo do tipo penal de formação de quadrilha ou bando, sem dúvida estão recebendo um tratamento inadequado pela legislação. Vê-se, portanto, a formação de benesses negativas. Benesses no sentido de favorecer ao criminoso em questão, negativas pelo fato de a configuração dessas benesses somente trazer mais males para as investigações, processos criminais e, principalmente, para a sociedade, que é a afetada pela prática de tais delitos, bem como pelo tumulto legislativo criado pela atecnia do texto legal.

Entende-se que não restam dúvidas quanto à inadequada equiparação feita pelo legislador quando na verdade deveria ter promovido uma verdadeira diferenciação entre os tipos de criminalidade, quais sejam, a criminalidade massificada (art. 288, do Código Penal) e criminalidade organizada com a finalidade de efetivamente promover o combate de que se espera.

Apesar de contribuir para a expansão do Direito Penal (SILVA SANCHES, 2002, p. 18), inaugurando a fase da pós-modernidade político-jurídica, as ímpares características apresentadas pela criminalidade organizada contemporânea se refletiram na moderna dogmática penal, vez que o clássico processo de tipificação de uma criminalidade individualizada, verificada principalmente durante o século XIX

e que predominou de maneira isolada durante o século XX, apresentou-se de forma insuficiente para a tutela de um complexo e diversificado número de condutas que compõem o crime organizado. Por tais motivos a tipificação e/ou busca por um conceito “preciso” e aplicável de criminalidade organizada é, sem dúvida, um dos grandes desafios do Direito Penal do século XXI, haja vista que com base em um conceito determinado certamente será possível apontar com maior carga de segurança jurídica para o caminho que se mostra mais adequado para o tratamento normativo do tema¹⁵.

Não é noutra sentido que se apresentam os estudos mais atuais acerca do tema, conforme se pode verificar nas precisas palavras de Luiz Regis Prado e Bruna Azevedo de Castro (2010, p. 409)

A chamada criminalidade organizada é um fenômeno de múltiplas facetas que ganhou, nos últimos anos, considerável notoriedade e despertou a preocupação de estudiosos de distintas áreas do conhecimento. A atuação das organizações criminosas, associações ou grupos criminosos, é verificada no meio político, econômico e social como um todo, a ponto de gerar uma sensação de insegurança generalizada na sociedade, que se vê, muitas vezes, à mercê da atividade desses grupos devido ao despreparo do Estado em solucionar esses problemas. Diante disso, busca-se por meio do Direito Penal e do Processo Penal, encontrar formas de combate a essa forma de criminalidade, que nem sempre mostram eficazes. No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 9.034/1995 trata dos meios e regras específicas aplicáveis à persecução penal dos crimes cometidos por meio de associações criminosas, sem que se faça uma conceituação precisa de organização criminosa ou tipificação do crime de organização delitiva.

Em meados da década de 1990, a doutrina de Antonio Scarance Fernandes (1995a, p. 3) identificou basicamente três critérios distintos para uma tentativa de aproximação dogmática de um conceito jurídico-penal de crime organizado: a primeira dessas características ou elementos, como se prefere chamar no presente trabalho, parte da noção criminológica de organização criminosa, na tentativa de definir juridicamente tal fenômeno, que seria aquele praticado por membros de determinada organização; o segundo elemento considerava a ideia de crime organizado definindo-o em face de seus elementos substanciais sem especificação

¹⁵ Nesta mesma toada verifica Graziela Palhares Torreão Braz (1998, p. 41), ao afirmar que a ausência de uma definição deste fenômeno acarreta incertezas no que tange aos limites de um modelo que possa justificar, dependendo do caso à caso, restrições de garantias fundamentais em favor do combate desse câncer social.

de tipos penais, condutas atribuídas ao conceito, tendendo assim para a configuração da organização quando houver reunião de no mínimo três dessas características; o terceiro fazia uso de um rol de tipos previstos no sistema e acrescentava outros, considerando-os como crime organizado, desde que praticados por três ou mais criminosos, dando, assim, início à polêmica que até hoje enseja fortes debates e críticas, uma vez que faz confusão, assim como o teor do artigo 1º da Lei nº 9.034, quando aproxima o conceito de criminalidade organizada com o do tipo penal do artigo 288 do Código Penal, qual seja, crime de formação de quadrilha ou bando conforme destacado acima¹⁶.

Como é de fácil percepção, observou-se que a adoção de cada um desses elementos de maneira isolada não se mostrava suficiente para a delimitação com segurança de um conceito de crime organizado. Diante de tal constatação, verificou-se uma tendência mais moderna para a mesclagem de tais elementos com o fito de haver uma maior completude e menor grau de imprecisão nas eventuais interpretações da matéria, sendo possível visualizar em tal sentido, ao menos três elementos comuns para a aproximação de um conceito técnico normativo do fenômeno, quais sejam: um elemento estrutural (número mínimo de pessoal integrante), um elemento finalístico (um rol de tipos penais a serem caracterizados como criminalidade organizada) e um elemento temporal (permanência reiterada do vínculo entre os membros da organização). Neste mesmo sentido é que aponta a doutrina de (BORRALLO, 1999, p. 31-33).

Diante deste panorama, é possível a identificação no atual patamar de evolução da dogmática penal acerca do tema a necessidade de uma aproximação conceitual,

16 É nesta mesma linha que caminham algumas legislações brasileiras diante da ausência de uma tipificação de organização criminosa faz, lamentavelmente, a equivocada aproximação com o crime do art. 288 do Código Penal. Exemplo de legislação que promove este tipo de aproximação é a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990) e pelo projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, n.º 67, de autoria do Senador Gilvan Borges, cujo artigo 1º, parágrafo único está assim relatado: “Considera-se organização criminosa, para efeitos desta lei, a associação de três ou mais pessoas, na forma do art. 288, do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para o fim de cometer os seguintes crimes: homicídio doloso, tráfico de entorpecentes, extorsão, extorsão mediante sequestro, contrabando e descaminho, tráfico de mulheres, tráfico internacional de crianças, crimes contra o sistema financeiros, tributária econômica e relações de consumo, moeda falsa e peculato doloso”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 4 abr. 2010.

para o crime organizado, o qual seria: aquele praticado por no mínimo três sujeitos que, de forma permanente, promovem a prática de maneira reiterada de determinados crimes definidos em lei, de acordo com as peculiaridades de cada região do País. É bem verdade que tal aproximação guarda fortes características com a descrição do crime de quadrilha ou bando, apesar de haver plena convicção de que as condutas para os dois “tipos de crime” são de natureza completamente distintas, cuja aplicabilidade, entretanto, funcionaria de forma residual, ou seja, todos aqueles crimes não indicados pela legislação como crime organizado, seriam tipificados como quadrilha ou bando, desde que seu elementos assim permitissem.

Na trilha do artigo 2º do tratado de Palermo, oriundo da Convenção da organização das Nações Unidas sobre a Delinquência Organizada Transnacional, realizada na data de 12 a 15 de novembro do ano 2000, na cidade de Palermo, Itália, descreve como organização criminosa aquela que tenha reunida mais de três pessoas (elemento estrutural), de maneira estável (elemento temporal), com vistas a praticar crimes graves, assim considerados todos aqueles punidos com pena igual ou superior a quatro anos, com a finalidade de obter lucros (elemento finalístico). Vê-se que ao acrescentar o elemento finalidade econômica ao bojo de uma caracterização de uma organização criminosa, busca-se, de acordo com a tendência contemporânea, principalmente no plano internacional, diferenciar no campo jurídico-penal os conceitos atribuídos à organização criminosa e terrorismo, haja vista que este último via de regra se mostra carregado de cunho ideológico e, em muitos casos, de fanatismo religioso.

Nos Estados Unidos da América do Norte, em que pese a tutela jurídico-legal do *organizer crime*, sua conceituação é buscada no documento estatutário *Racketeer influenced & Corrupt organization* (Rico), delimitando assim um núcleo de seu âmbito de aplicabilidade através de uma listagem de infrações penais previamente definidas por lei e, vinculadas, via de regra, à criminalidade organizada, como se pode notar no caso do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, exigindo, todavia, a caracterização de elementos que juntos atribuam à conduta apurada um perfil organizado, como: repetição e continuidade, conexões reveladoras de padrões de conduta, realização de um grupo de sujeitos que compartilham dos mesmo objetivos

criminosos e utilização da violência, intimidação física ou psicológica, de ameaças e chantagens como forma de obtenção de vantagens ilícitas (BORRALLO, 1999, p. 25-26).

Na legislação penal espanhola, mais especificamente no Código Penal espanhol, não se encontra uma conceituação de crime organizado, o mesmo limita-se a fazer referência às organizações ou associações criminosas quando tutela acerca dos crimes de lavagem de dinheiro (art. 302) e tráfico de drogas (art. 369, § 6º), ao passo que a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (art. 288, nº 4), quando trata da figura do agente encoberto, dispõe sobre a delinquência organizada como “a associação de três ou mais pessoas para realizar, de forma permanente ou reiterada, condutas que tenham como fim cometer algum ou alguns dos delitos” indicados pelo legislador: extorsão mediante sequestro, delitos ligados à prostituição, roubo, furto de veículos, fraudes, lavagem de capitais, crimes contra os trabalhadores, crimes contra a fauna e flora ou de materiais nucleares ou radioativos, crimes contra a saúde pública, tráfico e depósito de armas, munições ou explosivos, delitos de terrorismo ou contra o patrimônio histórico.

Já no direito italiano, que sem dúvida não é de hoje que se mostra forte combatente da criminalidade organizada, sobretudo das máfias que já dominaram o país, o crime organizado recebe o tratamento de crime contra a “ordem pública”, inserido no art. 466 e 466 *bis* do Código Penal Italiano, tipificando-o como “associação para delinquir”, estabelecendo, da mesma maneira que a legislação espanhola, o número de três ou mais pessoas com a finalidade de cometer crimes, não exigindo a jurisprudência dos tribunais italianos qualquer relação de hierarquia ou divisão de tarefas entre os componentes das organizações. Certamente tal fato se deve à experiência das várias e outras organizações criminosas que atuaram e ainda atuam naquele país.

O aludido dispositivo legal do Código Penal italiano regulamenta também o crime de “associação do tipo mafioso”, que além de exigir como elemento para a caracterização de tal delito o mesmo número de pessoas do crime organizado, exige também que haja emprego de violência e força de intimidação, bem como da

condição de sujeição e da *omertà* (lei do silêncio) para o cometimento do referido delito. Como forma sagaz de não dar azo a dúvidas para uma definição de crime organizado, a parte final do dispositivo legal faz referência à “camorra” e outras associações, prevendo ainda como elemento agravante da conduta o emprego de armas e a finalidade de controle da atividade econômica

1.3.1 A tutela conceitual do crime organizado na legislação brasileira

No direito brasileiro, tem-se como uma das principais legislações que tutela a disciplina voltada para a criminalidade organizada a Lei nº 9.034, datada de 03 de maio de 1995 que dispõe sobre a “utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.

No referido diploma legal, o legislador buscou tutelar o fenômeno do crime organizado, principalmente no que tange ao procedimento probatório e suas mais variadas condutas, inserindo em seu texto a autorização para a prática de técnicas inteligentes de obtenção de provas, visando, é claro, o combate a tais organizações.

Por outro lado, a crítica que se faz necessária apontar com relação à supracitada lei vai no sentido de que a mesma abandonou as diretrizes iniciais do Projeto de Lei n.º 3.519/89¹⁷, deixando assim de seguir as correntes conceituais anteriormente ventiladas e tampouco buscou um posicionamento híbrido (FERNANDES, 1995b, p. 34-35).

De tal forma o que se verifica é que o legislador brasileiro perdeu a oportunidade por ocasião da edição da Lei 9.034/95 de apontar uma noção de organização criminosa, de definir efetivamente o que vem a ser crime organizado para o direito brasileiro, de

17 O referido Projeto de Lei n.º 3.516/89 previa em seu art. 2º: “Para efeitos desta lei, considera-se organização criminosa aquela que, por suas características, demonstrem a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional.” Neste mesmo sentido, para uma visão completa dos principais apontamentos do referido projeto veja-se: FERNANDES, Antônio Scarance. O crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 3. p. 37-55.

disciplinar acerca de seus elementos estruturais, bem como de listar quais tipos penais se aplicaria a classificação de crime organizado. Desta forma o legislador preocupou-se tão somente de formular equiparação no artigo 1º¹⁸ da referida Lei, ao nosso sentir equivocada, do que vem a ser crime organizado com o crime tipificado no artigo 288 do CP, crime de quadrilha ou bando.

Como é de se imaginar, à época da edição da Lei de Combate ao Crime Organizado, a doutrina não poupou críticas ao seu texto, diante da insuficiência do critério adotado pelo legislador nacional, ao inserir em seu bojo ao mesmo tempo elementos ampliativos e restritivos. Deste modo, ao tosar a definição de organização criminosa, o legislador comete o grave erro de equiparar o cometimento de crimes de pequeno e médio porte (furto, receptação, roubo e por que não falar até mesmo no homicídio cometido pelo homicida eventual) a crimes de grande magnitude como os cometidos por verdadeiras organizações para fins criminosos, tais como os crimes de corrupção, peculato, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, mulheres, crianças, animais, madeira e armas, grandes fraudes fiscais e contra o erário público, que sem quaisquer dúvidas possuem um caráter infinitamente mais devastador aos crimes praticados por quadrilhas ou bandos, merecendo, portanto um tratamento diferenciado e, por que não dizer, restritivo de direitos e garantias fundamentais por parte do legislador e do intérprete/aplicador da lei.

Deste modo, o legislador somente promove considerável impunidade aos sujeitos que pertencem a uma organização criminosa, uma vez que com tais critérios restringe a aplicação do conceito de crime organizado em relação a determinados casos e condutas, nos quais os delitos praticados por tais sujeitos desvinculados de quadrilhas ou bandos possam configurar-se como crime organizado, não restando dúvidas quanto à verdadeira punibilidade dos envolvidos.

18 Previa o art. 1º da Lei 9.034/95: “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.” Atualmente, após a reforma introduzida pela Lei 10.217/2001 o referido art. 1º passou a prever: “Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Anos mais tarde, foi editada a Lei nº 10.217, datada de 11 de abril de 2001, que modificou a redação do artigo 1º da Lei nº 9.034/95, introduzindo em seu texto a expressão “organizações ou associações de qualquer tipo”. Todavia, a referida alteração em momento nenhum se mostrou suficiente para dar fim ao problema conceitual de crime organizado no direito pátrio. Uma vez mais pecou o legislador ao deixar de expressar o que vem a ser organização criminosa, dando apenas um passo extremamente tímido no sentido de estabelecer que crime organizado não se confunda com quadrilha ou bando, mas isso a doutrina há muito já tece as devidas críticas e considerações estabelecendo sua notória diferença. Assim, o que se pode concluir é que o legislador desperdiçou mais uma chance de por um ponto final ou ao menos aproximar-se de uma conceituação de crime organizado, deste modo, poderia com mais precisão delimitar o campo de aplicação dos demais dispositivos da Lei nº 9.034/95, que se diga se utilizados de maneira adequada, são deveras eficazes.

Inovou o legislador brasileiro, por ocasião da Lei nº 10.217/2001, quando estabeleceu diferença entre “organizações” de “associações” criminosas, possivelmente em função do art. 14 da Lei n.º 6.368/76, que prevê o crime de associação para fins de praticar infrações previstas na Lei de Tóxicos, o que, todavia, não se mostra deveras relevante em seu aspecto prático, haja vista que para o vernáculo nacional os termos são sinônimos.

2 TRATAMENTO DIFERENCIADO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

Conforme acima fora brevemente ventilado, os elementos uniformes do crime organizado certamente não mostraram repercussões somente no plano do direito material. Deveras, também no plano do direito processual tal tendência se confirma, principalmente na última década. Deste modo, com a verificação do avançar da criminalidade, principalmente da criminalidade do tipo organizada, desenvolvem-se tendências diferenciadas para a regulação com maior eficácia à obtenção de meios de provas, bem como ao tratamento dispensado àqueles investigados e processados pela prática de delitos voltados à criminalidade organizada. Busca-se, neste momento, a chamada eficiência penal e processual penal por meio de medidas “relativizadoras” de direitos e garantias fundamentais, caracterizando a chamada “terceira velocidade do direito (e processo) penal”. (SILVA-SANCHES, 2002, p. 33).

As referidas tendências se apresentam pela constatação de que os modelos processuais penais até então adotados, os modelos tradicionais, tanto de investigação quanto de instrução processual, que sempre foram utilizados quando da investigação e processamento de uma criminalidade individualizada, não se mostram mais suficientemente eficazes para o tratamento do fenômeno do crime organizado, que em função de suas peculiaridades e características singulares, tem comprometido seriamente a atividade estatal de controle da sociedade e investigação criminal. Senão vejamos o que afirma Juan Muñoz Sanches (1995, p. 22):

[...] a evolução da criminalidade individual para a criminalidade especialmente organizada, que se serve de meios logísticos modernos e está fichada ao ambiente exterior, em certa medida imune aos meios tradicional de investigação (observações, interrogatórios, estudos dos vestígios deixados), determinou a busca de novos métodos de investigação policial.

É de se notar que diante de tipos de criminalidades distintas, quais sejam, criminalidade de massa e criminalidade organizada, devem os órgãos estatais competentes, para investigar e combater o crime, se valerem de instrumentos diferentes para tanto, ou seja, os instrumentos de investigação e combate se adequam a cada tipo de criminalidade, promovendo-se assim o combate efetivo que de tais órgão se espera e que os métodos tradicionais já não são mais capazes de promover. Não é noutra sentido que aponta Maria Dolores Delgado García (1996, p. 69):

[...] a criminalidade organizada, especialmente a narcocriminalidade, tem evoluído extraordinariamente nos últimos tempos, adquirindo estruturas complexas que dispõem de inteligentes meios financeiros de origem ilícita e cuja capacidade operativa supera as das clássicas organizações de delinquentes, razão pela qual os meios tradicionais de investigação se mostram insuficientes, ao menos para chegar ao coração das organizações e aproximar-se dos seus chefes e promotores.

Neste norte, deve ser considerado que, além da complexidade e da multiplicidade de atos perpetrados por organizações criminosas, seus membros mostram-se sempre dispostos a impedir a produção de provas contra seus intentos. Tal cultura na supressão de elementos probatórios pode ser percebida nos procedimentos de criminosos contemporâneos (FASSONE, 1998, p. 229-230). Das mais variadas maneiras, os criminosos buscam apagar provas documentais, subornar eventuais testemunhas, quando não as matam, subornar agentes públicos (investigadores, juízes e promotores), que diretamente estão envolvidos nas investigações e processos criminais que podem resultar em uma eventual condenação, promover fraudes em processos licitatórios para “maquiar” um possível desvio de verbas públicas etc.

Sem dúvida as técnicas da criminalidade na incansável busca pela ocultação de elementos probatórios, têm-se mostrado cada dia mais avançadas, mais até mesmo que os equipamentos e técnicas que possui o próprio Estado para apurar tais provas. Segundo o sociólogo Jean Ziegler (1999a, p. 227-228), diversos são os mecanismos encontrados pelas autoridades europeias utilizados como maneiras mais sofisticadas de impedir a obtenção de provas dos atos criminosos praticados. Em que pese os órgãos competentes de promover a investigação em alguns países

européus gozem de grande aparato tecnológico, com equipamentos avançados de interceptação ambiental, de escutas telefônicas, de monitoramento de imagens etc, os grupos criminosos organizados têm adquirido instrumentos ainda mais avançados com capacidade de impedir que as investidas do Estado obtenham sucesso em seu desfavor, neutralizando a grande maioria das iniciativas das autoridades.

Além disso, importante ressaltar, conforme se tratou em linhas acima, que as organizações criminosas também agem com grande poder de intimidação, seja ele na forma de violência física, moral ou psicológica, não poupando de maneira alguma aqueles que ousam violar a “lei do silêncio” outorgada a todos os integrantes de tais organização ou àqueles que indiretamente participarem de suas ações. O segredo existente entre tais sujeitos se mostra como uma das principais armas e, por que não dizer, lei pela qual se pautam todos os integrantes do crime organizado. Certamente, o medo da vingança dificulta a obtenção da prova oral ou testemunhal, tão comumente utilizada no processamento e julgamento de criminosos comuns¹⁹.

Assim, com a constatação de que o vultoso crescimento das ações praticadas por organizações criminosas em âmbito nacional e internacional, surgem algumas vezes levantando-se de forma a discutir a reformulação da política constitucional de direitos e garantias individuais dos sujeitos envolvidos com este tipo de criminalidade, ou seja, inicia-se uma forte tendência de reinterpretação de tais garantias individuais, que passam a conflitar com alguns interesses coletivos de segurança pública, bem como da necessidade de se combater este tipo de criminalidade para preservar a efetividade dos direitos sociais de educação e saúde, também direitos fundamentais, que são frontalmente feridos pelas ações do crime organizado.

¹⁹ Neste contexto, destacam-se os levantamentos realizados pelo sociólogo alemão Jean Ziegles (1999, p. 246) quando demonstra que o crime organizado promove em países europeus assassinatos de famílias inteiras, incluindo-se mulheres, idosos e crianças, mutilação de membros (geralmente orelhas e dedos), métodos comuns dentre outras barbaridades que cometem as organizações criminosas em âmbito mundial com a finalidade de se manter no poder e intimidar todo aquele que ouse se opor contra seus planos. Prova disso pode ser verificada quando, mesmo após o mafioso italiano Tommaso Buscetta ser incluído no sistema de proteção do Governo Norte Americano no ano de 1984, 36 membros de sua família foram brutalmente assassinados por seus ex-companheiros como forma de vingança pela quebra da *omertà* (lei do silêncio).

Acerca da tendência de rediscussão da política constitucional de direitos e garantias do indivíduo em face dessa nova realidade já se manifestou Leonardo Martins (2004, p. 402-403), apontando também, como solução para o conflito de interesses, o exercício de ponderação tanto legislativa quanto judicial, ou seja, tanto no âmbito de produção legal quanto no momento de aplicação da norma no caso concreto:

O crescimento vertiginoso da ameaça terrorista e do crime organizado no mundo contemporâneo, em especial na Europa Ocidental, e, ao menos relativamente no segundo problema, também entre nós, tem provocado uma revisão político-constitucional de garantias individuais, cujas percepções opõem-se em muitas vezes à garantia do bem coletivo “segurança”. A proteção da segurança pública pode exigir, no caso concreto, o sacrifício de uma ou várias daquelas garantias e vice-versa. [...] Em geral, trata-se, mais uma vez, do velho conflito entre liberdade individual e segurança pública, os quais configuram bens jurídicos cada qual com sua “dignidade constitucional”. A solução deste conflito pressupõe dois momentos: um primeiro momento a decisão política, localizada no tempo e no espaço, precedida de uma ponderação norteada por debates legislativos e, ao cabo do processo, definida pela maioria dos representantes dos cidadãos, em um segundo momento do controle jurídico-constitucional daquela.

Diante deste panorama de dificuldades que se apresentam em desfavor das investigações criminais e, do próprio processo penal, devido a suas patentes ineficiências em face do crescimento desse tipo de criminalidade faz surgir, inclusive na legislações nacionais, algumas técnicas de obtenção de provas que supostamente feririam direitos e garantias constitucionalmente estatuídas, como é o caso da utilização da colaboração processual do co-réu ou partícipe²⁰, por exemplo, como forma de obtenção de prova passou a se figurar como importante elemento na apuração do fenômeno, ante a possibilidade de concessão de alguns benefícios como proteção e assistência ao delator e seus familiares e, a proporcional abatimento no *quantum* de sua pena²¹.

²⁰ O tema relativo a delação premiada ou colaboração processual, o mesmo será mais detidamente abordado em tópico específico mais a frente.

²¹ Mostra-se claramente contrário à delação premiada como forma de produção de prova no processo penal o jurista capixaba João Batista Herkenhoff. Defende a tese de que em hipótese nenhuma poderá o Estado “barganhar” ou negociar com um criminoso, haja vista que tal procedimento não se pauta pela ética pela qual deve primar o Estado brasileiro.

Silva (2003, 43) aponta elementos favoráveis e contrários à delação premiada:

A propósito, Paolo Tonini assevera que, se por um lado é difícil encontrar uma razão filosófica para justificar a adoção do mecanismo da colaboração premiada, em seu favor milita muitas razões práticas: (1) a impossibilidade de se inferir outras provas, em razão da lei do silêncio que reina nas associações criminosas; (2) a necessidade de combater certas organizações criminosas, minando sua estrutura associativa pela criação de ocasiões para contrastes internos; (3) a urgência de serenar o maior alarme criado pelos delitos cometidos de forma associativa. De sua parte, observa Ennio Amodio que os vários argumentos favoráveis à colaboração processual podem ser resumidos em dois eixos: a necessidade de valer-se de provas que seguramente não seriam obtidas por outras vias de investigação e a oportunidade de romper o aspecto compacto dos grupos criminosos, desagregando a solidariedade interna.

Outrossim, o poder de intimidação imposto por seus membros às testemunhas das atividades da organização, assim como a complexidade das condutas por eles desenvolvidas – que não raras vezes se utilizam de sofisticados meios tecnológicos, dificultando sua apuração –, determinaram a busca de novos métodos de investigação pela polícia, entre os quais a identificação de agentes, transplantada dos procedimentos de espionagem e de contra-espionagem realizados pelos serviços secretos para o processo penal. A introdução de policiais em organizações criminosas, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito de seu funcionamento e sua estrutura, tem-se mostrado um eficiente instrumento para a apuração da criminalidade organizada.

Verifica-se, ainda, que acerca dos atuais modelos de investigação criminal e de obtenção de provas, seja na *persecutio criminis*, seja já no processo penal, já não são mais suficientes, diante do nada tímido avançar do crime organizado. É de se notar que, em muitos casos, a criminalidade é composta por sujeitos que dilapidam os cofres públicos, por exemplo, cometendo toda sorte de crimes de corrupção, possuem forte amparo técnico jurídico, fortes influências e mecanismos capazes de dificultar enormemente a produção de provas dentro do processo penal.

Prova do poder que detêm tais sujeitos é de fácil verificação em trechos recortados da decisão que concedeu liminar nos autos da ação popular 2010.01.1.000523-4, que afastou de suas atividades o presidente do Legislativo Distrital (Distrito Federal – DF) que, juntamente com outras autoridades, dentre elas deputados estaduais, advogados e até mesmo o Governador do DF, foi filmado e transmitido em rede nacional recebendo e escondendo dentro de suas meias vultosa quantia em dinheiro, fruto de desvio de verbas públicas que certamente, por sua vez, seriam utilizados em proveito particular e para dar continuidade nos atos criminosos e

manutenção de toda a teia daquela organização criminosa. Veja-se como decidiu o Juiz de Direito Alvaro Luis de A. Ciarlini:

[...] Verbera finalmente que os atos ilícitos supostamente praticados pelo demandado vêm sendo investigados no Inquérito nº 650, ora em curso no Colendo STJ, em cujos indícios repousa a fundada possibilidade de participação do réu em esquema de recebimento de dinheiro ilegal, fato hoje alardeado pela mídia escrita e televisionada, sendo certo ainda que o réu teria confessado, em público, ter recebido dinheiro e o acondicionado em suas meias. [...] A moralidade administrativa, ora sob enfoque, foi erigida pelo Texto Constitucional à condição de causa autônoma para o ajuizamento da Ação Popular [...]

[...] Agrava-se a situação, segundo o demandante, diante da constatação de que o Presidente do Legislativo distrital tem especial participação nos procedimentos agora em curso na Câmara Legislativa para apurar a conduta de outras autoridades envolvidas nesse suposto esquema. [...]

É inegável, portanto, a existência de indícios da prática de atos ímprobos por parte do demandado, valendo lembrar que tais fatos foram fartamente divulgados pela mídia escrita, falada e televisionada, sendo hoje notórios e de domínio público. [...] Os indícios de um sistêmico e crônico banditismo institucionalizado, no Distrito Federal e alhures, não tardarão a acionar os alarmes sociais e políticos que certamente propugnarão pelo "endurecimento" dos meios de controle que possam garantir a sobrevivência de nossa estrutura republicana de Estado, algo parecido com o processo político de exceção iniciado em 1964. Oxalá isso nunca volte a acontecer! [...] Brasília-DF, 18 de janeiro de 2010. Processo : 2010.01.1.000523-4 - Vara : 112 - SEGUNDA VARA DA FAZENDA PUBLICA DO DF - Autor: Evilázio Viana Santos - Réus: Leonardo Moreira Prudente - Autos nº 523-4/10 - Decisão

A supracitada decisão demonstra claramente que a ousadia daqueles que deveriam tutelar pelos direitos fundamentais do público e bem zelar pelo bem público, uma vez que forma eleitos diretamente para tal finalidade, todavia, o relatado no *decisum* referenciado ultrapassa qualquer esperança de um comportamento pautado na probidade, moral e ética, para com aquilo que pertence a todos. Lamentavelmente, o Brasil ainda padece de uma cultura patrimonialista, na qual muitas vezes os gestores públicos e até mesmo a própria sociedade não conseguem (ou não querem) diferenciar o público do privado (FAORO, 2003, p. 223.)²².

²² Para maior detalhamento acerca do da cultura patrimonialista que a sociedade brasileira traz consigo, ver Raymundo Faoro. **Os donos do poder**, onde o autor tece profundas considerações sobre este sentimento de não saber dividir o público do privado trazido desde os idos da colonização portuguesa no Brasil.

Não restam dúvidas sobre os malefícios que a criminalidade representa para a sociedade, tanto isso é verdade que o Estado monopoliza o direito/dever de valer-se dos meios legais para prevenir e reprimir o crime em sua concepção macro. Acerca do evidente dever estatal de combater a criminalidade e implementar efetiva proteção aos cidadãos, nota-se a lição de Gustavo Senna Miranda (2008, p. 466):

A prática de um crime, como se sabe, representa um rompimento com as condições de estabilidade e de harmonia na vida em sociedade. Realmente, quando cometida uma infração penal há como consequência uma certa desordem, pela quebra da harmonia social, que coloca em risco a segurança coletiva dos membros da comunidade, merecendo, portanto, respostas efetivas do Estado, que assumiu há tempos o monopólio dessa importante missão, especialmente nos dias atuais, nos quais o perfil do Estado Democrático de Direito aponta para um direito não apenas ordenador (Estado Liberal) ou promovedor (Estado Social), mas, sim, potencialmente transformador.

Insta ainda destacar que as dificuldades no que tange a obtenção de provas, de certa maneira foram também constituídas para a admissão e regulamentação nos modernos ordenamentos jurídicos das interceptações telefônicas dos investigados e processados criminalmente, uma vez que, para ambos os procedimentos, necessitam-se de prévia autorização judicial, tendo em vista o fato de implicar na violação da intimidade do sujeito investigado²³. Ainda que não sejam instrumentos únicos para a obtenção de provas no combate ao crime organizado, esses meios probatórios têm apresentado relevante utilidade no rastreamento de complexas operações financeiras, que muitas vezes possuem até ligações internacionais, diuturnamente utilizadas pelas organizações criminosas para o processo de lavagem dos capitais obtidos de maneira ilícita²⁴.

De tal forma, aponta a doutrina de Silva (2003, p. 45) quando demonstra alguns “entraves”²⁵ criados pelo legislador brasileiro para a colheita de provas nos

23 Noticia-se que, após os atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001 nos EUA, o Congresso Nacional norte americano, aprovou uma série de medidas de forma a ampliar os poderes da polícia nas investigações por meio de interceptação telefônica e ambiental, que poderá recair sobre quaisquer linhas telefônicas utilizada pelo investigado/processado e não mais apenas naquelas as quais a determinação judicial faz expressa menção (MNTOYA, 2007, p. 165-169).

24 Neste sentido ver Recomendação n.º 9 do VII Congresso das Organizações das Nações Unidas, realizado em Havana, no ano de 1991.

25 Acerca desses “entraves”, para uma visão mais aprofundada e específica do tema ver: GOMES

procedimentos investigatórios:

Por sua vez, como consequência da previsão no direito brasileiro do “juiz inquisidor”, de inquestionável inconstitucionalidade, o legislador previu regras especiais para colheita da prova, disciplinando um procedimento secreto para o juiz colher a prova que importa em violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, cujo auto de diligência “será conservado fora do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório e servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele se servir para fins estranhos à mesma” (art. 3º, § 3º, da lei). Ainda prevê o art. 3º, § 4º da Lei, que “os argumentos da acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento da convicção do juiz”

Ainda no que atine à produção de provas, verifica-se que a tendência legislativa contemporânea no que tange à participação à distância do acusado nas audiências judiciais, com a finalidade de evitar o constante deslocamento de presos para que possam acompanhar pessoalmente e, com isso, tornar mais fácil qualquer ação criminosa no sentido de dar fuga aos detentos. Neste mote, os resgates de presos passam a ser cada vez mais previsíveis para as autoridades policiais, em função da acumulação do poder econômico do crime organizado, bem como do abuso de métodos violentos para fazer imperar seus interesses.

Pari passu com a tendência de restrição de direitos fundamentais em matéria de provas, a qual será analisada mais detidamente já no próximo item, também há a tendência restritiva no que se refere a algumas liberdades individuais²⁶, com o fito de

FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 57 e MIRANDA, Gustavo Senna. Obstáculos contemporâneos ao combate às organizações criminosas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 870, p. 459-503, abril 2008.

²⁶ A esse respeito, há que se considerar que a tendência restritiva de direitos fundamentais em uma acepção de restringir direitos individuais (ideia oriunda de um Estado liberal, que se ocupa, sobretudo dos interesses individuais), colide com a ideia de restrição de direitos fundamentais em prol do coletivo, mostrando-se como verdadeiro, porém necessário, obstáculo à ação estatal na busca de tutelar pelos direitos coletivos no pensamento de um garantismo social e não meramente da ultrapassada ideia de garantismo individualista remoto aos ideais de um liberalismo que, em direito penal, já não pode ser tido com os mesmos olhos de outrora, ao menos que tange ao combate ao crime organizado (FELDENS, 2002). Ainda no que atine a tutela dos direitos fundamentais individuais e os direitos fundamentais em uma concepção coletiva, importantes se mostram as palavras empregadas por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 160) quando precisamente ponderam que: “O vínculo do legislador aos direitos fundamentais, isto é, sua obrigação de observá-los e respeitá-los ao estatuir regras gerais e abstratas, está intimamente ligado ao surgimento da ideia da proporcionalidade no direito constitucional. Com uma abrangência material que, em termos históricos, conheceu um grande crescimento nos dois últimos séculos, os direitos fundamentais representam, ao garantir a liberdade individual, verdadeiros óbices à ação do Estado que se dá em razão de interesses coletivos. Para harmonizar o interesse individual com o interesse coletivo, as Constituições modernas impõe, como se constatou acima, limites aos direitos fundamentais, limites estes que

assegurar a colheita de provas de maneira eficiente, de modo que possa assim contribuir para a segurança da regularidade procedimental do processo. Entende-se que, diante das características peculiares incriminadoras do fenômeno do crime organizado, a liberdade de algumas pessoas que compõem a organização criminosa alvo de investigações, poderá comprometer o bom andamento na apuração dos fatos e na colheita de provas. Nessa toada, a ampliação de prazos nas prisões cautelares e a incomunicabilidade dos acusados por determinado tempo, mostram-se como fortes tendências em debate com vistas ao combate a criminalidade²⁷.

Já no que se refere à seara patrimonial das organizações, como reflexo direto da necessidade de lavagem dos lucros oriundos das diversas atividades ilícitas,

devem ser mais bem delineados pelo legislador ordinário. O que poderia ser o vínculo do legislador aos direitos fundamentais senão o dever de intervir no exercício dos direito tão somente de forma proporcional [...].”

27 Neste sentido é que após os atentados de 11 de setembro de 2001 nos EUA, foi aprovado pelo Congresso norte-americano projeto de lei que autoriza a prisão de qualquer estrangeiro em situação de irregularidade naquele país. A prisão ocorre pelo prazo de sete dias e mediante prévia autorização judicial. Todavia este foi o prazo estabelecido pelo “pleno” daquela casa legislativa, haja vista que o projeto de lei inicialmente previa a prisão do investigado por prazo indeterminado. Verifica-se, principalmente depois dos eventos terroristas acontecidos em 2001 nos EUA, bem como após alguns diversos atentados ocorridos na Europa, principalmente na Espanha e Itália, a evolução de uma faceta ais radical do Direito Penal contemporâneo – o direito penal do inimigo – conforme retratado por Jakobs e Meliá (2007, p. 30): “[...] o direito penal do cidadão é o Direito Penal de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Nesse sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. Em segundo lugar, o Estado não tem porque fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada. O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; [...]”. Em sentido diametralmente oposto a tese do direito penal máximo, com uma proposta de um direito penal mínimo, há que se fazer referência a inconfundível doutrina do penalista argentino Eugênio Raúl Zaffaroni (2007, p. 156): “[...] o direito penal deveria habilitar o poder punitivo de uma maneira para os cidadãos e de outra para os inimigos, reservando o caráter de pessoa para os primeiros e considerando não-pessoas os segundos, confinando, porém, esta habilitação num compartimento estanque do direito penal, de modo que todo o resto continue funcionando de acordo com os princípios do direito penal liberal. [...] Para Jokobs, a pena cumpre a função de reafirmar a vigência da norma, e essa função continuaria a ser cumprida no direito penal do cidadão, enquanto no direito penal do inimigo deveria operar como um puro impedimento físico. Não obstante, o autor reconhece que ambas as funções estão sempre presentes na reação penal, pois, quanto ao terrorista, a contenção também serviria para reafirmar a vigência da norma, ao passo que no caso do ladrão comum, como esta afirmação se traduz numa privação de liberdade, importa também um impedimento para uma eventual reiteração do comportamento durante o tempo de prisão”.

verifica-se no processo de elaboração da legislação de combate ao crime organizado a previsão de inversão do ônus da prova quanto à origem lícita de bens, direitos e valores oriundos da criminalidade organizada. Neste norte o legislador brasileiro, após disciplinar sobre o crime de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos ou valores de origem ilícita, seja de forma direta ou indireta, dispôs que o magistrado determinará a liberação dos referidos bens, direitos ou valores apreendidos ou sequestrados apenas quando comprovada a licitude pelo investigado ou acusado. Em tal sentido mostra-se pela primeira vez no processo penal brasileiro o instituto da inversão do ônus da prova (GRINOVER, 1997, p. 63-64).

O ante-projeto de lei cuida de um rol de crimes primários (entre os quais os praticados por organização criminosa – aqui também sem definição), a partir dos quais pode caracterizar-se o crime de lavagem de dinheiro. Prevê a delação premiada para o colaborador e introduz, pela primeira vez no sistema brasileiro, a inversão do ônus da prova, mas não para a apreensão, e sim apenas para a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados, cabendo ao acusado comprovar a licitude de sua origem. [...] Além disso, existem no Brasil ações de organizações não governamentais para a proteção de testemunhas e vítimas da violência, dentre as quais vale salientar: Programa Provita do GAJOP. Trata-se de organização não governamental filiada ao Movimento nacional de Direitos Humanos e registrada no Conselho Nacional de Serviço Social do Estado de Pernambuco, desde 1981. Desenvolve com êxito o programa de apoio e proteção a testemunhas e vítimas e familiares, com relação aos crimes praticados por grupos de extermínio e organizações criminosas e à violência policial.

Por outro giro, posiciona-se de maneira contrária ao entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Luiz Flávio Gomes (1999, p. 11). Afirma o referido autor que não se pode promover uma interpretação literal do disposto na Lei nº 10.217/01, que introduziu os incisos IV e V no art. 2º, da Lei nº 9.034/95, sob pena de se configurar flagrante ofensa à Constituição Federal. Segundo ele, o seqüestro deve ser considerado como medida cautelar ao passo que a liberação dos bens seria uma contra cautela, desde que o acusado, no curso do processo, demonstre que a medida tomada em seu desfavor não foi a mais acertada, demonstrando a licitude dos bens apreendidos ou sequestrados. Assim, a perda definitiva dos bens e valores dependerá necessariamente de sentença de mérito, na qual o ônus da prova continua sendo da acusação.

Sem dúvida, entende-se que o legislador brasileiro, com a adoção de tal medida, dá um importante passo no sentido de combater a criminalidade no solo nacional. Se os bens, os direitos e os valores possivelmente apreendidos ou sequestrados são realmente de origem lícita, certamente será facilmente atestado pelo acusado ou investigado a sua licitude, ao passo que o contrário não se mostra como verdade, uma vez que indubitavelmente será deveras, após a apreensão, muito mais difícil para os criminosos tornarem os bens, direitos e valores lícitos quando, na verdade, não o são.

2.1 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME ORGANIZADO NO PLANO (PRÉ) PROCESSUAL: A RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO MEIO PARA A EFICIÊNCIA PENAL

Nota-se, assim, as consequências dos avanços do crime organizado no plano (pré)processual, uma inegável tendência de restrição de alguns direitos e garantias fundamentais dos investigados e processados criminalmente, na busca do Estado por maior eficiência na aplicação da lei penal e processual penal que, em que pese o ainda tímido avançar das tendências restritivas, muitas vezes não se mostram tão eficientes no combate ao crime como deveria ser. Como justificativa de tal tendência, entende-se que, para a apuração das ações praticadas pelo crime organizado, exigem-se medidas diferenciadas das até então tradicionalmente utilizadas, tanto no campo da persecução penal quanto no processo penal propriamente dito, podendo, assim, conduzir as investigações e processos criminais a uma tendência de restrições de direitos e garantias constitucionais (SILVA-SÁNCHEZ, 2002, p. 17-18).

Argumenta-se no mesmo sentido que se tais medidas restritivas não forem tomadas o quanto antes, haverá o potencial risco de que futuramente possa haver iniciativas muito mais restritivas e prejudiciais aos direitos e liberdades públicas, bem como às instituições constitucionais. Deste modo, a manutenção de um processo penal clássico, sem dispor de algumas garantias processuais, certamente acarretará em

uma persecução menos efetiva das diversas formas de crimes organizados existentes na atualidade (ANARTE BARROLO, 1999, p. 48-54).

Não é noutro sentido que aponta a doutrina de SILVA (2003, p. 48):

[...] observa-se no cenário internacional uma acentuada propensão quanto à necessidade de assimilação da idéia de que o Estado deve excepcionalmente restringir certos direitos fundamentais de indivíduos envolvidos com a prática de determinadas formas de criminalidade, que colocam em risco os direitos fundamentais dos demais cidadãos. O entendimento nesse caso é no sentido de que a balança necessariamente deve pender em favor dos interesses do Estado, cujos representantes devem buscar uma reação proporcional à ameaça produzida à sociedade por certas organizações criminosas, sob pena de malograrem uma das atividades estatais primordiais, que é a de proporcionar a pacificação social.

Certamente que as tendências restritivas de direitos fundamentais em favor de maior eficiência nas investigações e processos penais no direito brasileiro sofre considerável obstaculização em decorrência do recente passado período ditatorial experimentado pela história brasileira, no qual a restrição de certos direitos fundamentais serviram como justificadores de uma série de barbáries cometidas contra determinadas pessoas²⁸. Todavia, o que se pretende é uma adaptação dos instrumentos processuais e investigatórios de busca e colheita da prova ao desenvolvimento tecnológico e à modificação do padrão de comportamento adotado pelas organizações criminosas, verificados sobretudo nos últimos anos. Assim, não se trata de abolir garantias constitucionais e processuais a duras penas conquistadas ao longo da história (principalmente do século passado), mas sim de flexibilizá-las – ao novo paradigma criminal imposto pelas características do crime organizado (SILVA-SANCHEZ, 2002, p. 21)²⁹.

28 Atribui-se à resistência hoje encontrada pelos tribunais superiores e até mesmo pelos juízes monocráticos em aplicar de forma mais veemente determinadas medidas restritivas em função de a grande maioria dos juízes, desembargadores e ministros que hoje atuam nos mais diversos tribunais brasileiros terem uma formação social e acadêmica datada das proximidades dos anos pelos quais o Brasil passou pela ditadura militar. Por tal razão, crê-se que futuramente, quando paulatinamente houver a modificação de uma parcela desses sujeito por aqueles que os sucederão naturalmente, as tendências restritivas de direitos fundamentais no combate a criminalidade organizada tenderá a ser mais presente no dia-a-dia das investigações policiais e processos criminais.

29 Em sentido contrário à tese aqui apresentada verifica-se como principal expoente a doutrina do italiano Luigi Ferrajoli em sua obra **Direito e razão**, na qual defende o garantismo constitucional identificando contradições entre Estado de Direito e a tendência de restrição de direitos fundamentais, representada por um direito de emergência, onde prevalece a idéia de amigo x inimigo e não culpado x inocente. Para uma análise mais detalhada acerca do “garantismo” penal constitucional ver:

Neste caminhar, mostra-se como fundamentação teórica dessa tendência restritiva de direitos fundamentais, o fato de que, assim como os direitos fundamentais dos cidadãos investigados ou acusados criminalmente, o bem-estar da coletividade, a prevenção e repressão criminal também possuem igual assento e fundamentação constitucional. Os direitos e garantias fundamentais, enquanto um conjunto de valores constitucionais, não podem se mostrar como “direitos absolutos e ilimitados”, uma vez que a comunidade de maneira nenhuma se limita a conhecer o valor da liberdade, mas, sim, ligam-se os direitos só pensamento de responsabilidade e integra-os no conjunto de valores comunitários (ou coletivos), mostrando-se constitucionalmente lícito ao legislador ordinário, bem como ao julgador³⁰, restringir certos direitos de indivíduos pertencentes a organizações criminosas, ou seja, membros das mesmas, visto que são essas organizações que colocam diuturnamente os direitos fundamentais da sociedade em permanente risco, isso é, quando não feridos.

Neste mesmo sentido assevera-se que as colisões de direitos fundamentais podem envolver direitos individuais e bens jurídicos da coletividade – cláusula da comunidade – segundo a qual os direitos individuais sempre estão limitados, a partir do momento em que coloquem em risco bens jurídicos necessários à existência e à manutenção da própria comunidade. Assim, para sua consideração, necessária faz a ponderação de valores constitucionais diante de um caso concreto, para que não sejam permitidos os possíveis efeitos nefastos decorrentes de cláusulas gerais e permissivas de uma ação do Estado, com vistas a restringir direitos fundamentais, como aquelas em razão de segurança pública ou para assegurar moralidade pública (BARROS, 1996, p. 167-168).

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas e PELLELA. **Garantismo penal integral**. Salvador: Jus Podvin. 2010

30 Fazendo alusão a figura do julgador como intérprete da lei, princípios e valores que compõem um ordenamento jurídico, devendo não somente se ater ao texto simples e puro da legislação fria, mas também a todo o contexto em que ela é aplicada, devem ser verificadas as lições de Menelick de Carvalho Neto (1999, p. 81), quando afirma que o julgador, o aplicador da lei não pode somente figurar no processo como um mero *bouche de la loi* (Rousseau) uma vez que pelo atual paradigma constitucional vigente o mesmo não é somente um mero boca da lei, mas sim verdadeiro intérprete da mesma.

Ainda no que se refere à ideia de *processo justo*, ressaltada pela doutrina de Román Julio Frondizi e Maria Gabriela Silvina Daudet (2000, p. 180-181), é lembrada como justificativa a contemporânea tendência restritiva, uma vez que não inclui tão-somente a temática voltada a garantias, mas dessas garantias e da eficiência penal (e processual penal) concomitantemente. Segundo os referidos autores, a importância constitucional das garantias, deve ser conjuntamente interpretada com a eficiência e eficácia do processo penal, tendo em vista o bom funcionamento da jurisdição penal resultando decisivamente para assegurar a vigência prática das garantias constitucionais em questão. Afirmam ainda que, não se trata de uma tensão *crime control versus due process*, como nos anos 70 costumava afirmar a doutrina norte americana, mas, sim, de buscar a função essencial de absolver os inocentes e de condenar os culpados dentro de um marco correto e legal.

De tal forma, para a plena eficácia do direito e processo penal na infinidade de casos concretos existentes, há também, como se verá mais adiante, a imperiosa necessidade, e por que não dizer, obrigação estatal de se buscar um equilíbrio entre esses dois extremos. Neste caminhar indispensável se faz a observância do e preservação do “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, funcionando como verdadeiro limitados de possíveis arbitrariedades estatais, “funciona como limite, isto é, como “obstáculo” de determinadas restrições de direitos fundamentais” (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 152).

Ainda no que tange ao conteúdo essencial como limitador das intervenções restritivas estatais, observa-se que a doutrina mais atual ainda vem batalhando na busca desse real sentido, do que vem a ser o essencial, uma vez que, conforme asseverado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins: [...] “o problema reside justamente em saber o que seria esse conteúdo essencial de um direito fundamental e quais as medidas estatais capazes de atingi-los”.

Entende-se que a referida dificuldade em se localizar o conteúdo essencial de um determinado direito fundamental tem plena procedência, mesmo por que não há, e nem deve haver, uma “formula” concreta de busca desse conteúdo, haja vista que inevitavelmente o mesmo irá oscilar de acordo com cada caso concreto, ou seja, o

conteúdo essencial de um determinado direito fundamental “nunca” deverá ser igual a outro, tudo dependerá, é claro, do direito fundamental que esteja sob análise diante do caso concreto que se apresente (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 152).

Ainda que de maneira breve, e na tentativa de aclarar a referida explanação, tem-se que o direito fundamental a liberdade e o conteúdo jurídico de seu núcleo essencial a ser protegido jamais poderá ser igual quando apresentado diante do intérprete um caso concreto atinente a criminalidade de massa (um furto simples) ou um outro caso atinente a uma organização criminosa (desvio de verbas públicas), apesar de o aludido direito fundamental ser o mesmo (liberdade).

Desta maneira, a restrição de direitos e garantias fundamentais no combate aos efeitos do crime organizado na sociedade deverá depender de cada caso concreto que se apresente, tendo-se em foco que o conteúdo essencial do direito fundamental a ser restringido apresenta-se como barreira intransponível à atividade limitadora estatal, isto é, o referido conteúdo mostra-se como “limite do limite”, ou seja, até onde o estado com sua atividade restritiva poderá ir, desde que observados os critérios de proporcionalidade que serão analisados oportunamente.

2.2 A TUTELA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL DO LEGISLADO BRASILEIRO

A legislação brasileira não se manteve alheia à propensão jurídico-criminal no terreno (pré)processual no que tange à restrição de determinados direitos fundamentais com vistas à maior eficiência penal e processual penal para o combate dos tipos mais terríveis de criminalidade organizada. Tendo a Constituição Federal de 1988 apontado positivamente quanto à possibilidade de tratamento diferenciado, conforme a gravidade do delito praticado, logo o legislador ordinário cuidou de editar leis especiais com a referida finalidade. Dentre as aludidas legislações especiais podemos apontar a Lei nº 9.034/95, destinada especificamente ao tratamento do crime organizado, a qual tutelou a ação controlada por policiais, e o acesso a informações bancárias, financeiras e fiscais, criando também alguns outros

procedimentos específicos; a Lei nº 9.296/96, que, em que pese não seja voltada especificamente para a tutela relativa ao crime organizado, tratou de regulamentar a inviolabilidade das comunicações telefônicas, bem como do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática; a Lei nº 9.613/98, que dispõe sobre o crime de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores, condicionando a sua liberação a comprovação, por parte do réu/investigado, de licitude do valor, bem ou direito apreendido (art. 4º, § 2º).

Já no que tange ao plano das medidas cautelares, há que se fazer referência ao fato de que a Medida Provisória nº 1.713/98 alterou a redação dada ao artigo 34 da Lei nº 6.368/76, disciplinando um processo cautelar para o perdimento de bens (veículos das mais diversas naturezas, maquinários, utensílios ou instrumentos, também das mais diversas naturezas utilizados para a prática dos delitos previstos na Lei de Tóxicos). Depois de fundamentado requerimento por parte do *Parquet*, com a finalidade de alienação de tais bens, o juiz poderá determinar que os mesmos sejam alienados por meio de leilão, desde que seja verificada a existência denexo de instrumentalidade entre os delitos praticados e o risco de perda ou perecimento do valor econômico pelo passar do tempo. Uma vez realizado o leilão, será a União intimada a oferecer, em títulos do Tesouro, caução equivalente ao montante do valor arrecadado, sendo de incumbência do juiz, por ocasião da sentença de mérito decidir sobre a perda definitiva dos bens e valores ou levantamento da caução em favor daquele que anteriormente os havia perdido (SILVA, 2003, p. 32).

A Lei nº 9.807/99 estabeleceu normas para a organização e manutenção de programas voltados à proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas (arts. 7º, 8º e 9º) estendendo-se também aos réus colaboradores (art. 15), as quais, em que pese possam ser aplicadas a quaisquer infração penal, atingem considerável relevância quando são utilizadas para o combate e investigação do crime organizado. De maneira a inovar a lei de combate ao crime organizado, a Lei nº 10.217/01 introduziu os incisos IV e V no art. 2º, da Lei nº 9.034/95, disciplinando a matéria atinente à interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos e a figura do agente policial infiltrado, no que se refere às técnicas de investigação criminal, sempre precedidos de prévia autorização judicial. Ainda no que tange aos meios de

investigação, há que se verificar que a Lei Complementar nº 105/01 dispôs acerca do sigilo das operações de instituições financeiras, revigorando o art. 38 da Lei nº 4.595/64 e estabelecendo que a quebra do sigilo poderá ser determinada para a apuração de qualquer ilícito, especialmente os praticados pelo crime organizado (art. 1º, § 4º, IX).

Embora exista considerável fonte legislativa para o combate à criminalidade organizada, verifica-se que os mesmos ainda são insuficientes ou de tímida aplicação pelos julgadores brasileiros. Há também que se fazer referência às condições, muitas vezes obsoletas, em que se encontram os órgãos de investigação criminal, fatos que deveras surgem como profundos abismos entre o campo do ser e do dever ser, entre instrumentos que a legislação disponibiliza e aqueles que os órgão de investigação são capazes de praticar.

Veja-se o que afirma Ada Pellegrini Ginover (2000, p. 89-90) acerca das possibilidades e da necessidade de se estabelecerem critérios eficazes de combate ao crime organizado, especialmente o do colarinho branco e os voltados para a narcocriminalidade:

É grave a situação do crime organizado no Brasil, sobretudo no que diz respeito ao narcotráfico, à indústria dos seqüestros, exploração de menores e aos denominados “crimes do colarinho branco”, com evidentes conexões internacionais, principalmente no que tange ao primeiro, que também envolve, com o ultimo, a “lavagem de dinheiro”. A polícia está completamente desarmada em face do poderio das organizações criminosas e o Ministério Público não dispõe de meios operacionais suficientes para fazer face ao fenômeno de maneira global e orgânica. Problemas de corrupção policial e na atuação de ex-policiais tornam o quadro ainda mais dramático. Na esteira de diversas leis estrangeiras, o Brasil tem produzido leis específicas visando combater o crime organizado (que, no entanto, ainda carece de definição normativa), além de contar com projetos de lei no Congresso Nacional e de anteprojetos ainda em fase de estudos.

Destaca-se ainda que a proposta constante no Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal brasileiro sobre a prisão, medidas cautelares e liberdade, elaborada pela comissão constituída pela Portaria 61/2000, do Ministério da Justiça, ainda que não tratando detidamente dos reflexos do crime organizado no plano (pré) processual, prevê a possibilidade de o magistrado, verificando a existência de

suficientes indícios de autoria e materialidade, possa decretar a prisão preventiva dos envolvidos, desde que ocorram fundadas razões e que o indiciado, suspeito ou acusado, dentre outras coisas, “venha a praticar infrações relativas à criminalidade organizada”.

Traz-se a colação à jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal que, pelo que se pode verificar já nos idos de 1999, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 23.452/RJ, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, já existia, na referida corte, um pensamento acerca da tendência restritiva de direitos fundamentais:

[...] não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de conveniência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas de prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerando o substrato ético que as informa -, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Nesta toada, torna-se imperioso registrar que, para que se possa combater de forma eficaz a criminalidade organizada no Brasil, impõe-se a necessidade de restringir alguns direitos fundamentais daqueles que estejam envolvidos com o crime organizado, agindo de forma a lesar toda uma coletividade que deve, de igual maneira, ser protegida pelo Estado e pelos órgãos que o compõe. Não se pode de maneira nenhuma permitir que valores individuais, herdados de uma cultura extremamente liberal e garantias, também extremada, fira direitos fundamentais da coletividade para favorecer os interesses daqueles que diuturnamente lesam o Estado e todos os jurisdicionados.

2.3 LIMITES E POSSIBILIDADES À ATUAÇÃO RESTRITIVA ESTATAL E O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ainda que reconhecidamente haja uma verdadeira eficácia prática no que tange ao combate à criminalidade organizada por meio das novas tendências restritivas de direitos e garantias fundamentais e das novas técnicas de investigação criminal e obtenção de provas para o processo penal, a busca de um ponto de equilíbrio no confronto entre os interesses do Estado e os interesses individuais na apuração da referida espécie de criminalidade mostra-se como um dos maiores desafios da fase do Estado de Direito contemporâneo (OLIVÉ, 1999, p. 13). Neste mesmo norte, da mesma maneira que não se pode cogitar a hipótese de direitos fundamentais absolutos, igualmente não se pode permitir o exercício de um poder ilimitado em por parte do Estado e em detrimento do indivíduo ou até mesmo da própria sociedade (SARLET, 2004, p. 255). Vê-se que o ponto de equilíbrio buscado encontra-se entre esses dois extremos e, deve ser buscado, seja pela produção legislativa ou por meio de construções interpretativas pelos operadores do direito, especialmente dos aplicadores da lei.

Apesar da existência de tais elementos, no que tange ao conteúdo jurídico da restrição de direitos e garantias fundamentais, qualquer iniciativa dessa natureza deve ser utilizada de maneira excepcionalíssima, uma vez que, diante do estágio de evolução moral em que se encontra a humanidade, são injustificáveis quaisquer práticas abusivas neste sensível campo (CIAVENATO, 1994, p. 34). Na história mundial, e especificamente na do Brasil, são vários os exemplos históricos de medidas arbitrárias, fundamentadas em regimes autoritários e sem qualquer visão protetiva de uma sociedade, mas protetiva tão-somente de interesses individuais de uma elite predominante, razão pela qual o risco de um descontrole no binômio “eficiência penal estatal x garantia individual” em desfavor do cidadão deve sempre ser ponderado pelo legislador e pelo aplicador (intérprete) da norma (ALEXY, 2003, p. 94-96) em sua atividade prática de produção legislativa e na prática jurisdicional respectivamente, fato que se mostra determinante para que a medida restritiva seja

utilizada em caráter de excepcionalidade (SILVA, 2003, p. 53).

Acerca dessa colisão entre o direito individual daquele que poderá receber a sanção penal e o interesse do Estado no *jus puniendi*, há que ser observada a lição de Robert Alexy (2003, p. 94-95)

O tribunal observou que nesse tipo de caso há uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga ao Estado. Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza “*por si só*, de prioridade”. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento de interesses”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto*. Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva [...] da Constituição.

A necessidade de intervenção restritiva mínima no plano (pré)processual, com o fito de investigar e combater determinadas formas de crimes (em especial os praticados pelo crime organizado), mostra-se como ponto pacífico na doutrina estrangeira (SILVA-SANCHES, 2002, p. 15). Destarte, no entendimento de Jesús María Silva-Sanches (2002, p. 13), a resposta mais viável para o desafio da busca para um ponto de equilíbrio será exatamente a que resultar do “critério de limitação mínima dos direitos fundamentais”, de acordo com um juízo de estrita necessidade. O desafio resultará em inevitável flexibilização dos “princípios de garantias”, que deve ocorrer na medida do necessário em termos preventivos e de manutenção máxima do direito de garantias possíveis em cada caso, bem como nas “constituições de direito penal” (LUISI, 2005).

[...] é nas constituições de que o Direito penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de tipologia criminal. Esse endereço é hoje dominante, na doutrina jurídico-penal alemã e italiana.

Neste panorama, a restrição de direitos e garantias fundamentais deve ter como limitação absoluta a inviolabilidade da vida humana, bem como a integridade moral e física das pessoas investigadas e acusadas, como *mutatis mutandi* assegura a Constituição portuguesa, a dignidade da pessoa humana (art. 18, n. 3 *in fine*) (PEDRA, 2008, p. 181). Consequentemente, conforme asseverado por José Miguel Sardinha (1989, p. 86), mostra-se impossível a coexistência de uma ou mais leis restritivas de direitos fundamentais que venham a prejudicar o direito à vida e à integridade física sem a observância do chamado “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, liberdades e garantias que constituem a unidade material de todo um sistema constitucional de direitos fundamentais³¹.

Da mesma maneira, a Constituição alemã estabelece limites para a atuação do legislador ordinário, pontuando no art. 19, n. 2, que “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”. De maneira semelhante, ainda no que tange à Constituição da Espanha fica disposto que “os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que em todos os casos deve respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades”.

No Brasil, verifica-se que não há uma previsão expressa da Constituição Federal no que atine à proteção do núcleo essencial mínimo dos direitos fundamentais, ou seja, de até que ponto o Estado pode ir para tutelar seus interesses sem que se atente contra a essência dos direitos fundamentais individuais. Segundo Suzana de Toledo Barros (1996, p. 94-95) não se vislumbram dificuldades para hauri-lo da própria natureza de tais direitos, haja vista que não faz sentido uma intervenção do legislador no campo de um direito fundamental para destruí-lo. De outro giro, é perfeitamente possível identificar em matéria de restrição de direitos fundamentais no plano interno, na medida que, além de expressar que “ninguém será submetido a tortura nem tratamento desumano ou degradante” (art. 5, III), a CF/88 estabeleceu

31 A utilização do princípio da proporcionalidade no que tange a tutela probatória em matéria de processo penal também se mostra presente na Constituição espanhola, disciplinando as seguintes matérias: proibição de tortura e das penas de maus tratos ou de forma degradante (art. 15); tempo de duração da prisão preventiva suficiente para a apuração dos fatos (art. 17, 2); esclarecimento em lei de prazo máximo para a prisão provisória (art. 17, 4); vedação da utilização injustificada das faculdades legais na apuração de bandas armadas ou terrorismo (art. 52, 2). Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/Home.aspx>>. Acesso em 12 mar. 2010.

como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a “dignidade da pessoa humana” (art. 1, III).

Conforme sobreditos, apesar de não haver uma previsão expressa no texto constitucional, existem dispositivos claros que noticiam a recepção da teoria do conteúdo essencial pelo direito pátrio. Veja-se que não foi outra a constatação de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2009, p. 152):

No debate brasileiro, a necessidade de preservar o conteúdo essencial (ou núcleo do direito) é indicada por muitos doutrinadores, considerando que a teoria foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro e havendo preferência pela teoria relativa. Contudo, a ausência de disposição expressa, assim como a particular dificuldade em estabelecer o conteúdo nuclear de um direito leva à conclusão de que *inexiste* tal requisito limitador das intervenções legislativas. Como se verá, todas as limitações impostas aos direitos pelo legislador devem satisfazer o critério da proporcionalidade que tutelar os conteúdos essenciais do direito limitado.

Nota-se, portanto que, a questão que se coloca, ao menos no que se refere ao plano das normas postas, não é mais saber se o Estado deve ou não promover a restrição de direitos e garantias fundamentais, haja vista que, conforme demonstrado nas linhas anteriores, é imperiosa a necessidade de tais restrições para que o ente estatal possa bem promover a aplicação da lei penal e processual penal em face do crime organizado, tutelando, deste modo, por outros direitos fundamentais igualmente com assento constitucional e essenciais para toda a sociedade brasileira. O ponto nodal de discussão atual refere-se em que medida essa restrição deve ocorrer, pois, conforme salientado por SILVA (2003, p. 55):

[...] frente ao avanço da criminalidade organizada, o ordenamento processual deve saber reagir para salvar antes de tudo a si mesmo, prevendo instrumentos derogatórios e procedimentos alternativos que, sem ofender a substância dos direitos do acusado, permitirá à Justiça seguir regularmente seu curso. Daí a relevância da consideração do princípio da proporcionalidade, pois, se uma vez ponderados os interesses estatais o sacrifício dos interesses individuais resultar desproporcional ou não exigível ao indivíduo, a medida haverá de ser considerada inconstitucional.

Destarte que, assim como noutros ramos do Direito, o conteúdo jurídico do princípio da proporcionalidade no Direito Processual Penal tem como destino a regulamentação e a confrontação indivíduo – Estado. De outro giro, os interesses do Estado em promover uma eficiente investigação criminal e da persecução penal em

juízo, com vistas ao exercício de seu dever do *jus puniendi* para a concretização do Direito Penal; de outro lado, a pessoa investigada ou acusada, titular de direitos e garantias fundamentais individuais, a qual tem interesse na preservação do *jus libertatis*. Tem por finalidade, portanto, promover o equilíbrio nessa relação aparentemente dicotômica de interesses, com a finalidade de se evitar a violação dos direitos fundamentais do particular, como forma de comprometimento da atividade do Estado na repressão da criminalidade e do crime organizado especialmente.

Neste panorama verifica-se que com o avançar da sociedade e do crime, que permanecem em constante transformação, o direito e o processo penal, calcados nas bases fundamentais do iluminismo, com importantes ordenações de liberdade, se depara com demandas cada vez mais presentes com objetivos de combate à criminalidade (DEUS, 2010, p. 487). Espera-se do direito penal, diante de tais demandas contemporâneas, desses novos riscos do presente século, que além de servir como um direito limite e fomentador de proporcionalidade às intervenções punitivas estatais, que também sirva como um direito limite para a preservação dos direitos individuais, atuando como limitador (termômetro) do Estado na aplicação da norma penal e na tipificação de condutas (DEUS, 2010, p. 488).

Para que possa fazer destacar sua contribuição social, o discurso do direito penal deve se adequar à necessidade de uma realidade constitucional de que necessita o direito. Na verdade o que deve haver é uma constitucionalização do direito penal e não uma penalização do direito constitucional, isso sim seria um patente retrocesso no que até os dias atuais se alcançou no que tange aos direitos e garantias fundamentais.

Neste caminhar o direito penal deve se adequar a essa realidade, ou seja, a essa necessidade que se tem de fomentação dos direitos fundamentais, bem como à nova criminalidade existente com os movimentos pós-industriais, mas não de maneira a dar legitimidade às emergências não localizadas decorrentes do risco. Verifica-se a necessidade de se buscar um equilíbrio (proporcionalidade) diante da realidade nacional e global, com vistas à preservação de direitos fundamentais e, ao

mesmo tempo, o contentamento dos anseios por segurança e combate ao crime organizado (DEUS, 2010, p. 488).

Diante de tal panorama, é de se notar que o princípio da proporcionalidade tem sua origem remota aos ramos do Direito Público, foi concebido como forma de antepor-se frente ao poder de polícia, extremado, a noção de que o Estado somente estaria legitimado para promover limitações às liberdades individuais na medida em que fosse necessário para assegurar a liberdade e segurança (interesse) da coletividade (do público) (FELDENS, 2005, p. 156). Assim, pode-se afirmar que o direito sancionador de outrora, funcionou como um considerável “incentivador”, como um mote inicial ao desenvolvimento daquele que atualmente se conhece, de maneira predominante, como princípio da proporcionalidade.

Veja-se, a propósito, que a constatação de Luciano Feldens (2005, p. 155-156) quando se refere ao desenvolvimento do princípio da proporcionalidade no Direito brasileiro, bem como das equivocadas formas de sua utilização pelos tribunais nacionais:

[...] é-nos dado constatar que no Brasil o avanço na operacionalização da proporcionalidade tem-se demonstrado mais estatístico do que técnico. Não raramente, brotam da jurisprudência invocações da proporcionalidade como se fora um cânone de conteúdo absolutamente autônomo, cuja aplicabilidade se haveria de realizar à revelia de uma conexão lógico-referente a direitos fundamentais ou interesses públicos relacionáveis à causa. [...] Uma tal constatação decorre do fato de que na raiz da noção de proporcionalidade repousa na idéia de que o Direito, havendo de servir, ponderadamente, aos interesses particulares e sociais, objetaria a imposição de uma penalidade que viesse a estabelecer uma restrição a um direito individual em níveis manifestamente superiores àqueles reclamados pela preservação do interesse público.

Tal concepção de equilíbrio tem sua origem nos períodos da Idade Antiga e da Idade Média (FERRAJOLI, 2006, p. 402), passando a ser posteriormente desenvolvida no âmbito das teorias do Estado, que formularam um critério de controle acerca da atuação estatal partindo de sua legitimação exclusivamente finalística, restando, assim, estabelecido que quando houvesse intervenção a mesma deveria ser proporcional aos seus fins (FELDENS, 2005, p. 156).

Rompida a fase da antiguidade, a proporcionalidade começa a ganhar um desenvolvimento mais intenso, fazendo-se mais visualizável nos clássicos de

Montesquieu (em âmbito político e constitucional) e Beccaria (no que tange a aplicabilidade das penas aos delitos por meio do direito penal)³².

Montesquieu, verificando a necessidade de uma relação harmoniosa entre as penas, ligava a aplicação de uma penalidade desnecessária a um ato de tirania, asseverando ser “essencial que se evite mais um grande crime do que um crime menor, aquilo que agride mais a sociedade do que aquilo que a fere menos” (MONTESQUIEU, 1993, p. 103).

Nessa mesma toada, verificam-se as palavras de Beccaria que explicava, sob a alcunha “Proporção entre os Delitos e as Penas”:

Dada a necessidade de os homens se unirem, dados aos pactos que necessariamente resultam da própria oposição dos interesses privados, formam-se uma escala de desordens, cujo primeiro grau consiste naquelas que destroem imediatamente a sociedade, e a última, na mínima injustiça possível feita a um de seus membros privados. Entre esses extremos se encontram todas as ações opostas ao bem comum, que se chamam delitos e vão decrescendo, por graus imperceptíveis, do mais grave ao mais insignificante. [...] Se existisse uma escala exata e universal de penas e delitos, teríamos uma medida provável e comum dos graus de tirania e de liberdade, do fundo de humanidade e o de maldade das diversas nações. [...] Se uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo forte o suficiente para não cometer um delito maior, se dele resultar uma vantagem maior.

No que tange à seara do Direito (e Processo) Penal, tem-se no próprio Beccaria (1991, p. 45-46) o início de uma construção jus filosófica mais afinada à noção do que hoje se tem por princípio da proporcionalidade, mais especificamente no que se refere a um de seus principais sub-princípios, qual seja, o juízo de necessidade:

Nenhum homem entregou gratuitamente parte da própria liberdade visando ao bem comum; essa quimera só existe em romances. Se fosse possível, cada um de nós desejaria que os pactos que vinculam os outros não nos vinculasse; cada homem faz de si o centro de todas as combinações do globo. O que reuniu os primeiros selvagens foi a multiplicação da espécie humana, pequena por si só, mas muito superior aos meios que a natureza estéril e abandonada oferecia para satisfazer as necessidades que cada vez mais se entrecruzam. As primeiras uniões formaram necessariamente

³² No que tange aos referidos clássicos, as obras que se destacam no que tange ao princípio da proporcionalidade são: em Montesquieu, *O espírito das leis*, publicada em 1747, e em Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*, publicada em 1764.

outras para resistir àquelas e, assim, o estado de guerra se transferiu do indivíduo para as nações. Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito. [...] E por justiça eu não entendo mais que o *vínculo necessário* para manter unidos estado de insociabilidade; todas as penas que ultrapassem a *necessidade* de conservar esse vínculo são injustas por sua própria natureza.

Neste caminhar, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, proclamada no ano de 1789, estabeleceu em seu art. 8º, que “a lei não deve estabelecer outras penas que não as estrita e evidentemente necessárias”. A partir de então, a proporcionalidade, ainda que de maneira implícita, passa a necessariamente a ter de andar “de mãos dadas” com o princípio da legalidade, passando assim a nutrir todo o sistema normativo penal (NOVAIS, 2003, p. 551).

Mostra-se como ponto determinante na evolução do princípio da proporcionalidade até os dias atuais, as modificações havidas nos países ocidentais após a Segunda Grande Guerra Mundial, tanto no que se refere aos esforços quantitativos e qualitativos dos direitos fundamentais, que funcionam também, com seu fortalecimento, como ferramenta de “deslegalização” de arbitrariedades antes cometidas. Nesse diapasão, a expansão da proporcionalidade calha com uma considerável modificação do sentido e da eficácia dos princípios constitucionais, principalmente aqueles que tocam direta ou indiretamente os direitos voltados às liberdades (FELDENS, 2005, p. 158-159).

O debate acerca do princípio constitucional da proporcionalidade é permeado pela existência de dois aspectos que traçam o norte do instituto em comento. Inicialmente, discorre-se sobre sua verdadeira condição, no que tange ao aspecto normativo, ou seja, se a proporcionalidade se apresenta como regra, princípio ou postulado normativo de aplicação (ALEXY, 2008, p. 112)³³, sem adentrar-se no

³³ Robert Alexy, partindo de seus conhecidos critérios de diferenciação entre regras e princípios, recusa a proporcionalidade como princípio (conforme os termos de sua teoria), qualificando como *regras* as três parciais que se decompõe ao exame do que denomina de “máxima da proporcionalidade”. Segundo Alexy, “a máxima da proporcionalidade costuma ser chamada “princípio da proporcionalidade”. Sem embargos, não se trata de um princípio no sentido aqui exposto. A adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas frente a algo diferente. Não é que uma tenha precedência e outras não. O que se pergunta melhor é se as

debate que subjaz à referida categorização das normas como membros de uma ou outra família acima citada, acompanha-se aqui, com clarividente adaptação de terminologia, à formulação política da Constituição Federal de 1988, bem como a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais (Alemanha e Espanha) com o fito de conhecer a proporcionalidade como princípio imanente à clausula do Estado Democrático de Direito, a teor do disposto no art. 1º, da CF/88, uma vez que esta lhe proporciona as condições de possibilidade de sua aplicação em favor dos direitos fundamentais (SILVA, 2002, p. 30)³⁴, e da dignidade da pessoa humana que “indubitavelmente [...] representa o mais fundamental dos direitos fundamentais, devendo toda ordem normativa se responsabilizar pela manutenção de sua incolumidade” (FABRIZ, 2008, p. 119).

Acerca de sê-lo princípio ou não, importa-nos retirar os efeitos de sua operacionalização dogmática no que se refere a como fazê-lo. Deste modo, sem se alienar de sua “roupagem” normativa, haja vista que efetivamente se trata de um

máximas parciais são satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência a ilegalidade. Portanto, as três máximas parciais tem que ser catalogadas como regras” (p. 112). No que atine a doutrina brasileira, destaca-se, a este respeito o trabalho de Humberto Ávila, que denomina “dever de proporcionalidade”, como um postulado normativo aplicativo, situando em uma categoria das “metanormas”, oportunizando a visualização de casos em que há violação às normas jurídicas cuja aplicação estrutura (Ávila, 2003, p. 80-81 e 104-121). Particularmente, concorda-se, no presente trabalho com o referenciado autor. Já no que se refere a crítica que ao mesmo é dirigida, no sentido de que a proporcionalidade, nos exatos termos como é situada, não se mostraria como um referencial constitucional que lhe sirva de base, ou fundamento de validade, um ponto deve ser esclarecido. Ainda que aqui se situa e proporcionalidade como consequência lógica do Estado de Direito, uma vez que daí se origina suas condições e de possibilidade, de ver-se que pouco ou nada colhemos, no que tange ao aprimoramento teórico à sua aplicabilidade, quando tão somente nos lançamos em busca de um nascedouro normativo-constitucional à proporcionalidade se daí não se extrai uma conclusão diversa que se mostre argumentativamente com provável. Assim, não se vê como assentir com a referida objeção se a mesma não oferta um diferencial teórico apto a alcançar um resultado distinto e operativamente mais adequado. Desta maneira, seja a proporcionalidade uma implicação lógica da posituação de um ou mais princípios, seja ela clausula do Estado de Direito ou do núcleo essencial de direitos fundamentais, vê-se como importante verificar sua aplicabilidade, e, portanto, quais os limites de sua aplicação (SILVA, 2002). Neste sentido: Luis Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, **Revista dos Tribunais**, v. 798, abr. 2002, para o autor a prática jurídica em geral e, especificamente brasileira, ao atribuir a proporcionalidade um caráter de princípio, em verdade o que pretende é “conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade (p. 26); Luis Roberto Barroso, “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional”, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, Revista dos Tribunais, São Paulo: ano 6, n. 23, p. 65-78, abr./jun. 1998.

³⁴ Na esteira do pensamento de Virgílio Afonso da Silva (2002), no Tribunal Constitucional alemão, a proporcionalidade não se apresenta como uma simples pauta que surge de maneira vaga, uma vez que os atos estatais devem ser sempre razoáveis. Os sub-princípios que compõe a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são aplicados em ordem pré estabelecida, conferindo à proporcionalidade um considerável nível de precisão, diferenciando-a, portanto, da mera exigência de razoabilidade.

dever de proporcionalidade em relação à atuação dos poderes públicos em prol dos interesses coletivos (interesses públicos) em paralelo aos direitos e garantias fundamentais, situa-se a proporcionalidade como verdadeira ferramenta hermenêutica aliada ao processo de tomada de decisão com competência bastante a fomentar uma determinada medida, de caráter coercitivo, na hipótese do presente estudo, assumido, para se conseguir, ou alcançar um específico fim³⁵. Nessa toada, o exame da proporcionalidade, devidamente balanceado dos direitos ou interesses conflitantes³⁶, será projetado em um raciocínio tripartido, o que envolve a adequação (idoneidade), a necessidade (exigibilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito da medida a ser aplicada no combate ao crime organizado (ALEXY, 2008, p. 98-120).

O juízo de proporcionalidade de uma determinada medida ou legislação restritiva de direitos e garantias fundamentais dos investigados ou acusados criminalmente, neste particular por envolvimento com a prática de delitos por meio de organizações criminosas, tal como desenvolvido pela jurisprudência alemã, mostra-se alcançável mediante um raciocínio lógico escalonado, composto por três fases parciais que de

³⁵ Insta recordar que a hipótese do presente estudo é norteado no sentido de apontar afirmativamente que direitos e garantias fundamentais, dos investigados ou acusados de envolvimento com o crime organizado, podem ser restringidos ou relativizados em favor do efetivo combate à criminalidade organizada. Neste estudo optou-se por considerar os meios de obtenção de provas como elemento limitador dos direitos e garantias individuais em favor dos direitos e garantias fundamentais da coletividade (do público), para tanto se deve observar os critérios consoantes ao princípio constitucional da proporcionalidade proposto por Robert Alexy, em “Teoria dos direitos fundamentais” como fundamento que “medirá” de “onde à onde” a restrição pode ir no que se refere aos direitos e garantias individuais dos investigados ou acusados em processos penais, ou seja, a proporcionalidade mostra-se com uma dupla função, por um lado a de permitir medidas ou leis restritivas de direitos e garantias fundamentais funcionem no combate a delinquência organizada e, ao mesmo tempo, exerça também um indispensável papel como limitador desses instrumentos criados (pelo legislador) ou interpretados (pelo hermenauta) para que não se permita, por meio da proporcionalidade, que o Estado ultrapasse a linha do núcleo essencial dos direitos fundamentais do indivíduo sob investigação ou acusação. Particularmente no tocante ao conteúdo essencial de direitos fundamentais que devem ser preservados, inclusive pelas normas e medidas restritivas de direitos e garantias fundamentais, há que se olvidar a afirmação de Cristina M. M. Queiroz: “Os eventuais “limites imanentes” dos direitos fundamentais, resultantes da determinação do seu “âmbito normativo” ou “conteúdo essencial”, podem ser “revelados”, mas não “constituídos”, em caso de colisão prática, e, mesmo assim, apenas em ordem à proteção e defesa de outros bens ou interesses constitucionalmente protegidos. O limite da “tolerância” vem dado pela “operacionalidade mínima” ou “alcance central da aplicação” do direito. Ultrapassado esse limite, o legislador violaria o seu “conteúdo essencial”, entrando a agir de modo inconstitucional” (2002, p. 204).

³⁶ A esse respeito, interessante verificar a metáfora utilizada por Humberto Ávila (2003, p. 82), ao falar sobre a ponderação dos interesses conflitantes, afirmando que não há que se confundir os pratos da balança com aquilo que neles contém, ou seja, com aquilo que deve ser pesado ou sopesado.

maneira analítica a estruturam: o exame de adequação (ou de idoneidade conforme nominado na aplicação do sub-princípio em matéria penal), a necessidade (exigibilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito. Em tal contexto, os exames de adequação e necessidade consubstanciam-se na proporcionalidade em sentido amplo, por meio do qual o legislador ou aplicador da norma ao caso concreto deve observar ser adequado e exigível a aplicação da medida para alcançar o objeto proposto. Um meio somente é considerado adequado quando, por intermédio de sua utilização, se vê como possível lograr o resultado prático desejado (CANOTILHO, 2003, p. 260). É necessário, quando o legislador ou aplicador da norma não poderia ter optado por outro meio diverso, igualmente eficaz, que não impusesse limites, ou que o praticasse em menor grau, o direito fundamental. A proporcionalidade em sentido estrito, por seu turno, exige um juízo concreto de ponderação dos interesses envolvidos, devendo assim verificar a partir da constatação de que a gravidade da lesão perpetrada não transcenda suas razões, devendo, então estar na adequada proporção, indicando que vantagens dessa proporção no fim superam as desvantagens da invasão no âmbito dos direitos fundamentais restringidos (ALEXY, 2008, p. 117-118).

Veja-se, por oportuno, a constatação de Luciano Feldens (2005, p. 162) quando fala acerca da importância do desenvolvimento da proporcionalidade, por meio da análise escalonada através de seus sub-princípios acima referenciados:

O desenvolvimento da proporcionalidade à vista desta análise escalonada – as quais vêm a afirmar o congnominado *teste de proporcionalidade* da medida submetida à avaliação – carrega consigo a vantagem científica de permitir ao sensor da proporcionalidade refinar a sua operacionalização, de sorte a fazê-la um instrumental aplicativo do Direito mais apurado do que um simples exame acerca da razoabilidade – ou da racionalidade – da medida questionada.

O exame da adequação (idoneidade) assevera que a medida estatal a ser desencadeada (o meio) deve se mostrar idônea para atingir a finalidade almejada (o fim), qual seja: a realização do interesse público (coletivo). Neste mote, um meio é idôneo se com sua intervenção o sucesso desejado pode, de maneira efetiva ser alcançado (SERRANO, 1990, p. 157). Trata-se, assim de se promover um controle entre a “relação de adequação medida-fim” (CANOTILHO, 2003, p. 267-268).

Não é demais frisar que o controle de proporcionalidade aqui referido envolve diretamente a tutela dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade dos investigados e processados por envolvimento com o crime organizado, assim, em que pese exista o dever de combate a tais organizações, revela-se deveras importante que haja sempre observância à superioridade do núcleo essencial de direitos fundamentais no controle das normas penais, bem como na visualização da aplicabilidade das mesmas (SARLET, 2008b, p. 77), afinal “a própria Constituição Federal tratou de conferir importância nuclear aos direitos fundamentais, atribuindo-lhe lugar de destaque em seu corpo” (FABRIZ, 2008, p. 117).

De tal maneira, levando tal pensamento para o controle das normas penais, seja pelo legislador ou pelo julgador, no que atine a relativização de direitos e garantias fundamentais no combate às organizações criminosas, há que ser identificado, em primeira análise, qual o bem jurídico tutelado pela norma ou medida restritiva, ou seja, quais os fins imediatos ou mediatos de proteção da mesma. Tal constatação constitui elemento indispensável para se determinar se o legislador, no momento da produção legislativa, ou o aplicador (hermeneuta) no momento de aplicação da norma no caso concreto, incorreu ou não em excesso de rigor na pena ou na medida restritiva de direitos e garantias fundamentais dos sujeitos envolvidos na investigação criminal ou no processo penal; não observados tais parâmetros, corre-se o risco de se cometer o inadmissível, o retrocesso dos direitos e garantias fundamentais em favor de uma pseudo efetividade/eficiência da norma penal que deve ser a *ultima ratio* dentro de um ordenamento jurídico calcado nos ideias do constitucionalismo com vistas à tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, para que se possa denotar seguro o juízo de adequação, imperioso se faz verificar, sobretudo, se a tutela jurídico-penal em questão não é constitucionalmente ilegítima, ou vedada, o que certamente demanda uma investigação em dupla perspectiva, uma com relação ao tempo em que os interesses que se tem de preservar não devem estar constitucionalmente proscritos e, da mesma maneira, não devem ser socialmente irrelevantes, ou seja, os mesmos devem despertar a atenção do Direito e do Processo Penal.

Sendo constatada a ilegalidade na tutela penal e processual penal sob os elementos acima ventilados, desde logo a norma incriminadora ou restritiva de direitos ou garantias fundamentais, mostrar-se-á ofensiva ao princípio da proporcionalidade, devendo, assim, ser inutilizada pelo ordenamento, por padecer de patente inconstitucionalidade.

Doutro giro, considerando a hipótese em que a tutela pena é constitucionalmente assegurada, ou seja, é a Constituição como fundamento normativo do Direito e Processo Penal, tal análise já vem previamente estabelecida pela constituição, ainda que de maneira implícita, não sendo possível ao intérprete da norma questionar sua legitimidade, ao menos no tocante a este ponto (NOVAIS, 2003, 667).

Já no que se refere ao exame da necessidade, ou exigibilidade³⁷ como sub-elemento da proporcionalidade, indica no sentido de que a medida eleita necessariamente deve se mostrar como meio menos gravoso, dentre os potenciais meios eficazes disponíveis, à obtenção de um determinado fim (QUEIROZ, 2002, p. 205).

No campo jurídico-penal, deve-se indagar se a utilização da norma penal (ou processual penal) restritiva é ou não necessária para alcançar a finalidade de proteção do bem jurídico tutelado. A intervenção penal (ou da medida processual penal restritiva) mostrar-se-á necessária se a finalidade protetiva (o fim que se deseja com a medida), não poderia ser atingido com a mesma eficácia, recorrendo-se a uma alternativa dotada de menor grau de restrição ou lesividade.

Todavia, em que pese a existência de toda uma lógica necessária para a análise da aplicação dos institutos penais à luz da proporcionalidade, o que não raras as vezes se observa é a má utilização dos institutos, que acabam por se tornar desprovidos de um mínimo de razoabilidade na aplicação, em detrimento dos direitos fundamentais conforme asseverado por Daury Cesar Fabríz (2008, p. 110):

³⁷ A nomenclatura utilizada por Robert Alexy (2008) é *necessidade* para denominar o sub-princípio. Por outro lado, Serrano (1990, p. 189) aponta como nomenclaturas também utilizadas pela doutrina, como forma de se referir à *necessidade*, as seguintes denominações: intervenção mínima, exigibilidade ou subsidiariedade.

Bem verdade que a doutrina atual tem vislumbrado na pena um caráter multifacetado, todavia, ao que parece, a face prevalente da punição estatal vem sendo vindicativa ou vingativa, exatamente na contramão dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição.

Deve-se, portanto, ter em foco que o direito penal não se confunde com penalização, ao menos em sua essência. O direito penal, à luz dos fundamentos de um direito constitucional calcado na dignidade da pessoa humana deve se adequar para que possa administrar, sempre que necessário, os riscos trazidos pela globalização, uma vez que a sociedade contemporânea apresenta transformações até pouco tempo não tão conhecidas (o crime organizado), e certamente as apresentará com maior velocidade, impedindo, assim que nele (no direito penal) se vislumbre um instrumento eficaz de prevenção, combate ao crime e preservação dos direitos fundamentais (DEUS, 2010, p. 488)

Nesse diapasão, cabe anotar que na esteira do pensamento adotado por Serrano (1990, 197), a análise da necessidade como subelemento norteador da proporcionalidade não deveria ter em mira o meio “mais eficaz”, mas sim o meio “suficientemente eficaz”, para se atingir o fim desejado. Isso se deve ao fato de que a medida mais gravosa assegura com maior grau de intensividade que a medida mais branda a consecução do fim almejado, de sorte que o juízo de necessidade simplesmente deixaria de existir, sendo assim substituído pelo critério da maior eficácia. De tal forma, segundo a doutrina de Robert Alexy (2008, 149) o Tribunal Constitucional, bem como a doutrina alemã, apontam de forma negativa que o critério de necessidade reclame a substituição da medida mais gravosa se a menos lesiva não apresenta eficácia igual para a satisfação do fim, ou seja, a eficácia do meio mais branda deveria mostrar-se como a mesma que a do mais gravoso, para que este meio pudesse ser dado como excessivo.

Há que se salientar que a noção de proporcionalidade no que tange a matéria processual penal somente pode ser extraída da Constituição Federal de maneira implícita, na medida em que o legislador promoveu disciplinamento de nítido tratamento distinto para matérias diversas: veja-se que considerou inafiançáveis crimes graves (art. 5, XLIII) e, de maneira contrária, admitiu a adoção de

procedimento diverso no que se refere à transação penal para as infrações consideradas de menor potencialidade ofensiva (art. 98, I); autorizou a violabilidade das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal e instrução penal, desde que seja precedida de fundamentada autorização judicial (art. 5, XI e XII), embora, em diversos textos legais tenha também se preocupado com a tutela da preservação da intimidade e da vida privada dos cidadãos (art. 5, X); criou a possibilidade de ingresso na casa no período do dia por determinação judicial, após ter fixado como regra a sua inviolabilidade (art. 5, XI). Tal noção pode ser extraída da concepção do Estado Democrático de Direito, o qual, conforme anteriormente referido, deve garantir, assegurar a proteção de um núcleo mínimo de direitos fundamentais individuais.

Certamente, a ausência de alguns limites constitucionais evidentes ao legislador ordinário no que se refere à tutela restritiva de direitos poderá, inevitavelmente, acarretar em consideráveis excessos neste campo ainda muito sensível. Por outro lado, de maneira diametralmente diversa, a Constituição portuguesa, ao estabelecer os limites à produção legislativa ordinária, se mostra de maneira expressa na adoção do princípio da proporcionalidade desde que presentes de maneira cumulada quatro elementos condicionantes: i) que a restrição esteja expressamente prevista na Constituição; ii) que a restrição vise tutelar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido; iii) que se mostre apta para a finalidade e limite-se à medida necessária para alcançar esse objeto; iv) que a medida restritiva não atinja o núcleo mínimo em detrimento de outros direitos em causa (art. 18, n. 2 e 3).

Vê-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem adotando o princípio da proporcionalidade no que tange à consideração dos direitos à intimidade e à privacidade em desfavor de outros direitos, senão vejamos as palavras do julgado da lavra do então ministro Nelson Jobim por ocasião do julgamento do HC n. 75.338/98 – j. em 11.03.98:

[...] a Constituição não trata a privacidade como direito absoluto (art. 5, X, XI e XII). Há momento em que o direito a privacidade se conflita com outros direitos, quer de terceiro, que do Estado [...] Deve-se buscar o critério para a limitação. O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle. Deve-se ter em conta a proporcionalidade em concreto.

Na mesma toada já se posicionou também o Superior Tribunal de Justiça - STJ por ocasião do julgado do HC n. 7.216/98-SP em relatório da lavra do Ministro Edson Vidigal, com o respaldo das lições da doutrina de José Carlos Barbosa Moreira afirmando que “pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento de alguns direitos por ela conferidos, no caso, direito a intimidade.”³⁸

A proporcionalidade é adotada, sobretudo no que tange à consideração dos prazos processuais, com a finalidade de reconhecimento do “excesso de prazo procedimental”³⁹, ou seja, quando o acusado acompanha preso o processamento da

38 Nesse mesmo sentido são fartos os julgados da Corte Suprema do Poder Judiciário brasileiro (STF), senão vejamos o que afirma a Ministra Ellen Graice, por ocasião do julgamento de *Habeas Corpus* que tinha como paciente poderoso chefe de organização criminosa atuante dentro dos presídios de São Paulo e que comanda de dentro da unidade prisional toda sorte de atrocidades cometidas contra aqueles que tentam impedir o andamento de suas atividades ilícitas, mostrando assim a presença de grande poder de intimidação, exigência de uma lei do silêncio, movimentação de consideráveis quantias de dinheiro e conexões locais e extra locais: processual penal. *Habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva suficientemente fundamentada. Garantia da ordem pública. Periculosidade do réu. Precedentes do STF. Complexidade da ação penal. Inocorrência de excesso de prazo. Nulidade do interrogatório realizado por meio de carta precatória. Questão não apreciada pelo Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Writ parcialmente conhecido e denegado. 1. Verifico que o Juiz, ainda que de forma sucinta, fundamentou suficientemente a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, eis que, diante do conjunto probatório dos autos da ação penal, a custódia cautelar se justifica para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. Com efeito, pelo que consta dos autos, o paciente faria parte de uma associação criminosa que pratica com habitualidade o tráfico de drogas, sendo que um de seus integrantes agiria diretamente de dentro de um dos presídios do Estado de São Paulo. 3. A periculosidade do réu constitui motivo apto à decretação de sua prisão cautelar, com a finalidade de garantir a ordem pública, consoante precedentes desta Suprema Corte (HC 92.719/ES, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.09.08; HC 93.254/SP, rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 01.08.08; HC 94.248/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 27.06.08). 4. A duração da prisão cautelar do paciente, pode se justificar com base no parâmetro da razoabilidade, em se tratando de instruções criminais de caráter complexo (HC 89.090/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Sessão de 21.11.2006, DJ de 05.10.2007), como parece ocorrer na hipótese. 5. No tocante à eventual nulidade em razão do interrogatório do paciente ter sido realizado por meio de carta precatória, verifico que tal questão não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, o que inviabiliza o seu conhecimento por esta Suprema Corte, sob pena de indevida supressão de instância. 6. Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado. (HC 99377, Relator(a): Min. Ellen Graice, Segunda Turma, julgado em 29/09/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-05 PP-01066). Ressalta-se ainda que a Ministra Relatora faz referência a uma série de outros julgados dos mais diversos ministros da Suprema Corte, deixando, assim, demonstrado que é posicionamento assentado dentro do STF a utilização do princípio da razoabilidade e proporcionalidade e seus sub princípios como justificadores da denegação de HC em favor de membros do crime organizado.

39 Verifica-se que em muitos casos as organizações criminosas tem tentado se valer de toda sorte de argumentos falaciosos com a finalidade única de ter revogada suas prisões cautelares para que assim possam retornar as ruas e com isso interferir no curso das investigações e dar continuidade as suas atividades ilícitas. Todavia, nos últimos anos tem-se verificado um posicionamento mais “enérgico” do STF, que, com tal postura certamente em muito colabora com o combate ao crime organizado: Ementa: Habeas corpus. Processual penal. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Elevado número de réus. Complexidade da ação penal. Razoabilidade. Paciente denunciado com outras vinte e quatro pessoas integrantes de organização criminosa voltada ao tráfico de

ação penal e das investigações que pesam contra ele. Segundo a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deve-se adotar a razoabilidade e proporcionalidade na contagem de tais prazos. Partindo-se desse critério, o processo deve ser analisado de forma casuística, ou seja, de acordo com cada caso concreto, não existindo, pois uma fórmula fechada e aplicável de igual maneira para todos os casos. Se as dificuldades para o cumprimento dos prazos, justificarem a ultrapassagem do limite temporal para o término do processo poderá ser tolerada, caso haja constrangimento ilegal ao investigado ou acusado, de outro giro, se constatada a considerável demora para a conclusão das investigações ou do processo, deve o acusado ser posto em liberdade. Veja-se o que afirma o STJ em julgado que teve como voto vencedor o proferido pelo Ministro Vicente Cernicchiaro:

A complexidade de conclusão dos inquéritos de conclusão dos inquéritos policiais e a dificuldade e instrução criminal são cada vez maiores. Nesse novo quadro, superada se mostra a soma simplesmente aritmética dos prazos do procedimento penal. A prisão cautelar a eles precisa-se conciliar-se. A ordem pública, a realização da instrução e a eficácia de eventual condenação, seus pressupostos, não podem ser vistos como garantia meramente formal. Cumpre volver os olhos para o sentido material dos institutos. Faz-se imprescindível, por isso, raciocinar com o juízo da razoabilidade para definir excesso de prazo no encerramento da instrução criminal. Temperar-se-ão, assim, com o interesse individual de o processo não se estender por prazo intolerável, que redundaria em cumprimento antecipado (quando não indevido) diante de mera acusação. O juízo de probabilidade, não pode reduzir-se a mero prazo de lógica formal. (STJ – HC – RSTJ 29/95).

Tendo em vista as frequentes críticas quanto à suposta imprecisão da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, a doutrina se viu pressionada a evoluir no sentido de formular um conteúdo jurídico mais palpável ou determinável, de maneira que permita sua assimilação quando aplicado na prática. Com o avançar desses estudos chegou-se à conclusão de que, para a utilização da proporcionalidade, deve o legislador (no momento de produção do enunciado normativo) e o juiz (no que tange à aplicação da norma no caso concreto) observar determinados elementos que formam sua essência, esse denominados pela doutrina alemã de subprincípios ou requisitos para sua consideração, são eles: i) adequação (idoneidade); ii)

entorpecentes. O elevado número de réus torna a ação penal complexa, demandando prazo razoável para o seu término. Ordem denegada. (HC 101110, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-03 PP-00576).

necessidade; iii) proporcionalidade em sentido estrito (SERRANO, 1990, p. 200-202).

A conceituação de adequação (idoneidade) corresponde à necessidade de adequação qualitativa, ou seja, aptidão da medida restritiva de direitos fundamentais para se chegar ao fim a que a mesma se destina, além da adequação de sua determinação no campo subjetivo de sua aplicação, ou individualização dos sujeitos passivos que irão ser atingidos por ela.

Desta maneira, para fins de idoneidade qualitativa, deverá a medida restritiva de direitos fundamentais se mostrarem em consonância com sua finalidade estabelecida em lei. Exemplificando: a violabilidade do domicílio somente pode ser determinada para viabilizar a busca e apreensão de coisas ou pessoas que estejam relacionados com o crime sob investigação⁴⁰. Para que a restrição de direitos fundamentais seja adequada quantitativamente, a medida deve acatar o limite necessário para que seja alcançada a finalidade almejada por sua decretação. À guisa de exemplificação, pode-se fazer referência ao tempo de duração de uma interceptação telefônica, que segundo a legislação brasileira é de no máximo 15 (quinze) dias, podendo ser prorrogada, tão-somente se ficar atestada sua indispensabilidade (art. 5º, da lei nº 9.226/96). Da mesma maneira não se mostra coberta de idoneidade a aplicação da medida que acarrete em restrição de direitos fundamentais de pessoa que não figura como suspeito ou acusado de participação em crime organizado, fato que impõe necessariamente a firmação de um juízo de probabilidade sobre o sucesso da investigação com relação a terceiro indivíduo, que a princípio não se mostra envolvida com a organização que esteja sendo investigada.

⁴⁰ Veja-se o que estabelece o art. 240 do CPP: “A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção. § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior”.

O elemento *necessidade* é, conforme sobredito, considerado como o elemento mais importante dos subprincípios do princípio da proporcionalidade, impondo que seja analisado pelo legislador ou pelo juiz, este principalmente por ser aplicador da norma, diante de um caso concreto todas as demais formas aptas a atingir o resultado esperado com a medida restritiva, para somente depois se concluir ou não por aquela mais danosa, que, se aplicada, irá implicar necessariamente em restrição de direitos fundamentais do sujeito. Imperioso destacar que se qualquer das medidas postas ao lado da medida restritiva se mostrar menos gravosa e suficiente para a finalidade almejada pela *persecutio*, a restrição deverá ser considerada desproporcional por ofensa ao subprincípio da necessidade e, conseqüentemente não aplicada (SERRANO, 1990, p. 252-253).

Segundo o que destaca SILVA (2003, p. 59),

[...] a característica principal desse sub-princípio é o aspecto comparativo, que impõe a necessidade de comparação entre as medidas restritivas de direitos passíveis de adoção, no sentido de buscar aquela mais idônea para a finalidade pretendida. A lei processual não fixa padrões de comparação e nem uma escala de lesividade para orientar a atividade do juiz diante do caso concreto. Para evitar equívocos judiciais, a doutrina alemã propõe a observância de três condições básicas: a medida substituta, deve ser capaz de alcançar a finalidade buscada pela medida substituída, deve estar prevista na lei processual e deve existir infra-estrutura pessoal (por exemplo, médicos, assistentes sociais) e material (por exemplo, vagas em centros de reabilitação) suficientes para a aplicação [...] no Brasil, este princípio está expresso no art. 2, inc. II, Lei n. 9.296/96, que dispõe que não será admitida a interceptação da comunicação telefônica quando “a prova puder ser feita por outros meios disponíveis”. Também está consignado no art. 5º da mesma lei, que prevê que a prorrogação do período de interceptação telefônica somente será prorrogada “uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. Em matéria de prisão e liberdade, o art. 2º da Lei n. 7.960/89 dispõe que apenas se admite a prorrogação do prazo de prisão temporária “em caso de extrema e comprovada necessidade”. Ainda, o art. 316 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de revogação da prisão preventiva quando tornar-se desnecessária, ante a verificação da “falta de motivo para que subsista”.

No que tange à *proporcionalidade em sentido estrito*, também nominado como princípio da “justa medida”, é por meio dele que são pesadas as “desvantagens dos meios em relação às desvantagens dos fins” (CANOTILHO, 2003, p. 269), correspondendo a uma análise que encontra alojamento na teoria da ponderação, a significar que o meio utilizado não pode se mostrar desproporcional ao fim almejado.

À diferença em relação aos juízos de adequação e necessidade, nos quais o fim apresentava-se tão-somente como um ponto referencial, na análise do juízo de ponderação a finalidade da intervenção estatal ou de restrição estatal constitui elemento essencial da mesma, de modo que a relevância do fim almejado se faz ponderar com a relevância do prejuízo causado ao direito fundamental do sujeito que experimenta a restrição, razão pela qual se torna imperioso determinar o valor que a Constituição confere à consecução do aludido fim (QUEIROZ, 2002, p. 136-137).

Diretamente no campo do Direito Penal e Processual Penal, o exame da proporcionalidade em sentido estrito procura determinar se a pena ou medida restritiva de direito e garantia do sujeito investigado ou processado criminalmente, no caso do presente trabalho envolvido com o crime organizado, é ou não desproporcional em seu sentido estrito, ou seja, o que ocorre quando se encontra um desequilíbrio patentemente excessivo entre a sanção ou medida de restrição com a finalidade da norma, considerando também o bem atingido.

Devem, assim, legislador e o julgador verificar se o interesse estatal perseguido é proporcional à violação dos direitos fundamentais restringidos, que, frise-se, sempre deve ocorrer de maneira excepcional, ou seja, mesmo autorizada a medida restritiva de direitos fundamentais (subprincípio da idoneidade) e ainda que se mostre necessária (subprincípio da necessidade), deverá ser também proporcional à finalidade buscada pelo Estado. Com o fito de sopesar a importância dos interesses da *persecutio criminis* em relação aos interesses individuais dos investigados ou acusados, a doutrina aponta quatro critérios, que apesar de não se apoiarem em considerações empíricas, estão assentadas em considerações valorativas, que devem ser consideradas de maneira cumulativa, são elas: i) consequência jurídica; ii) a importância da causa; iii) o grau da imputação; e iv) o êxito previsível da medida restritiva (SERRANO, 1990, p. 252-253).

O primeiro critério apontado, *consequência jurídica*, consiste em relevante requisito de utilidade prática vastamente utilizado pela jurisprudência e doutrina da Alemanha, e também se mostra como regra expressa positivada no § 112 (1) do StPO, que

veda a prisão do acusado quando a medida se mostrar desproporcional em relação à “pena ou medida de correção e de segurança esperada”. Por tal critério, pensar em restrição de direitos fundamentais do indivíduo é necessariamente pensar em proporcionalidade entre o direito ou garantia que esteja sendo alvo de restrição e a pena potencial que o investigado ou acusado poderá sofrer ao final do processo penal. Em princípio, não há que se justificar a invasão da privacidade do investigado por meio da violação de seu sigilo bancário, para a apuração de um crime de lesão corporal ou furto simples, uma vez que além de tais modalidades criminosas estarem vinculadas a uma penalidade razoavelmente baixa, a mesma poderá até mesmo ser substituída por penalidade alternativa. O mesmo pode ser dito da quebra do sigilo de comunicações telefônicas com o fito de buscar elementos de provas para a caracterização de formas menos relevantes de contravenções penais e crimes “simples” (que geralmente se encaixam no conceito de criminalidade de massa).

Já pelo critério da *importância da causa*, também com fundamento no § 112 (1) StPO, que veda completamente a prisão provisória quando for desproporcional em relação à “importância da causa”, exige-se uma análise sobre a gravidade da infração penal sob investigação, que deverá ser confrontada com a intensividade da restrição do direito individual. Uma parcela da doutrina alemã tem formulado críticas a esse critério, pois, ao contrário do critério da consequência jurídica, que é amparado na pena objetivamente prevista, a relevância da demanda é caracterizada pela ausência de conteúdo determinado, o que pode levar a um *decisum* carregado de subjetividade. Em que pesem os fundamentos de tais críticas, na prática judiciária alemã a importância da causa compreende fundamentalmente três circunstâncias distintas, quais sejam: a gravidade do fato, o interesse público no sucesso do processo ou o perigo de repetição/reincidência de fatos análogos (SERRANO, 1990, p. 258-262).

O *grau de imputação* consiste na proteção a respeito da força da suspeita sobre a autoria ou participação no fato sob investigação, o que permite avaliar a probabilidade de uma futura e potencial condenação do sujeito investigado. Tal critério, também é questionado em parte da doutrina alemã por se apresentar

“excessivamente indeterminado”, na medida em que exige uma graduação da suspeita e uma violação à presunção de inocência. Todavia, além de permitir que o julgador tenha uma visão individualizada da conduta de cada investigado (e no direito brasileiro isso se mostra importante diante do princípio da individualização da pena), de maneira a tratá-lo de forma distinta no processo, mostram-se também como forma de evitar que haja restrição de direitos fundamentais daquela pessoa sobre a qual pairavam apenas dúvidas quanto à sua participação ou não no crime organizado (SERRANO, 1990, p. 265).

Finalmente, o *êxito previsível da medida* refere-se à unidade de medida que implicará na restrição dos direitos fundamentais, impondo o magistrado uma atividade de aferição sobre a previsibilidade de êxito de sua iniciativa, motivo pelo qual tal êxito é entendido como compreendido no subprincípio da idoneidade (adequação qualitativa da medida restritiva de direitos fundamentais). Vendo o juiz que a medida restritiva não apresentará nenhum resultado positivo para a apuração dos fatos e busca de provas, seja no decorrer da investigação criminal ou no processo penal, deverá indeferir qualquer pretensão em sentido restritivo. Ora, de nada adianta deferir a quebrar o sigilo bancário do investigado ou processado se, de antemão, é de conhecimento que o mesmo não efetuou depósito ilícito em qualquer conta de sua titularidade. Assim como se mostra desproporcional a violação da residência do acusado se, desde logo se tem conhecimento de que pessoas ou documentos buscados ali não se encontram, uma vez que estão em locais diversos ou até mesmo foragidos (SERRANO, 1990, p. 272).

Neste norte, pode-se conceber que dentre as possíveis maneiras de proteção admitidas, destacam-se as normas de Direito e Processo Penal como instrumentos legítimos à ação estatal disponibilizado pelo Estado Social e Estado de Direito na tutela dos direitos fundamentais e no combate às organizações criminosas (ALEXY, 2008, p. 436).

Conforme sobredito entende-se que em caráter de excepcionalidade os direitos e garantias fundamentais individuais de determinados sujeitos poderão ser relativizados em favor do combate à criminalidade do tipo organizada. Não é demais

frisar que o referido carácter de excepcionalidade sempre deverá observar antes de qualquer medida restritiva o núcleo essencial de direitos fundamentais que de maneira nenhuma pode ser transposto.

Em que pese a ordem constitucional brasileira não tenha reservado o espaço que merece a tutela da disciplina expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais, torna-se de extrema importância lembrar que o texto constitucional de 1988, demonstra, ainda que de maneira indireta por meio de seu art. 60, parágrafo 4, IV, norma expressa que veda qualquer proposta de emenda à constituição com o fito de abolição dos direitos individuais.

Deveras, tal cláusula pode ser entendida como verdadeiro limite do limite, também para o legislador ordinário no que se refere à proteção do núcleo essencial de direitos individuais das pessoas.

De tal forma, ainda que o texto constitucional não tenha diretamente estatuído a máxima do núcleo essencial, vê-se como incontroverso que tal princípio está incorporado ao próprio modelo garantístico adotado pelo constituinte originário.

Neste mesmo norte de pensamento, é relevante destacar as palavras de Daniel Sarmiento (2002, p. 111) quando afirma que:

Um limite que a doutrina impõe à ponderação de interesses é o respeito ao núcleo essencial de direitos fundamentais. Considera-se que existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o "limite dos limites", ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição.

Note-se que Sarmiento destaca que o núcleo essencial de direitos fundamentais é considerado, em nível doutrinário, o limite dos limites com a finalidade de que nenhuma lei ou técnica de ponderação de direitos e interesses possam se sobrepor ao núcleo duro de direitos fundamentais. Vê-se ainda que, uma vez mais, fica constatada a inexistência de previsão expressa na constituição quanto a esse respeito, havendo, pois, de ser uma interpretação e construção doutrinária e

jurisprudencial que também se mostram válidas como fonte do direito.

De tal sorte, no que tange ao combate ao crime organizado, há a possibilidade de se utilizar a restrição de direitos e garantias fundamentais por meio de produção das provas de modo a viabilizar a efetividade em seu combate, todavia toda cautela é necessária, haja vista que direitos fundamentais que a duras penas foram conquistados e garantidos ao longo da história da humanidade e do Brasil não podem ser restringidos em qualquer hipótese, mas tão somente quando estritamente necessário.

3 O PROCEDIMENTO PROBATÓRIO E A OBTENÇÃO DE PROVAS PARA EM FACE DO CRIME ORGANIZADO

A conceituação de prova, não é derivada do direito, mas, sim, tem referência no pensamento científico de maneira geral, possui, portanto, significado variado no âmbito do direito processual. Aparece no direito processual como forma de traduzir os meios pelos quais o Estado/juiz e as partes dispõem para demonstrar sua pretensão em juízo, bem como para que a autoridade judiciária competente possa fundamentar seu *decisum* tanto para a condenação de sujeitos quanto para sua absolvição. Deste modo, o conceito de provas pode ser adotado como a atividade designada para a colheita de elementos que esclarecerão os pontos controversos de uma demanda judicial e formarão a convicção do julgador (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 351).

Nesse contexto, a atividade probatória deve ser desenvolvida, tanto no momento investigatório quanto no momento instrutório, de maneira organizada com o fito de possibilitar ao juiz⁴¹ a busca da verdade para o caso sob exame, isto é, da verdade processual. Daí a noção de procedimento probatório como a atividade composta por um conjunto de atos, concatenados e coordenados, por meio do qual o magistrado buscará reconstituir os fatos ventilados no processo pelas partes.

41 Falamos aqui em “com o fito de possibilitar ao juiz a busca da verdade” diante da nova redação dada pela Lei 11.690/2008, ao art 156 I e II do CPP, que autoriza o juiz mesmo antes do oferecimento da ação penal a produzir provas, inclusive de ofício, “de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” ou de poder “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Com isso, podemos verificar dois elementos que reputamos de fundamental importância para a eficácia da aplicação da lei penal e processual penal no combate ao crime organizado: i) o juiz, a partir da expressa autorização do suso mencionado dispositivo, deixa de ser mero expectador em um processo, onde antes somente assistia os fundamentos das partes para a final tomar uma decisão e passa a figurar como verdadeiro investigador (dependendo do caso a caso) no processo penal; e ii) verifica-se mais uma vez que o legislador aponta expressamente o princípio da proporcionalidade (inciso I, *in fine*) como critério de ponderação de interesses no momento de determinar uma produção de provas, inclusive no momento de valorar se a prova a ser produzida irá ou não restringir algum direito fundamental dos investigador ou acusado. Neste mote, entendemos que andou bem o legislador ordinário, conforme podemos observar no texto original do novel dispositivo, senão vejamos: *Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.*

Há que se destacar que o procedimento probatório é composto por cinco elementos característicos e distintos entre si: i) *a obtenção da prova*, consiste na busca de elementos de prova que serão postos ao juízo por meio dos instrumentos de busca disciplinados em lei; ii) *a proposição da prova*, que se consubstancia na indicação pelas partes ao juiz dos meios de provas que se pretenderá no processo; iii) *da admissibilidade da prova*, por meio da qual o magistrado defere ou indefere os meios de provas anteriormente propostos; iv) *a produção da prova em sentido estrito*, meio que viabiliza a introdução da prova no processo penal; e v) *a valoração da prova*, por meio da qual o magistrado sopesa as provas produzidas no processo e valora, de acordo com cada caso concreto, aquelas que se mostram com mais ou menos “valor” diante das argumentações das partes e diante do que se convenceu para finalmente tomar sua decisão (AROCA, 2000, p. 284).

Neste sentido, veja-se o que afirma Silva (2003, p. 63) acerca do procedimento probatório no processo penal:

[...] ao legislador não importa apenas a certeza sobre os fatos apurados, mas também o caminho por que se chega a ela, como decorrência do princípio da legalidade em geral [...] Outrossim, na consecução dos momentos que compõem a atividade probatória, os operadores do Direito não devem olvidar a presunção de inocência que milita em favor dos acusados, a qual foi acolhida pela Constituição da República de 1988 como um dos grandes postulados do pensamento jurídico liberal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, inc. LVII). Aos investigados e acusados submetidos à atividade probatória deve ser respeitado o *status* de inocentes, e para que sejam considerados culpados a atividade probatória deve desenvolver-se dentro de parâmetros mínimos que respeitem a dignidade da pessoa humana, também assentada na Lei Maior como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. II). Somente dentro desse contexto contemporâneo que a atividade probatória poderá se conduzir validamente a condenação do acusado.

Todavia, a doutrina não se mostra unânime quanto ao momento que compõe a atividade probatória. Segundo Manzini (1952, p. 198) para se chegar à prova exige-se uma série de atos processuais, que podem ser aglomerados em três categorias: a de produção, a de recepção e a de valoração da prova em juízo. Já na perspectiva de Florian (1968, p. 223), a atividade probatória no processo se resume em: indicação da prova; averiguação efetiva (busca material); apresentação da prova; admissibilidade da prova; apreensão ou aquisição da prova. Finalmente, mas não

menos relevante, traz-se à colação o posicionamento de Cordero (1971, p. 444-446) acerca dos elementos que compõem o procedimento probatório, são eles: indicação da prova; produção; assunção e colheita dos meios de provas.

Na doutrina brasileira Greco Filho (2010, p. 337) aponta três momentos da produção probatória: momento do requerimento ou propositura, momento do deferimento e momento da produção. Já segundo as lições de José Frederico Marques (1997, p. 280) a divisão se estabelece em: momento da proposição da prova, da admissão da prova e da execução da prova ou produção da prova. Derradeiramente, não se pode deixar de observar o posicionamento de (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006, p. 107), para os quais devem ser observados quatro momentos de produção da prova: proposição, admissão, produção e apreciação.

Destarte insta destacar que a legislação processual penal nacional não teve como preocupação a separação dos momentos que compõem a produção da prova, verifica-se que os mesmos podem ser extraídos de diversos dispositivos que compõem o Título VII do Livro I do CPP, intitulado “Da prova”, que disciplinam alguns meios de busca de provas e a introdução, produção e apreciação das mesmas pelo magistrado, ressaltando-se ainda os meios específicos de provas existentes disciplinados na legislação especial (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2006, p. 106).

De maneira semelhante, na lei processual penal italiana, conforme assevera TONINI, (2000, p. 43-46), não há referência ao momento exato de obtenção da prova (*acquisizione*), a qual é extraída de alguns dispositivos que fazem expressa menção à aquisição da prova antes ou fora do *dibattimento*, razão pela qual a maioria dos doutrinadores insistem em identificar a *ricerca* das fontes de provas, a *ammissione* dos meios de prova, a *assunzione* dos elementos probatórios e a *valutazione* do resultado probatório.

3.1 A COLABORAÇÃO PROCESSUAL OU DA DELAÇÃO PREMIADA

A chamada colaboração processual, também denominada de cooperação processual, acontece quando no curso das investigações criminais (fase pré-processual) ou quando já no processo penal propriamente dito (fase instrutória), o acusado, além de confessar seus delitos às autoridades, evita com que outras infrações penais venham a ser consumadas, auxiliando para que a Autoridade Policial competente, em sua atividade de recolher provas, possa colhe-las em desfavor dos demais co-autores do colaborador. Portanto, a colaboração processual, ou pré-processual, como preferem algumas doutrinas, fundamentalmente incide sobre as investigações e o resultado do processo, uma vez que possibilita a colheita de provas mais “frescas” ou até mesmo de um potencial flagrante, conforme mais adiante será tecido.

Desta forma, o referido instituto da colaboração premiada mostra-se sensivelmente mais amplo do que a delação premiada, esta consagrada em alguns dispositivos da legislação especial brasileira⁴².

No direito norte-americano, os acordos entre acusação e acusado já se fazem incorporados à prática forense, o que certamente torna um verdadeiro facilitador da colaboração premiada. Tal sistemática mostra-se oriunda da tradição calvinista, na de confessar publicamente a culpa, revela-se como uma atitude nobre e “cristã” que

42 No direito nacional a delação premiada foi inicialmente disciplinada pela Lei n.º 8.072/90 (Lei dos crimes hediondos), com previsão em seu artigo 8º, parágrafo único, que: “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços”. Em seguida, a Lei n.º 8.137/90 (Lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), também cuidou da matéria, estabelecendo em seu artigo 16, parágrafo único, que os crimes “cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judiciária toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços). De igual modo a Lei n.º 9.269/96 disciplinou a delação premiada em relação ao crime de extorsão mediante sequestro, introduzindo o § 4º no art. 158 do Código Penal, prevendo o benefício da redução de pena de 1 (um) a 2/3 (dois terços) para aquele que denunciar o crime a autoridade de forma a facilitar a liberação do sequestrado. Somente a Lei n.º 9.034/95, que trata especificamente do combate a criminalidade organizada, tratando dos meios operacionais de obtenção de provas em favor do combate a tais organizações, dispôs que “nos crimes praticados em organizações criminosas, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de informações penais e sua autoria” (art. 6º). Também a Lei 9.807/99, autoriza a diminuição da pena do acusado que colaborar de forma voluntária e eficaz com a Justiça.

deve ser valorizada pelo direito. Em tempos passados, antes mesmo de dar início aos julgamentos, o magistrado costumava arguir o acusado acerca de sua pretensão de se declarar publicamente culpado, pedir perdão e aceitar livremente a punição pela prática de seu delito. Hodiernamente, verifica-se que a assunção da culpa já não se mostra mais como satisfação da moral pública, podendo assim resultar em eficaz estratégia do *parquet* com a finalidade de obter a condenação dos chefes (mentores) do crime organizado. Aceitando a proposta do promotor (geralmente um procurador de justiça) para “testemunhar” ou delatar, em favor da acusação, o agente colaborador ingressa em um programa, no qual poderá se valer de uma nova identidade, alojamento, dinheiro e outra profissão (ZIEGLER, 1999a, p. 238-239).

No direito italiano, a gênese histórica dos colaboradores é de difícil precisão, todavia sua prática foi fortemente incentivada, principalmente nos anos 70, com a finalidade de combater os atos de terrorismo, sobretudo de extorsão mediante sequestro, mostrando-se deveras eficaz nos processos instaurados para a apuração da criminalidade organizada e das máfias. O chamado *pentitismo* do tipo mafioso permitiu às autoridades uma visão acertada sobre a capacidade operativa das Máfias, determinando consideravelmente a ampliação de sua previsão legislativa, bem como a criação de uma estrutura administrativa voltada para sua gestão operativa (Setor de Colaboradores da Justiça). O êxito de tais medidas se refletiu fortemente diante da inflação de “arrepentidos” que buscavam a todo custo os benefícios legais, gerando, inclusive perigo de sua concessão a sujeitos que não gozavam do papel estabelecido perante as organizações criminosas (ZIEGLER, 1999a, p. 240-241).

No que tange ao disciplinamento legal da colaboração processual no direito brasileiro, o primeiro diploma legislativo e, sem dúvidas, que tratou da matéria foi a Lei nº. 10.409, datada de 11 de janeiro de 2002, dispondo sobre “a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e à proibição do uso e tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências”. Em que pesem as inúmeras imprecisões e polêmicas jurídicas trazidas com a referida lei, bem como os diversos dispositivos que foram vetados pelo Poder Executivo, não

restam dúvidas que a mesma traz sua contribuição para o sistema jurídico de obtenção de provas para o processo penal, especificamente no que tange ao combate ao crime organizado em matéria de tráfico.

A esse respeito, imperioso referenciar a precisa definição do instituto, formulada por Gustavo Senna Miranda (2007b) em artigo intitulado, *A “delação premiada” como instrumento de combate ao crime*, quando aponta, ainda que sinteticamente o que vem a ser a delação premiada ou colaboração processual, sem deixar de fazer menção a recentes acontecimentos da história política e criminal brasileira, senão vejamos:

Nos últimos meses, especialmente em vista dos escândalos de corrupção que assolam o País, a população começou a conviver com a utilização freqüente nos meios de comunicação de uma técnica de investigação conhecida como “delação premiada”. Tal procedimento, cujo termo mais apropriado, seguindo uma tendência internacional, é “colaboração processual”, que foi importado do direito americano e também da conhecida ideologia da “operação mãos limpas” do direito italiano, pode ser conceituado como um benefício processual (perdão judicial ou diminuição de pena) concedido a determinado agente (investigado ou acusado) que além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a consumir-se (colaboração preventiva), bem como quando auxilia concretamente a polícia ou o Ministério Público em sua atividade de recolher provas contra os demais co-autores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva).

Todavia, logo em seguida à sanção presidencial da supramencionada Lei nº. 10.409, estabeleceu-se uma polêmica na doutrina, qual seja: o artigo 27 da Lei sob comento, está disciplinado que “o procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta lei rege-se pelo disposto neste Capítulo [...]”. Acontece que todo o Capítulo III, que trata “dos Crimes e das Penas”, foi vetado pelo Presidente da República, deixando no ar a própria vigência dos dispositivos que tutelam sobre o procedimento comum, no qual está disciplinado o instituto da colaboração processual.

Note-se que uma interpretação restrita e meramente literal leva à conclusão de que, não existindo crimes a serem apurados pelo novo procedimento, sua utilização estaria deveras comprometida. Por outro lado, fazendo-se uma interpretação mais lógica e sistemática da legislação com outras que se aplicam conjuntamente a ela, vê-se que a Lei autoriza a conclusão de que o Capítulo IV, que cuida “Do Procedimento Comum”, está em vigor. Desta feita, além de ter vetado todo o referido

capítulo, o Executivo também vetou o art. 59 do Projeto de Lei, que revogava a Lei nº 6.368/76, a qual, portanto, permanece em vigor no que não conflita com a novel Lei, especialmente no que tange aos crimes de tóxicos. Insta destacar, que nas razões do veto presidencial, ficou clara a necessidade de coexistência das Leis nº 6.638/76 e 10.409/02⁴³, tanto que acabou por encaminha projeto de lei, em tramitação no Congresso nacional tombado sob o n.º 6.108/2002, com o fito de complementar os termos da Lei 10.409/2002.

Deste modo, a Lei nº 10.409/02 buscou disciplinar pela primeira vez no plano interno da colaboração processual em sua verdadeira amplitude, ou seja, decorrente de acordo entre o representante do *Parquet* e o investigado colaborador ainda na fase da *persecutio criminis*. O artigo 32, § 2º, da referida Lei, afirma que:

[...] o sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revela a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

Há que se formular a devida ressalva de que no suso mencionado texto legal o legislador já evolui quando se refere à *organização criminosa* e não mais a quadrilha ou bando como se referia em outras legislações, conforme se estabeleceu em linhas anteriores. De acordo com o que antes ficou estabelecido, não se admite, ao menos para fins de um adequado entendimento do presente trabalho, formular qualquer tipo de associação de crime organizado à prática do tipo penal fincado no artigo 288 do CP.

Ainda com o fito de complementar o art. 32, § 2º, o art. 37, IV, da mesma lei estabelece que o Ministério Público poderá “deixar, justificadamente, de propor ação penal contra o agente ou participante do delito”.

43 Razões do veto aos art. 57, 58 e 59: “Conquanto repleto de positivistas inovações, o projeto, por razões já expostas, não logra êxito quanto à juridicidade de vários de seus artigos. Isso compromete a substituição plena da Lei que regula a matéria. Portanto, a clausula que revoga a Lei nº 6.368/76 não deve persistir, sob pena de abolição de diversos tipos penais, entre outros efeitos nocivos ao interesse público”. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2009.

Destarte, verifica-se que a singeleza desse disposto legal não se mostra compatível com a grandeza do instituto da colaboração processual. A lei não estabelece, por exemplo, como se dará a formalização desse acordo, nem mesmo seu conteúdo. A respeito, o art. 7º do Projeto de Lei sobre as Organizações Criminosas, aprovado pela Comissão Mista de Segurança Pública do Congresso Nacional, prevê que o acordo entre o MP e o colaborador deverá conter: I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II – os termos da proposta do Ministério Público; III – a declaração de aceitação do colaborador; IV – a possibilidade de o Ministério Público rescindir o acordo nas hipóteses de falsa colaboração ou não resultando dela qualquer dos resultados previstos na lei; V – as assinaturas do representante do Ministério Público, do colaborador e de testemunhas de sua confiança⁴⁴.

O primeiro e mais relevante requisito a ser preenchido pelo *parquet* para a formação do acordo de colaboração e beneficiamento do sujeito colaborador é que o mesmo de maneira espontânea, ou seja, deve partir do investigado o querer colaborar⁴⁵. A colaboração de maneira voluntária, ou seja, por expressa iniciativa do colaborador certamente se mostra como um dos pontos mais sensíveis do instituto no plano prático, uma vez que a grande doutrina majoritária considera a possibilidade de excessos por parte do Estado na ânsia de obter uma investigação e consequente colheita de provas de maneira mais eficaz. Ora, se são previsíveis o acontecimento de excessos (o que não conseguimos cogitar) para que possa conseguir uma confissão no decorrer das investigações criminais, na busca de uma colaboração eficiente, fato que certamente acarretará em uma ilicitude da prova obtida, haja vista que, conforme assevera Antonio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 40), uma das

44 Pode-se extrair a integralidade do PL no sítio do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 27 jan. 2010.

45 A esse respeito, seguimos entendimento diametralmente oposto ao firmado na legislação e acompanhado por considerável parcela da doutrina estrangeira. Entendemos que não há razão que impeça o Ministério Público de oferecer ao investigado os benefícios legais em detrimento de seus comparsas criminosos. Insta salientar que o objetivo maior deste instrumento de investigação é o desmantelamento de organizações criminosas, não havendo, portanto, sequer ferimento a direito fundamental e individual do sujeito sob investigação se a proposta partir da Autoridade investigativa, no caso o MP. Certamente que a intenção do legislador em tolher, equivocadamente, a possibilidade de oferecimento por parte do MP, foi no sentido de que não houvesse qualquer chance de uma aceitação forçada, seja de maneira física ou psicológica. Todavia, diante do atual Estado Democrático e de Direito em que vivemos, não se pode cogitar qualquer tipo de suspeita desta natureza, vez que existe a necessária fiscalização estatal para não haja qualquer episódio que desabone a utilização de tão eficaz técnica inteligente de investigação criminal.

decorrências da presunção de inocência no direito processual penal no que tange a matéria de provas refere-se justamente à impossibilidade de obrigar o acusado à colaborar na investigação dos fatos.

Não vemos como concebível a ideia de que um instituto de investigação criminal, no atual estágio em que a sociedade moderna se encontra, não possa ser utilizado com maior carga de vanguarda sob o fundamento de que sobre uma das mais respeitadas instituições existentes no Brasil, qual seja o Ministério Público, recaia qualquer suspeita de que o mesmo possa se valer da colaboração processual para forçadamente obter provas para o processo. Certamente, para que se obtenham determinados tipos de prova há a necessidade de se avançar com os institutos que estejam às mãos dos órgãos competentes, sem é claro que este avançar ultrapasse o limite da proporcionalidade e do próprio bom senso, o que não verificamos na hipótese de o *Parquet* oferecer ao investigado ou acusado os benefícios ofertado pela lei em troca de uma colaboração eficaz.

Superado este primeiro requisito, tem-se como segundo, de igual maneira exigido pelo legislador, a *relevância das declarações do colaborador*, das quais devem resultar, a revelação da existência de *organização criminosa*, autorizando, inclusive a prisão de um ou mais de seus integrantes, ou a apreensão de produtos e drogas ilícitas. Neste mote, importante ressaltar que no plano interno, mesmo depois da edição da Lei nº 10.217/2001, prevalece a indevida equiparação, para fins de tratamento legal, entre organização criminosa e crime praticado por quadrilha ou bando, uma vez que o art. 1º da Lei nº 9.034/95, prevê a aplicabilidade dos meios de busca de provas a “ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações criminosas ou associações criminosas de qualquer tipo”, está inserido no Capítulo I que trata “da definição de ação praticada por organização criminosa [...]”⁴⁶.

46 Em corrente contrária, vê-se Luiz Flávio Gomes (2002, p. 9-16) para quem, para fins de aplicação da lei nº 9.034/95, depois das modificações inseridas pela Lei nº 10.217/2001, houve diferenciação entre quadrilha ou bando, organizações criminosas, e associações criminosas de qualquer tipo.

Acerca da utilização do instituto da colaboração processual, mostrando-se favorável à sua utilização em momentos de extrema necessidade e, de maneira proporcional aos fins a que se destina é de se salientar a doutrina de (SILVA, 2003, p. 83):

Ainda assim não se considere, os termos exacerbados adorados pelo legislador na parte final do art. 32, § 2º, da lei (contribuição, de qualquer modo, justificando no acordo, para os interesses da Justiça), para fins de relevância das declarações do colaborador, poderá ensejar a aplicação do instituto para a apuração de qualquer crime de tóxico, até mesmo aqueles não praticados por organizações criminosas. A amplitude dessa disposição, contudo, afronta o princípio da proporcionalidade no tratamento do tema, pelo qual, a adoção de meios excepcionais de obtenção de provas para a apuração da criminalidade organizada, entre eles a colaboração processual, devem ser marcados pela estrita necessidade, a fim de evitar excessos nesse delicado campo.

A *relevância das declarações* do investigado, portanto, mostra a existência de um nexo de causalidade com os resultados positivos adquiridos na investigação criminal em curso. Declaração sobre elementos periféricos ou de importância secundária para as investigações, que em nada ou minimamente guardam uma relevância substancial para a *persecutio* no auxílio da apuração do crime organizado ou até mesmo na identificação de alguns de seus integrantes, não se mostram qualificados para autorizar a concessão do benefício. Há ainda que se considerar, que se deve tomar os devidos cuidados na consideração do requisito sob comento tendo em vista que sempre existirão, fazendo uso da expressão técnica do direito processual penal italiano, os *professionisti del pentitismo*, ou seja, sujeitos que comercializam verdades incompletas, vagas e sem qualquer precisão em troca de benefícios que a lei permite.

Nesse diapasão, verifica-se uma vez mais as palavras de Miranda (2007a, p. 3) quando comenta acerca da dinâmica prática de utilização do instituto, bem como tece crítica substancial acerca da corrente contrária à técnica de investigação criminal sob o argumento de que o mesmo não guarda a devida ética para com o investigado:

Ocorre que alguns setores costumam criticar o referido procedimento, em muitos casos ocultando interesses escusos, valendo-se de diversos argumentos, dentre os quais destaca-se a alegação de que acaba premiando aquele que delinqüiu, além do fato do Estado estar se valendo de um meio antiético para elucidação de crimes, já que conta com a traição

do criminoso. Porém, tais críticas não se sustentam, pois além do instituto da “colaboração processual” estar regulado em lei (ex: Leis 9.807/99 e 10.409/02), olvida-se que o crime evoluiu, em especial o crime organizado, que envolve a corrupção, o seqüestro, o tráfico de drogas e terrorismo, e que dificilmente conseguem ser desbaratados sem a colaboração de criminosos arrependidos que tragam informações de dentro da organização. Como não aceitar a delação, por exemplo, de um agente que venha proporcionar o resgate de uma vítima que se encontra em cativeiro; que possa impedir a prática de atos de terrorismos, salvando centenas de vidas; que possa proporcionar a elucidação de um grande esquema de corrupção, tornando possível que os recursos públicos destinados a diversas áreas sociais venham a ser efetivamente aplicados? Ademais, são também absolutamente inconsistentes os argumentos de ordem ética na utilização do instituto, sendo um despautério falar-se em regra moral entre traficantes, homicidas, corruptos, pois praticam condutas ilícitas que colocam em sério risco o Estado Democrático de Direito, violando direitos fundamentais da pessoa humana, demonstrando total perversidade, desvio de caráter e desprezo pela vida. Assim, caro leitor, desconfie daqueles que ao invés de se insurgirem contra o crime, criticam e se insurgem contra as investigações realizadas pela polícia e pelo Ministério Público, valendo-se de argumentos diversos para encobrir ataques a essas instituições, a perpetuação do mal, pois como dizia Martin Luther King, “Aquele que aceita passivamente o mal está tão envolvido nele quanto quem ajuda a perpetrá-lo”.

Ainda que tenha silenciado a legislação acerca de um terceiro requisito, fincado no artigo 13 da Lei nº 9.807/99, há que se considerar, por analogia, para fins de colaboração processual a *efetividade da colaboração*. Na verdade, a nomenclatura dada não se mostra das mais precisas, mas consiste no dever de o investigado colaborar de maneira permanente com as autoridades investigativas e judiciais, dispondo-se integralmente com a finalidade de trazer à tona os fatos investigados. Isso necessariamente implica a necessidade de comparecer diante da autoridade policial, do Ministério Público ou da autoridade judiciária sempre que for solicitado, ou ainda acompanhar atos e diligências. Trata-se, assim, de outro requisito delicado, porquanto nem sempre é possível verificar com a devida precisão em que proporções o agente colaborador está ou não auxiliando as autoridades.

Assim sendo, não há que se confundir, efetivamente das declarações prestadas com sua eficácia para os fins de produção de provas no processo. É possível, pois, que o colaborador preste auxílios efetivos às autoridades, ajudando a esclarecer todos os fatos de seu conhecimento, atendendo assim, todas as intimações quando solicitado e colaborando de maneira que possibilite a apuração de infrações penais e sua autoria, será o agente colaborador merecedor dos benefícios inicialmente acordados (SILVA, 2003, p. 83).

Ainda falando sobre os requisitos para a utilização da colaboração processual como forma de obtenção de provas para o combate ao crime organizado, tem-se como quarto requisito, que também deve ser manejado de maneira analógica, o encontrado no art. 13, parágrafo único, da Lei nº 9.807/99, qual seja: “personalidade do colaborador, natureza, circunstância, gravidade e repercussão social do fato criminoso sejam compatíveis com o instituto”. Verifica-se com isso a necessidade de avaliação apurada por parte do representante do Ministério Público que esteja à frente das investigações, juntamente com a autoridade policial, ou de maneira isolada acerca das características do delito e sua repercussão na esfera social. É possível, entretanto, que mesmo estando presentes todos os demais elementos ou requisitos para a celebração do acordo, se o acusado tiver praticado o crime com requintes de crueldade que desaconselham a adoção da colaboração processual ou que sua conduta tenha causado considerável comoção social em razão da qualidade da vítima.

De acordo com o estabelecido legalmente, duas podem ser as consequências do acordo oriundo de colaboração processual na fase pré-processual: i) o sobrestamento das investigações e o posterior arquivamento do inquérito policial ou da investigação, quebrando o tradicional princípio da obrigatoriedade da ação penal pública para crimes considerados de natureza grave; ii) a redução proporcional de pena a ser fixada na sentença de mérito. Desta maneira, verificando que a colaboração do sujeito investigado preencheu os elementos exigidos por lei, deverá o Promotor de Justiça requerer ao Juiz o arquivamento dos autos de investigação em relação a ele (art. 37, IV, da Lei); por outro lado, verificando que a colaboração possibilitou tão somente em parte dos objetivos buscados, poderá promover a ação penal com o compromisso de redução de sua pena, também por meio da sentença de mérito.

O aludido compromisso, expressamente estabelecido por ocasião do acordo pré-processual, vinculará o juízo quando do momento da imposição (dosimetria) da pena, sob pena de o *Parquet* não ter como cumprir o acordo anteriormente firmado para fins de colaboração. Trata-se, assim, de uma nova causa de diminuição de pena, que deverá constar expressamente na peça de denúncia. Destarte, a lei não

estabelece um *quantum* para a redução, devendo, pois, ficar a critério das partes (acusado e MP), dentro, é claro, de padrões de razoabilidade.

Veja-se o que disciplina o texto legal fincado no artigo 32, § 3º, da Lei nº 9.807/99 no que atine à fase processual:

[...] se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério público, ao proferir sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando sua decisão.

Note-se que a lei não faz referência a um acordo entre acusado colaborador e o representante do MP, como ocorre na fase pré-processual. Abandonou, assim, a noção de colaboração processual inicialmente referida, uma vez que não há como o MP assumir qualquer espécie de compromisso com o agente colaborador, desnaturando o instituto da colaboração processual, cuja iniciativa deve ser reservada ao *parquet*. Tanto isso é verdade, que a legislação estabelece que o juiz poderá deixar de aplicar a pena ou diminuí-la, deixando claro, assim se tratar de um instituto de direito material (delação premiada), com natureza jurídica de perdão judicial ou causa de diminuição de pena.

3.2 DA INFILTRAÇÃO DO AGENTE POLICIAL E DA AÇÃO CONTROLADA POLICIAL

O denominado agente infiltrado, na legislação brasileira,⁴⁷ consiste em uma técnica de investigação criminal, seja ela preliminar ou instrutória, na qual um ou mais

⁴⁷ Imperioso destacar que em países da Europa, a figura do agente infiltrado em uma investigação não exige que a pessoa infiltrada seja, necessariamente, um agente do Estado ou um policial, em países como Portugal e Espanha, admite-se ser um terceiro “qualquer” que esteja contribuindo para as investigações e, certamente controlado pelo Estado, pela autoridade chefe das investigações. Neste sentido, podemos observar a Lei nº 101, de 25 de agosto de 2001, da Legislação ordinária de Portugal, a qual em seus artigos 1º e 2º define quem poderá ser o “agente encoberto”. Por outro lado, no direito brasileiro a figura da infiltração deve necessariamente ser de um policial, devendo sua infiltração ser precedida de autorização judicial prévia e, ser o tempo todo feito o monitoramento de suas atividades tanto pela autoridade policial que presida as investigações e o Ministério Público como agente investigativo e fiscalizador da atividade policial.

agentes da polícia, mediante operação extremamente dotada de sigilosidade e, devendo a infiltração ser precedida de fundamentada autorização judicial, infiltra-se no seio da organização criminosa investigada para que, desta maneira, possa obter para as investigações ou para o processo penal, informações privilegiadas acerca dos delitos cometidos.

A infiltração do agente policial é caracterizada pela doutrina por três elementos fundamentais, a saber: i) a dissimulação – trata-se de característica onde o agente infiltrado deve ocultar sua verdadeira identidade, bem como suas verdadeiras intenções; ii) o engano – com a finalidade de obter a confiança dos investigados e, com isso, as informações necessárias para o sucesso da operação policial, o agente infiltrado de “fingir” ser um criminoso tal qual os investigados, promovendo assim o “engano” dos mesmos; e iii) a interação – ou seja, nada mais que a relação direta e pessoal do agente policial infiltrado com os autores dos delitos (ORTEGA, 1997, p. 165).

A origem de tal instituto, na verdade não se mostra tão recente quanto parece, já no período do absolutismo francês, principalmente nos governos de Luiz XIV, no qual, com o fito de fortalecer o regime, foi criada a figura do “delator”, composta por cidadãos que cuidavam de descobrir na cidade e apontar aqueles que eram considerados inimigos políticos do Estado, em troca de favores oferecidos pelo príncipe. Neste momento, suas atividades se limitavam a promover os atos de espionagem e, em seguida levar os fatos constatados ao conhecimento das altas autoridades, sem, contudo, agir de forma a provocar os investigados a se manifestarem em desfavor do Estado como forma de “fabricar” uma prova. Todavia, com o passar do tempo, verificou-se que a atividade de tão somente vigiar e em seguida delatar às autoridades, já não se mostrava tão eficiente quanto antes, passando assim aquela atividade que era de espionagem e delação para uma atividade de provocação, incitação das condutas consideradas ilícitas (SANCHES, 1995, p. 387).

Conforme bem destaca SILVA (2003, p. 87) no atual modelo de direito em vigência, a prévia autorização judicial para que se possa proceder com uma técnica de

investigação deveras delicada e perigosa, mostra-se necessária, principalmente como forma de proteção do agente policial infiltrado e do próprio sujeito investigado, senão vejamos:

No direito contemporâneo, é traço comum para a operação de infiltração de agente a exigência de prévia autorização judicial: na Espanha, a infiltração de agente, tutelada pela LO nº 5/1999, de 13 de janeiro, que introduziu o art. 282 *bis* LECr., exige como um dos pressupostos básicos a autorização concedida pelo Juiz Instrutor competente ou pelo Ministério Público, que deverá comunicar imediatamente ao juiz; na Alemanha, dispõe o art. 110, alínea c, da lei processual penal, que a autorização deve ser concedida por um membro do Ministério Público, porém, em caso de urgência, é dispensada tal ordem, devendo a operação ser cessada no terceiro dia, se ainda não houver autorização; em Portugal prevê o art. 3º, nº 3, da Lei nº 101/01, que a ação infiltrada no âmbito do inquérito depende de autorização do 'magistrado' do Ministério Público, que comunicara obrigatoriamente o juiz da instrução.

No direito brasileiro, após ter sido vetada pelo Presidente da República quando da edição da Lei n. 9.034/95, art. 2, I, a infiltração do agente policial somente veio a ser inserida no ordenamento jurídico nacional por ocasião da Lei n. 10.217/2001⁴⁸, que inseriu o inciso V ao supra mencionado artigo segundo. De modo semelhante, a Lei n. 10.409/2002⁴⁹, que prevê procedimento especial para a apuração dos crimes de tóxicos, cuidou do instituto em seu artigo 33, I. Seguindo o exemplo e sabedoria do legislador de outras nações, o legislador brasileiro cuidou de exigir prévia autorização judicial, de maneira a assegurar o controle judicial da atividade policial de investigação. Por outro lado, verifica-se que o legislador não se mostrou tão sagaz quando deixou de estabelecer um procedimento específico para o processamento e utilização de tal técnica de investigação criminal, com da mesma maneira não estabeleceu quais os elementos devem ser observados pelo magistrado para seu deferimento, quem tem legitimidade para requerê-la, se poderá

48 Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei nº. 10.217, de 11.4.2001) [...] V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. (Inciso incluído pela Lei nº. 10.217, de 11.4.2001).

49 BRASIL. Lei nº. 10.409, de 11 de jan de 2002. Dispõe. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1 jun. 2007. Art. 33. Em qualquer fase da persecução criminal aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei nº. 9.034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos: I – infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações.

ou não o juiz determiná-la de ofício⁵⁰, e, menos ainda por quanto tempo de duração pode ser implementada em uma investigação, se as informações colhidas pelo policial infiltrado precisam ser relatadas ao juiz e como se dará a participação do Ministério Público em tais procedimentos.

Diante das patentes deficiências pelas quais ainda passa a legislação brasileira, com vistas a tutelar pelas garantias do investigado, somente resta valer-se, por analogia e no que couber, do procedimento estabelecido pela Lei nº 9.296/96, que estabelece normas e regramentos acerca das interceptações das comunicações telefônicas e das comunicações por meio de sistemas de informática e telemática, uma vez que reflete na moderna concepção do princípio constitucional da proporcionalidade em relação à matéria que igualmente pode acarretar em restrição ao direito à privacidade (SILVA, 2003, p. 88).

Nessa toada, em nosso sentir, três elementos se destacam e devem ser observados pelo juiz para o seu deferimento, quis sejam: i) impossibilidade de a prova que se pretenda produzir ser colhida de outra maneira; ii) o fato investigado deve constituir ilícito praticado “por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” (art. 1, da Lei n. 9.034/95); e iii) que a pessoa do policial que esteja sendo infiltrado na organização criminosa com a finalidade de investigações declare expressamente na presença do juiz que deferir a medida e do Ministério Público seu aceite em participar da infiltração⁵¹. Por outro giro, tem legitimação para requerê-la, a autoridade policial, no curso das investigações preliminares e o Ministério Público, este tanto na fase de investigação criminal preliminar quanto na instrução processual (art. 3, I e II, da Lei n. 9.296/96). Ressaltando que por força da nova redação dada ao art. 156, I e II, do CP, poderá também o magistrado competente determinar de

50 Entendemos que para fins de investigação seja ela preliminar (inquérito policial) ou instrutória, pela nova redação dada ao art. 156, I e II do CP, está o juiz autorizado a determinar ou deferir a infiltração do agente em uma organização criminosa.

51 Em que pese haja uma relação de subordinação nas polícias brasileiras, vez que ainda, não são autônomas, por estarem diretamente ligadas ao poder executivo, verifica-se que o aceite e não a simples determinação do superior hierárquico, mostra-se de extrema necessidade para a utilização de tal técnica de investigação, haja vista que a vida do agente infiltrado a todo tempo está em risco. Sobre a necessidade de se desvincular as polícias investigativas do poder executivo atribuindo-lhes a autonomia necessária para a melhor execução de suas atividades ver: DEUS, Jardel Sabino de. Elementos essenciais para a autonomia. **Revista Artigo 5º** - Associação Cultural Artigo 5º Delegados de Polícia Federal pela Democracia, São Paulo, p. 50-51, maio/jun. 2009.

ofício que se realize tal procedimento em busca da verdade processual, no mesmo sentido (art. 3, *caput*, da Lei n. 9.296/95).

No aludido pedido, deverá o requerente demonstrar ao juiz a presença dos elementos autorizadores da medida para que possa, assim, haver seu deferimento, devendo o magistrado decidir, de maneira fundamentada, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas conforme disciplinado pelo teor do art. 4º da Lei n.º 9.296/96. Há que se destacar que o prazo máximo de infiltração do agente policial é de 15 (quinze) dias, podendo ser renovado por idêntico período se comprovada mais uma vez sua indispensabilidade, de acordo com o disposto na inteligência do art. 5º da Lei nº 9.296/96 devendo o *Parquet* ser cientificado do deferimento do pedido elaborado pela autoridade policial art. 6º Lei nº 9.296/96. Findos os procedimentos e diligências, a autoridade policial coordenadora da infiltração do agente deverá elaborar relatório detalhado das diligências realizadas, enviando ao juiz competente pela autorização (art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.296/96).

Da mesma maneira a lei espanhola também se omite quanto ao período de duração da infiltração do agente, motivo pelo qual a doutrina tem se inclinado a considerar o prazo máximo de seis meses, sem prejuízo de eventual prorrogação, analogicamente ao período estabelecido pela lei de utilização de identidade falsa pelo policial infiltrado, fornecida pela autoridade administrativa (Ministério do Interior). Todavia, em que pese a esse entendimento, tratando-se de medida que certamente importará em restrição de direitos fundamentais, o juiz deverá observar o tempo “mínimo imprescindível e necessário” para a realização da diligência (PAZ RUBIO, 1999, p. 401). De outro giro, a doutrina espanhola também não deixa de descartar a possibilidade de tanto o juiz quanto o Ministério Público, competentes pela infiltração do agente na organização criminosa, poderem a qualquer tempo requerer informações acerca dos procedimentos que estejam sendo realizados (GARCÍA, 1996, p. 71).

Já no que se refere à legislação de Portugal, a mesma também não estabeleceu um prazo determinado, preferiu o legislador lusitano deixar a cargo do juiz e do Ministério Público, prevendo que:

[...] as ações encobertas devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta do material probatório, e proporcionais que àquelas finalidades que à gravidade do crime em investigação (art. 3º, n. 1, da Lei nº 101/01)

Também dispõe a mesma lei que deverá a polícia judiciária apresentar relatório circunstanciado sobre a infiltração do agente ou de terceiro à autoridade judiciária competente, no prazo de quarenta e oito horas após findar o período fixado (art. 59, nº 4, da Lei 15/93 e art. 3º, n.º 6, da Lei nº 101/01) (GONÇALVES, 2001, p. 82)

É de se notar que todo o procedimento deve ser realizado sob o mais absoluto sigilo, uma vez que qualquer informação que porventura saia do núcleo seguro existente entre a autoridade policial, juiz e Ministério Público, podem colocar em risco todos os atos da operação e, principalmente a vida do agente que se infiltrou. A respeito do sigilo exigido, mais uma vez podemos observar a doutrina de Araújo da Silva (2003, p. 89) quando afirma:

O procedimento deverá ser marcado pelo sigilo (art. 2º, parágrafo único, da lei nº. 9.034/95), devendo ter acesso aos autos apenas o juiz e o representante do Ministério Público, para o qual o elemento de prova é produzido. A justificativa para tanto é a necessidade de não apenas assegurar o sucesso das investigações em curso, mas sobretudo preservar a vida do agente que atua de forma infiltrada, pois, se sua condição for descoberta pelos integrantes da organização criminosa, sua vida estará em risco. Nesta linha, também o art. 20 do Código de Processo Penal assegura a possibilidade da autoridade policial determinar o “sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Já no que toca à efetividade de tal técnica de investigação, bem como a sua eficácia no que se refere ao desmantelamento de organizações criminosas e colheita de melhores provas a fim de se chegar à verdade processual, desça-se o que afirma Barros (2007, p. 35) quando relata recente caso ocorrido no Brasil onde a Polícia Federal brasileira valeu-se da infiltração de agente e outras técnicas a ela aliadas para investigar ações de membros da própria Polícia Federal que montaram um esquema de falsificação de vistos internacionais e passaportes, senão vejamos o que relatou o referido autor:

Um seleto grupo, de algumas dezenas de homens, forma o Comando de Operações Especiais (COT), a elite da Polícia Federal, foi criado em 1986 para substituir os órgãos vinculados às Forças Armadas de repressão aos crimes contra o Estado. Eles são treinados nos Estados Unidos, Inglaterra,

França e Alemanha. Em setembro de 2005, um deles teve a missão de se infiltrar entre os próprios colegas para desbaratar uma quadrilha de policiais federais que agia no aeroporto de Guarulhos falsificando vistos e passaportes para o exterior e facilitando ou praticando o contrabando. O resultado dessa Operação Canaã resultou na prisão de 44 pessoas, sendo dez servidores públicos e sete policiais federais. Em outra ação, um policial infiltrou-se entre os bandidos do Primeiro Comando da Capital (PCC), evitando um furto a dois bancos em Porto Alegre, que seriam roubados a partir da escavação de um túnel projetado para chegar às caixas-fortes. A operação, que prendeu 42 pessoas, ficou conhecida como Toupeira.

A lei brasileira não fugiu à regra em não estabelecer limites que devam ser observados pelo agente policial quando da infiltração judicialmente autorizada. A redação original do Projeto de Lei nº 3.275/2000, do qual originou-se a Lei nº 10.217/2001, que vedava “qualquer co-participação delituosa, ressalvado o disposto no art. 288 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro), ou qualquer tipo análogo, ou da mesma espécie, de causa ação fica excluída a antijuridicidade” (art. 2º, § 1º). Todavia, o referido dispositivo foi vetado pelo então Presidente da República, ficando a matéria sem disciplinamento normativo.

Assim, em que pese a ausência de normatização de causa excludente de antijuridicidade ou ilicitude, não haverá no procedimento do policial infiltrado tipicidade às condutas de formação de quadrilha ou bando (Art. 288 do CP) e de associação para fins de praticar os crimes previstos nos artigos 12 e 13 da Lei nº 6.368/76, em razão da falta da vontade livre e consciente para a prática do delito. Ademais, ainda que assim não se considere, o agente policial para a prática de tais crimes (art. 23, III, do CP).

Todavia, maior dificuldade apresenta-se, diante da prática doutros crimes em circunstâncias semelhantes, uma vez que em princípio o agente policial infiltrado também agiria especificamente com o fito de obter provas para as investigações. Nesta toada, para que haja a total infiltração do agente na organização criminosa, a hipótese da prática de alguns eventuais delitos se mostram inevitáveis (GARCÍA, 1996. p. 74-75)⁵².

⁵² Veja-se que no direito norte americano admite-se a prática de alguns delitos pelo agente policial infiltrado desde que para tanto haja expressa autorização de seu superior hierárquico. Por outro lado,

Acerca de tal querela manifesta-se Silva (2003. p. 90), quando propõe a busca por um ponto de equilíbrio entre os interesses do Estado e os princípios que orientam o Estado de Direito, baseando-se, sobretudo, no princípio da proporcionalidade como forma de alcançar o objetivo almejado:

É necessário identificar um ponto de equilíbrio entre os interesses estatais e os princípios orientadores do Estado de Direito, pois se de um lado não podem seus agentes reprimir com eficiência a criminalidade organizada, de outro não podem seus agentes praticar quaisquer infrações penais, que até eventualmente podem ser mais gravosas que as cometidas pela organização criminosa. Haveria inevitável contra-senso, pois naturalmente não se afigura razoável conceber que o Estado possa, por seus agentes, na atividade de persecução criminal, praticar condutas mais gravosas que as apuradas.

A análise da proporcionalidade entre a conduta do policial infiltrado e o fim buscado pela investigação é o caminho a ser trilhado. Não pode apresentar razoável, por exemplo, admitir que o policial possa matar pessoas na busca de elementos de prova para a apuração de crimes praticados contra a flora e a fauna. Tal conclusão, portanto, impõe uma análise casuística das situações que se apresentarem. Ante o subjetivismo desse critério, como propõe parte da doutrina espanhola, afigura-se conveniente a fixação legal de limites mínimos para a consideração do tema, entre os quais a proibição de o agente pôr em perigo a vida, a integridade física ou psíquica de pessoas investigadas ou terceiros estranhos à intervenção em curso.

Deveras, mostra-se necessário o estabelecimento de limites indispensáveis a atuação do agente policial, em que pese se entenda que o mesmo, diante das circunstâncias que se apresentarem, poderá cometer delitos proporcionais aos fins que se queira alcançar.

É certo que de maneira nenhuma, como afirmado pela doutrina acima referenciada, poderá ceifar a vida de qualquer pessoa com a finalidade de se obter qualquer tipo de prova, por outro lado, na hipótese de se estar investigando uma prática de crimes do colarinho branco ou fraude em licitações públicas, caso o agente infiltrado testemunhe um suborno da autoridade pública envolvida com a organização, poderá ele se omitir, e até mesmo “consentir” com aquele ato, para que em momento mais oportuno possa se produzir o melhor elemento de prova para o desmantelamento da organização.

Com a finalidade de limitar a atuação policial, mais especificamente do agente infiltrado, a lei espanhola determina que para se fazer o transporte de qualquer produto de crime o agente necessariamente deverá possuir uma autorização judicial prévia. Segundo Rodrigues Fernández (1999, p. 106), existem duas regras para uma melhor consideração do tema: i) via de regra o agente infiltrado estará isento de responsabilidade penal por todas as eventuais infrações que houver praticado de maneira direta ou indireta, desde que as mesmas sejam necessárias para o bom desenvolvimento das investigações criminais; e ii) se porventura o agente se exceder, o que certamente não é muito difícil diante da inevitável situação de *stress* em que se encontra, ou seja, caso deixe de observar a “devida proporcionalidade”, poderá ser responsabilizado.

Em que pese seja patente a omissão do legislador brasileiro quanto ao tratamento de tais limites, mostra-se plausível que a autoridade policial solicite prévia autorização judicial e parecer do Ministério Público, uma vez que este tem a missão constitucional de “supervisionar” a atividade policial, para que possa o agente infiltrado proceder com a conduta que eventualmente seja típica ou possa se tornar como tal.

Finalmente, é de se destacar que a atividade do agente policial infiltrado deve ser meramente de observação e colheita de elementos de prova, mas de maneira nenhuma de funcionar como agente provocador com a finalidade de produzir uma prova, sob pena de se comprometer a validade da mesma. Neste diapasão, quaisquer informações desconectadas trazidas pelo agente, sobretudo aqueles que dizem respeito à intimidade da vida privada dos investigados, não devem dar direção à atividade investigatória e, menos ainda, a formação da convicção do magistrado no processo.

Já no que atine à ação controlada do agente policial, e aqui se fala em agente referindo-se à autoridade policial como um todo, a prática das investigações tem demonstrado que em grande parte dos casos, tal técnica de investigação criminal tem se mostrado deveras estrategicamente eficaz quando se opta por retardar, ao menos em um primeiro instante, a prisão de um ou alguns membros da organização

criminosa, para que noutro momento, certamente monitorado e mais oportuno, possa ser realizada a prisão ou apreensão de mais sujeitos (e até mesmo os chefes da organização) e/ou produtos dos delitos (SILVA, 2003, p. 91-92).

Diante de tal constatação, torna-se evidente o crescimento do uso de tal técnica nas investigações relacionadas ao tráfico de entorpecentes, aos crimes de corrupção e do colarinho branco, nos quais se verifica mais frutífero tolerar-se que a autoridade policial não efetue de pronto a prisão dos envolvidos, para que monitoradamente se verifique um momento mais propício para conseguir a captura dos “cabeças” da organização ou de maiores elementos de provas contra este câncer social chamado de criminalidade organizada.

No direito espanhol, a tutela legal da “circulação ou entrega vigiada de drogas tóxicas, estupefacientes ou substâncias psicotópicas, assim como de outras substâncias proibidas”, disciplinado pela L. 5/1999, relacionando-se com o *modus operandi* que adquiriu a criminalidade organizada nas últimas décadas, sobretudo nas que atuam no âmbito do tráfico de substâncias entorpecentes e, este especificamente no direito brasileiro, nas que atuam na criminalidade voltada para os crimes de corrupção, do colarinho branco e todos os demais contra a Administração Pública. Vê-se que o legislador da Espanha tutelou a circulação ou entrega vigiada no art. 263, *bis* da Lecrim, podendo ser definida como técnica consistente em autorizar a remessa ilícita ou suspeita de drogas tóxicas, substâncias psicotrópicas e proibidas, equipamentos e materiais utilizados para a prática de determinados crimes, assim como bens e lucros oriundos de algumas infrações, circularem pelo território daquele país ou saíam ou entrem sem interferência da autoridade ou seus agentes e sob sua vigília, com o fito de descobrir e promover a identificação de pessoas envolvidas na prática de alguns desses crimes, assim como prestar auxílio à autoridade doutro país para a mesma finalidade (PAZ RUBIO, 1999, p. 313-316).

No que tange à tutela da ação controlada no direito brasileiro, de maneira contrária a realizada pelo legislador espanhol, a legislação nacional define tal técnica na lei que trata da “prevenção e repressão das ações praticadas por organizações criminosas

ou a elas vinculadas, desde que mantido sob observação e acompanhamento para que a medida legal caracterize-se no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações” (art. 2º, II, da Lei nº 9.034/95).

Já a Lei nº 10.409/2002, que trata especificamente sobre a apuração dos crimes de tóxicos, tutelou a técnica de investigação de maneira semelhante à legislação espanhola, autorizando “a não-atuação policial sobre os portadores de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que entrem no território brasileiro, dele saiam ou nele transitem e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 33, II).

Acerca da disciplina legal da ação controlada no direito brasileiro, importante verificar o que assinala a doutrina de SILVA (2003, p. 93), senão vejamos:

A recente disciplina do instituto, destarte, está vinculada ao desenvolvimento da criminalidade organizada nos últimos anos que, como já reiteradamente mencionado, em razão de sua complexidade passou a exigir dos agentes responsáveis por sua apuração maior especialização e cuidado na colheita dos elementos de prova. É comum, nesse contexto, prolongados períodos de observação em relação aos membros de uma organização criminosa, seja pelo simples monitoramento de seus passos, seja por intermédio do emprego dos mais variados meios de obtenção da prova (infiltração de agentes, interceptação telefônicas e ambiental autorizadas, acompanhamento de movimentações financeiras etc.).

A ação controlada por policiais, em outros termos, consiste em estratégias de investigação que possibilita aos agentes policiais retardarem suas intervenções em relação a infiltrações em curso, praticadas por organizações criminosas, para acompanhar os atos de seus membros até o momento mais apropriado para a obtenção da prova e efetuar suas prisões.

Na mesma esteira de pensamento, Scarance Fernandes (1995a, p. 42), entende que para o instituto do monitoramento policial à autoridade poderá deixar de promover a realização da prisão em flagrante delito no momento em que verifica a prática delituosa, aguardando, assim, o momento mais adequado para agir e, com isso, obter a melhor prova. Este procedimento o autor nomina como *flagrante prorrogado* ou *retardado*, em consonância com o disciplinado pelo teor do art. 303 do Código de processo Penal, que estabelece que para os delitos permanentes “entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”.

O tratamento legal da técnica de obtenção de prova em estudo, além de não propiciar que o agente policial investigador não seja penalmente responsabilizado pelo proposital retardamento de sua conduta, diante da constatação de uma ou mais práticas criminosas em curso, tem como objetivo principal o maior sucesso das investigações na colheita de provas, eleger o melhor momento para a intervenção policial nos atos que estejam em prática pelos membros da organização criminosa. Há que se destacar, que se houver autorização judicial prévia, permite-se que tanto o magistrado como o representante do *Parquet* tenham maior controle das atividades que estão sendo desempenhadas, logo com isso o a autoridade policial certamente estará mais amparada contra quaisquer eventuais futuras imputações que contra si se queira intentar. Insta ainda destacar uma vez mais que, para que se proceda à utilização da ação controlada do agente policial a legislação não exige autorização judicial, somente se falo acima na hipótese de *ad cautelam* a autoridade policial querer se resguardar com tal elemento. Sem dúvida que a autorização de um juízo competente acompanhada de parecer ministerial também se mostra favorável haja vista que se terá por parte do juiz e do promotor de justiça o acompanhamento dos atos investigatórios e conseqüentemente se diminuirá a possibilidade de haverem práticas de excessos por parte da polícia judiciária, preservando-se, assim o núcleo mínimo de direitos fundamentais dos investigados ou acusados.

Em que pese haja tratamento legal específico para a investigação do crime organizado, a implementação da ação controlada com vistas à apuração da prática que não contenha relação com as organizações criminosas pode ser solucionada na seara do direito material. Assim ocorre com o agente que retarda sua efetiva atuação em desfavor dos investigados e aguarda o momento mais propício e adequado para o cumprimento de sua missão funcional de interromper a prática do crime em andamento não age como dolo específico de “satisfação de interesse pessoal”, de acordo com o exigido pelo legislador penal por força do art. 319 do CP, ao disciplinar o crime de prevaricação⁵³. Deste modo, o agente não comete crime de

⁵³ Não é noutro sentido que caminha a jurisprudência dos Tribunais Superiores a exemplo do STJ: penal e processual penal. Crime de prevaricação. Elemento subjetivo do tipo. Denúncia. Inépcia. e inepta a denúncia, em crime de prevaricação, que não especifica o interesse ou o sentimento pessoal que o acusado buscou satisfazer. Dificuldades burocráticas não se confundem com retardamento doloso. Recurso de 'habeas corpus' provido para conceder a ordem e determinar o trancamento da

prevaricação simplesmente pelo fato de estar ausente o elemento subjetivo do tipo. Não sendo outro o sentido da jurisprudência quando afirma: *não constitui crime de prevaricação o simples retardamento do ato de ofício. Para sua configuração é necessário que o móvel da ação seja a satisfação de interesse ou sentimento pessoal* (RT 489/308).

Verifica-se que, via de regra, quando há o retardamento da prisão em flagrante, por exemplo, por parte da autoridade policial, a mesma não está de forma deliberada tentando favorecer os agentes criminosos ou agindo em interesse próprio, na

ação penal. (rhc 3.960/rj, rel. ministro Assis Toledo, quinta turma, julgado em 07/11/1994, dj 28/11/1994 p. 32623); STF: ementa: - direito constitucional, penal e processual penal. Crime de prevaricação (art. 319) imputado a desembargador, por retenção de autos de processo, sem submetê-lo a julgamento. Denúncia recebida pelo superior tribunal de justiça. Requisitos. "habeas corpus". 1. A denúncia limitou-se a apontar o descumprimento, pelo Desembargador, do dever de submeter o processo a julgamento, dentro do prazo legal, ou, pelo menos, num prazo razoável. Mas não chegou a indicar o fato, que caracterizaria seu interesse ou sentimento pessoal, nesse retardamento, como exige a figura típica do artigo 319 do Código Penal. 2. Isso estava a revelar sua deficiência, por não conter "a exposição do fato criminoso, com todas as circunstâncias", como exige o art. 41 do Código de Processo Penal. 3. Sendo assim, na forma em que apresentada a denúncia, haveria de ser rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o fato nela narrado - retardamento indevido de ato de ofício - por si só, não configura crime de prevaricação, tal qual o define o art. 319 do Código Penal (artigo 43, inc. I, do CPP). 4. O Ministério Público federal, sobre essa questão, suscitada na resposta escrita do denunciado, apontou o fato que lhe pareceu caracterizar o interesse pessoal (do acusado), no retardamento: "manter no exercício do poder municipal os candidatos cassados pela decisão judicial, aos quais concedera liminar em mandado de segurança, e, desta forma, se esquivar do julgamento final da causa". 5. Tal objeção, contudo, foi feita, sem aditamento da denúncia, como exige o art. 569 do Código de Processo Penal. 6. E sobre ela não foi ouvido o denunciado, cuja defesa, assim, ficou cerceada. 7. "Habeas Corpus" deferido pelo S.T.F., para se anular o recebimento da denúncia. 8. Estando, em tal circunstância, consumada, no caso, pelo decurso do tempo, desde a data do fato, a prescrição da pretensão punitiva, a Turma concede "Habeas Corpus" de ofício, ao paciente, para julgar extinta a punibilidade, quanto à pretendida imputação de prevaricação. 9. Decisão unânime. (HC 80788, Relator (a): Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, julgado em 06/08/2002, DJ 07-03-2003 PP-00040 EMENT VOL-02101-02 PP-00209). TJES: Fazendo uso essencialmente da mesma linha de pensamento, todavia agora para condenar o agente policial que prevaricou com o intuito de não se ver prejudicado por investigar outros oficiais militares em envolvimento com o assassinato de um magistrado, foi que se manifestou o Desembargador do Tribunal Capixaba: ementa: apelação - penal militar - crime de prevaricação - oficial responsável por sindicância que deixa de praticar atos de ofício ou os pratica contra expressa disposição de lei - satisfação de interesse pessoal - comprovação - receio da repercussão da investigação que encontrava-se sob sua exclusiva responsabilidade - recurso provido - condenação. 1 - Subsume-se à conduta descrita no tipo penal constante no art. 319, do Código Penal Militar, o Oficial que responsável por uma Sindicância, deixou de praticar atos de ofício ou os praticou contra expressa disposição de lei, a fim de satisfazer seu interesse pessoal, concernente no receio da repercussão negativa possivelmente advinda da investigação sob sua responsabilidade, haja vista que tratava do envolvimento de outros Oficiais no assassinato de um Magistrado. 2 - Recurso provido, para condenar o denunciado nas iras do art. 319, do Código Penal Militar. (TJES, Classe: Apelação Criminal, 24030146807, Relator: des. Sérgio Bizzotto pessoa de Mendonça, órgão julgador: primeira câmara criminal Data de Julgamento: 05/04/2006, Data da Publicação no Diário: 02/05/2006)

verdade as reais intenções da autoridade policial é estabelecer o melhor momento para a deflagração da organização criminosa.

Conforme sobredito, a Lei nº 9.034/95 não estabelece exigência de que para se proceda à ação controlada, tenha a autoridade policial prévia autorização judicial, mas exige tão somente o preenchimento de dois elementos para a utilização de tal técnica investigativa, quais sejam: i) a existência de ocorrência atual da prática de ação criminosa praticada por crime organizado ou a ele ligado (seja direta ou indiretamente); e ii) o acompanhamento pelos agentes policiais a fim de se estabelecer o momento mais adequado para a formação e colheita das provas necessárias (art. 2º, II). Por outro giro, vê-se que a Lei nº 10.409/2002, de forma contrária estabelece que para a adoção do instituto deverá haver prévia autorização judicial, após ter sido ouvido o *Parquet* (art. 33, *caput*), exigindo ainda dois requisitos: i) que seja de conhecimento da autoridade policial o provável itinerário dos investigado; e ii) que as autoridades do país de origem ofereçam garantias contra a possível fuga do investigado ou de eventuais extravios de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que estejam sendo transportadas (art. 33, parágrafo único).

Ainda que se desconheçam as reais dificuldades práticas de um procedimento previamente estabelecido para que sejam acompanhadas algumas condutas criminosas em andamento, a exigência de prévia autorização de um magistrado, antecedida de fundamentado parecer do Ministério Público, mostra-se deveras relevante, sobretudo pelo fato de o desenvolvimento de tal técnica investigativa poder acarretar em violação do direito à intimidade do investigado. Além de, conforme dissemos em linhas anteriores, valer como forma de se evitar determinados excessos por parte da autoridade policial. Deste bojo é que se extraem as críticas formuladas à Lei nº 9.034/95 quando de sua edição, diante da ausência de exigência de autorização judicial para a implementação da ação controlada (SILVA, 2003. p. 94).

3.3 DA INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E DA INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL

Também se mostra como fundamental elemento de produção de provas no processo penal com vistas ao combate ao crime organizado, em que pese não se trate de meios de produção voltados especificamente para o combate a essa criminalidade, a interceptação telefônica e a interceptação ambiental.

Segundo ZIEGLER (1999a, p. 223), no atual estágio em que se encontra o avançar das organizações, não se vislumbra o combate às mesmas sem que se lance mão do ora comentados instrumentos inteligentes de obtenção de provas, relatando, inclusive experiências de casos concretos acontecidos em passado recente na Europa, mais especificamente com relação ao combate à Máfia italiana:

Sucessor de Toto Riina na direção da Cosa Nostra, Giovananni Brusca descobria um esconderijo perfeito na aldeia de Ganitello, Sul da Sicília. Levava uma vida aparentemente modesta com sua companheira, o filho dela, com seus irmãos e os guarda-costas. O grupo integra-se no meio anônimo dos desempregados, jornalheiros e pequenos burgueses. Giovanni controlava o tráfico transatlântico de heroína, os estaleiros de obras públicas, os chantagistas, os assassinos contratados e toda uma vasta organização através do método tradicional, absolutamente seguro: mensageiros que se deslocavam de bicicletas. Um dia, inexplicavelmente, Brusca cometeu o erro de usar, por alguns segundos, um telefone celular. Imediatamente detectado por uma central de escuta ambulante, foi detido por uma unidade especial da polícia italiana.

Conforme sobredito, a interceptação telefônica não foi idealizada pelo legislador nacional como meio estrito de combate à organização criminosas, podendo ser utilizada inclusive para combater o crime de massa. Todavia, sua eficácia no combate as associações criminosas tem cada dia mais se mostrado como um dos mais importantes meios de obtenção de provas, tendo sido vastamente utilizado pelas autoridades investigativas, não somente no Brasil, mas em todo o mundo. Veja-se o que afirma a autorizada doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Sacarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2006, p. 151), acerca da importância dos meios eletrônicos de busca de provas:

[...] a inadmissibilidade e ineficácia processual das provas obtidas por meios ilícitos, de um lado, e a necessidade, de outro, de não provar o Estado dos instrumentos necessários à luta contra a criminalidade organizada, ocasionaram, no mundo todo, legislações que disciplinam rigorosamente a utilização de meios eletrônicos de captação de provas.

A Constituição Federal de 1988, primando também pelo direito à intimidade dos jurisdicionados (art. 5, X), estabelece como regra a inviolabilidade das comunicações telefônicas, sendo tal regra excepcionada pela autorização judicial nas hipóteses previstas na legislação correlata, para fins de investigação criminal ou no decorrer da instrução processual (art. 5, XII). Autorizado pelo legislador constituinte, o legislador ordinário regulamentou os termos dos mandamentos constitucionais e editou a Lei n. 9.296, datada de 24 de julho de 1996, na qual o teor do artigo primeiro deixa claro ao estabelecer que “a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”. Ousou ainda mais o legislador com a redação do parágrafo único do aludido dispositivo legal quando estabeleceu que “à interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática”, também poderão ser interceptados diante das mesmas condições suso mencionadas, o que sendo parte da doutrina, pela demasiada abrangência do texto legal, corre-se o risco de comprometimento de sua própria validade (GRECO FILHO, 2010, p. 12-13).

Assim, conforme acima ventilado, não somente no direito nacional o legislador e as autoridades públicas competentes tem se valido deste tipo de técnica de investigação criminal. Na Alemanha, de acordo com as palavras de Martins (2004, 402), após uma importante alteração no Código de Processo Penal daquele país, passou-se a ser discutido com maior força o paralelo em que de um lado estaria o interesse coletivo e estatal de combater a criminalidade organizada e o terrorismo e, de outro lado estaria os direitos e garantias individuais dos sujeitos envolvidos, em especial no que se refere ao direito a intimidade e inviolabilidade do domicílio. Veja-se o que afirma o autor:

A emenda possibilitou, graças à inserção de mais de quatro parágrafos (art. 13 III – IV GG), limites constitucionais consideráveis por meios de reservas legais à tutela consagrada no art 13 I GG. Principalmente pelo art 13 III GG, autorizou-se a utilização de meios técnicos de captação e transmissão sonora sem o conhecimentos do morador para tornar a persecução penal mais eficiente. Presentes várias condições a serem aqui apresentadas, a lei processual penal que conforma a reserva legal inserida pela emenda pode, por sua vez, como de fato fez, autorizar a autoridade policial, sob controle judicial, a instalar imperceptíveis microfones ou uso de microfones externos capazes de captar com precisão sons emitidos e, portanto, diálogos estabelecidos no interior do domicílio por suspeitos de certos crimes ou mesmo de outras pessoas que se encontrem no domicílio objeto de investigação.

Questão que tem suscitado dúvidas no plano prático acerca da interceptação das comunicações dos sujeitos sob investigação refere-se à possibilidade de as autoridades investigativas (autoridade policial e Ministério Público⁵⁴), terem acesso aos dados das comunicações independentemente de autorização judicial⁵⁵. Uma interpretação do dispositivo constitucional (art. 5, XII) pode levar o intérprete à conclusão de que como a vedação imposta por lei refere-se tão somente ao sigilo dos registros das comunicações telefônicas feitas pelos investigados, uma vez que o constituinte somente fez ressalva quanto às “comunicações telefônicas”, haveria com isso o legislador autorizado a solicitação de tais informações tanto pela Autoridade Policial quanto pelo Ministério Público de forma independente de prévia e fundamentada autorização judicial. Todavia, em que pese o registro da comunicação telefônica não esteja explicitamente abarcado pela tutela das comunicações telefônicas, é acobertada pelo direito à intimidade, bem como pelo, também fundamental direito à vida privada do investigado (art. 5, X da CF/88), haja vista que qualquer espécie de violação em tal sentido pode revelar fatos da vida privada do investigado que não sejam de interesse do Estado ou das investigações, devendo assim haver tratamento análogo ao estabelecido pela Lei n. 9.296/96 (GRECO FILHO, 2010, p. 6-7). Assim também entende (GRINOVER, 2000, p. 103).

⁵⁴ Insta destacar que ara o presente trabalho entende-se superada a questão relativa a possibilidade ou não de o MP poder fazer parte das investigações criminais ou até mesmo presidi-las. Tal ressalva justifica-se por ainda existir no direito brasileiro, mentes que entendem não ser o *Parquet* legítimo para tanto (CALABRICH, 2007).

⁵⁵ Destarte o julgamento do Mandado de Segurança 23.452/RJ, 12.05.2000, impetrado por Manoel Messias Peixinho, em que o relator Ministro Celso de Mello, em sessão no plenário do STF estabeleceu didaticamente a diferença havida entre o “sigilo telefônico” e o “sigilo das comunicações telefônicas”, sendo o primeiro sobre os dados e registros telefônicos, ao passo que o segundo diz respeito as conversas captadas propriamente ditas.

Os requisitos a serem analisados pelo Magistrado quando do deferimento ou indeferimento de uma interceptação telefônica estão estabelecidos no art. 2, I a III da Lei n. 9.296/96, quais sejam: indícios de autoria e participação no crime (*fumus boni jûris*); impossibilidade de produção de prova por forma menos gravosa (aqui verifica-se que o legislador primou mais uma vez pela ponderação de valores – proporcionalidade); e o fato criminoso ser punido como reclusão (proporcionalidade em sentido estrito), não se admitindo que uma medida investigativa tão danosa à intimidade do investigado seja utilizada em crimes de menor gravidade. Nessa toada, por se tratar de medida cautelar que visa à obtenção de provas de autoria e materialidade dum delito, deve também o juiz verificar a existência de *periculum in mora*, pois, uma vez não vislumbrado pela análise do caso concreto, deve o juiz indeferir a utilização da medida.

Frise-se uma vez mais que não havendo “indícios suficientes” de participação do investigado no crime, ou na organização criminosa, não há que se cogitar a possibilidade de utilização da interceptação sob pena de violação de direito fundamental do investigado sem autorização legal. Todavia, vale lembrar que quando o legislador fala em “indícios suficientes”, não está a exigir que haja cabal comprovação da autoria e materialidade, pois, neste caso, já estaria autorizado inclusive, que se requeira a prisão cautelar do criminoso. Basta, então, que existam notícias, ligações diretas ou indiretas do sujeito que terá a sua privacidade telefônica tolhida, com a prática dos crimes sob investigação. Desta feita, deverá o Juiz quando da análise dos elementos ensejadores da medida restritiva, considerar que a busca pela prova, quando se investiga uma organização criminosa, é deveras mais difícil, uma vez que, conforme destacado no primeiro capítulo do presente estudo, impera em tais associações a “lei do silêncio”, devendo, assim, ponderar também que indícios de autoria e materialidade do delito investigado não é o mesmo que meras suspeitas ou conjecturas sobre a participação ou efetiva prática do crime (PAZ RÚBIO, 1999, p. 231).

No que tange à chamada interceptação ambiental ou também denominada por alguns como vigilância eletrônica, verifica-se que se trata de meio de obtenção de provas previsto em diversos países, que de forma semelhante à interceptação das

comunicações telefônicas tem se mostrado eficiente na busca de elementos de prova no combate ao crime organizado. No direito italiano (ZIEGLER, 1999a, p. 224-225) tal técnica foi forte instrumento nas mãos das autoridades daquele país na prisão de diversos componentes da Máfia, dentre eles os mais famosos Toto Riina. Segundo o autor, relata que por informações obtidas junto ao Ministro da Justiça italiano, somente no ano de 1996, auge do combate à Máfia, foram autorizadas ao todo 44.176 (quarenta e quatro mil, cento e setenta e seis) medidas de vigilância eletrônica, tais como instalação de câmeras, escutas ambientais e interceptações telefônicas, mais que o dobro que fora autorizado em 1992.

Já no direito alemão, no qual a medida somente pode ser determinada para apuração de crimes graves tais como tráfico de drogas, sequestro, terrorismo, assassinatos e suspeita e envolvimento com crime organizado, um órgão colegiado composto por três magistrados autoriza a implantação dos equipamentos com duração máxima de quatro semanas, sem, portanto prejuízo de eventual prorrogação diante da demonstrada necessidade. No direito norte americano, onde com significativa maior frequência tal técnica de investigação é utilizada pelo órgãos competentes, diante das suspeitas da população estadunidense, criou-se o *Wire Tape Report*, que tem por função determinar a publicação trimestral pela Justiça Federal de todos os casos de vigília eletrônica, explicitando, inclusive a quantidade de pessoas vigiadas, os motivos, o resultado das provas obtidas e se houve alguma condenação diante do que fora obtido (ZIEGLER, 1999a, p. 224-225).

No que se refere à tutela da interceptação ambiental no direito pátrio, o legislador limitou-se a sua aplicação na apuração de criminalidade organizada, bem como aos crimes praticados por quadrilha ou bando. A teor do art. 2, IV, da Lei n. 9.034/95, com redação alterada pela Lei n. 10.217/2001, ficou estabelecido que: *em qualquer fase da persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial*. Verifica-se, uma vez mais, que ao tutelar o instituto na legislação que dispõe sobre a *utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas*, o legislador ordinário brasileiro primou por direcionar a

lei pelo princípio da proporcionalidade.

Vê-se que procurou-se buscar sair do que comumente se costuma entender por interceptação ambiental como a “captação clandestina de conversa, por terceiro ou por um dos interlocutores, no próprio ambiente em que ela se desenvolve” (GRINOVER, 2000, p. 103). Segundo Ada Pellegrini Grinover, em contundente crítica a ausência de disciplinamento legal das denominadas gravações ambientais pela Lei n. 9.296/96, afirmando que o legislador brasileiro perdeu importante oportunidade de regulamentar a matéria de maneira detalhada e, por que não dizer, de maneira adequada.

Todavia, a tutela legislativa da interceptação ambiental como forma inteligente de investigação acabou por ampliar de maneira demasiada o texto constitucional, vez que o mesmo além de não admitir ofensa ao sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, admitiu tão somente de maneira excepcional, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º XII, CF/88). Tal matéria deixa evidente a preocupação do legislador constituinte no que tange a proteção do direito fundamental a intimidade, bem como à vida privada dos sujeitos investigados. Assim, tratando-se de instrumentos de obtenção de provas que de certa forma podem tornar vulneráveis os aludidos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada e, considerando o conteúdo dos mandamentos e autorizações constitucionais, há que se concluir que o art. 2º, IV, da Lei nº 9.034/95, com as modificações trazidas pela Lei nº 10.217/01, padece de patente inconstitucionalidade, haja vista que a interceptação ambiental necessita de prévia autorização constitucional para que possa ser implementada na prática⁵⁶.

Neste mesmo norte, não se desconhece que o legislador infraconstitucional seja dotado de competência para a tutela da matéria restritiva de direitos fundamentais, sob pena de a Constituição Federal permanecer como um repositório de uma

⁵⁶ Importante informar que em que pese tal constatação de inconstitucionalidade, na prática tal forma de investigação ainda é vastamente utilizada pelas polícias investigativas, uma vez que a inconstitucionalidade do dispositivo sob comento não foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

infinidade de situações não abarcadas pelo legislador constituinte⁵⁷. Todavia, na hipótese vertente, de maneira nenhuma poderia ter feito tamanha ampliação aos limites estabelecidos pelo texto constitucional. Nessa toada, constatando-se que a Constituição Federal brasileira mostra-se omissa no que tange ao estabelecimento de limites para a atuação do legislador ordinário, imperioso buscar analogicamente na testilha da Carta Constitucional de Portugal, que dispensa tratamento específico à matéria, prevendo como um dos elementos para a produção legislativa *que a restrição esteja expressamente admitida na Constituição* (art. 18, nº 2) (SARDINHA, 1989, p. 85-86).

Derradeiramente acrescenta-se que em que pese a interceptação ambiental ser dotada da característica de limitação ao direito a intimidade quando de sua utilização para obtenção de provas no processo penal, a legislação brasileira, da mesma maneira que fez com o disciplinamento acerca do agente infiltrado, somente limitou-se a exigir prévia e fundamentada autorização judicial para que possa haver seu deferimento, contrariamente à tendência internacional de se exigir mecanismos claros de controle em relação à utilização indiscriminada da vigilância eletrônica (SARDINHA, 1989, p. 85-86). Diante de tal panorama, sendo o referido instituto considerado constitucional pela Corte Suprema, os operadores do direito terão como solução para tal querela a utilização por analogia dos procedimentos estabelecidos pela Lei n.º 9.296/96.

⁵⁷ Nessa mesma linha de pensamento (BARROS, 1996, p. 164-165) afirma que as restrições de direitos fundamentais podem se apresentar não apenas pelo texto constitucional, mas também de maneira indireta pela legislação infra-constitucional. Havendo ou não expressa autorização no texto constitucional. Segundo a referenciada autora: “é falsa a idéia de que os direitos fundamentais não sujeitos à reserva de direitos seriam insuscetíveis de qualquer restrição. As inúmeras situações concretas de exercício desses direitos estão a revelar que é quase impossível instituir um direito em favor de alguém sem que não haja reflexos no direito de outrem [...]. Quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito por parte de outro titular, há, portanto, uma situação de conflito cuja solução requer se imponham limites a esses direitos para que possam, enfim coexistir. Fala-se, então, de limites constitucionais não escritos ou de limites imanentes”.

3.4 DA QUEBRA DOS SIGILOS FISCAL, BANCÁRIO E FINANCEIRO

A Lei nº 9.034/95 também cuidou de implementar em seu texto, especificamente por ocasião da edição do art. 2º, III, como um dos meios de obtenção de provas para a apuração das atividades desenvolvidas por organizações criminosas, o acesso pelas autoridades investigativas e judicial das informações bancárias, fiscais e financeiras. Da mesma maneira que o instituto das interceptações telefônicas e das captações ambientais, tal mecanismo de obtenção de provas não se mostra como instrumento exclusivo de combate às organizações criminosas, todavia tem se mostrado como importante meio para sua investigação. Ora, como as atividades criminosas organizadas resultam em vultosos ganhos ilícitos, o produto desses ganhos via de regra são depositados ou aplicados geralmente em paraísos fiscais⁵⁸. Da mesma maneira, as informações prestadas pelos próprios investigados ou acusados ao Fisco tem colaborado sobremaneira para a apuração do fenômeno, haja vista que não raras as oportunidades sua evolução patrimonial via de regra se mostram diretamente ligadas com o enriquecimento ilícito.

Nas palavras de Sérgio Carlos Covello (1991, p. 99-100) o sigilo bancário pode ser definido simplesmente como “a obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”⁵⁹. A Constituição Federal, não estabelece expressamente a vedação à inviolabilidade dos sigilos fiscal, bancário e financeiro, sendo tal vedação uma extensão extraída da tutela do direito à intimidade, este previsto no art. 5º, X, do texto constitucional. Desta feita, as movimentações financeiras e bancárias certamente podem revelar detalhadamente a vida privada de um cidadão, devendo assim ser preservada, salvo haja ligação com a prática de infrações penais, situação em que deve prevalecer o interesse público e estatal na elucidação do crime (SILVA,

⁵⁸ Os setores mais utilizados para a “lavagem” dos capitais ilicitamente obtidos, segundo o Controle de Atividades Financeiras (Coaf) são: i) instituições financeiras; ii) paraísos fiscais; iii) centros de *off-shore*; iv) bolsas de valores; v) companhias seguradoras; vi) jogos e sorteios, incluindo-se aqui o “jogo do bicho”. Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes>>. Acesso em 02.04.2010.

⁵⁹ Na mesma linha de pensamento segue a doutrina de Luiz Flávio Gomes (2001, p. 101), que afirma “ser o sigilo bancário consiste na impossibilidade de os bancos ou outras atividades financeiras revelarem as informações que obtiveram nas suas atividades profissionais, salvo quando de um suspeito”.

2003, p. 106).

Neste mesmo norte, destaca Juarez Tavares (1993, p. 107), ser o sigilo bancário uma forma de “direito individual relativo” como costuma denominar a doutrina, isto é, a proteção deste direito poderá ceder diante do interesse público relevante, a ponto de desconsiderar a proteção ao interesse individualmente protegido para a investigação de suposto ilícito penal cometido por aquele que tem seu sigilo bancário, fiscal ou patrimonial revelado. Não é noutra sentido que já se posicionou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para quem o sigilo bancário não pode se mostrar no direito brasileiro como um direito absoluto:

[...] cabendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a exigência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena e se abrir caminho para o descumprimento de garantia à intimidade constitucionalmente assegurada⁶⁰.

Destarte, em que pese a importância da temática no que tange aos direitos individuais assegurados pelo texto constitucional, o legislador nacional ainda não dispensou tratamento adequado sob o prisma dos direitos fundamentais. Tal constatação se mostra como verdadeira diante do fato de o sigilo bancário por décadas ter permanecido disciplinado pela Lei nº 4.595/1964, que trata das instituições monetárias, bancárias e creditícias, estabelecendo o tímido art. 38 e seus parágrafos a quebra do sigilo bancário por ordem do Poder Judiciário e Legislativo, de forma sigilosa, além de disciplinar o delito. Todavia, somente em 2001, por ocasião da edição da Lei nº 105/2001, houve a revogação do supracitado art. 38 pelo art. 13 do novel dispositivo legal que passou a dispor sobre o sigilo das

⁶⁰ Agravo regimental no IP nº 187/DF, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. *Diário de Justiça*, Seção I, 16 de set. 1996. Neste mesmo sentido já se posicionou o Supremo Tribunal Federal por ocasião de julgado da lavra do Ministro Eros Grau que assim se posicionou, evidenciando que o sigilo bancário não se mostra no direito pátrio como um direito absoluto diante da necessidade de se privilegiar o interesse público, senão vejamos: ementa: agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria infraconstitucional. sigilo bancário. Quebra. Procedimento legal. Ofensa indireta à constituição do Brasil. 1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 2. O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses público, social e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 655298 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007, dje-112 divulg 27-09-2007 public 28-09-2007 dj 28-09-2007 pp-00057 ement vol-02291-13 pp-02513 rndj v. 8, n. 95, 2007, p. 87-88)

operações de instituições financeiras, que, ainda que tenha dispensado tratamento específico sobre a matéria, também se mostrou omissa na disciplina de alguns pontos importantes acerca do tema, tais como a legitimidade para requerimento, elementos para o deferimento, o procedimento a ser observado etc.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, extraem-se, do presente trabalho algumas conclusões, dentre as quais se mostra como uma das principais a de que, no atual patamar de evolução moral, ético e democrático da humanidade, indiscutivelmente mostra-se injustificável qualquer ofensa à dignidade da pessoa humana que venha a implicar em mitigação de direitos e garantias processuais do acusado, em favor de se buscar de um equacionamento entre o binômio *eficiência penal x direitos e garantias fundamentais do indivíduo*, sendo que qualquer diminuição em matéria dos mesmos em favor do combate ao crime organizado deverá sempre tutelar pela estrita proporcionalidade entre a excepcional medida restritiva de direitos e garantias fundamentais com os elementos formadores do princípio constitucional da proporcionalidade.

Assim, há que se manter sempre preservado o núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais sem que se admita retrocesso nos mesmos. Portanto, a medida de restrição somente poderá se operar com a finalidade de se garantir um ou mais, também direitos e garantias fundamentais, que se sobreponha ao restringido de acordo com cada caso concreto, pois nenhum direito ou garantias no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de garantista, apresenta-se como absoluto.

Dessarte, conforme explanado no decorrer do presente trabalho, algumas medidas de colheita de provas no processo penal, em que pese sejam consideradas por alguns doutrinadores como medidas atentatórias aos direitos e garantias individuais, mostram-se deveras necessárias para o combate ao crescente crime organizado na sociedade moderna, bem como para a efetiva e justa aplicação da lei penal, justificando-se, portanto, sua expansão pautada na proporcionalidade como forma de efetividade e preservação de direitos e garantias fundamentais e difusos.

Como consequência da presente conclusão central, outras não menos relevantes a complementam, uma vez que forma verificadas no curso do presente trabalho.

1. Diante das ímpares características apresentadas pela criminalidade organizada hodierna repercutiram na moderna dogmática penal, uma vez que o clássico processo de tipificação mostrou-se incapaz de tipificar o cada vez mais complexo número de condutas que compõem o crime organizado. Com isso, extrai-se do atual estágio de evolução da dogmática penal que se mostra possível uma aproximação jurídico penal do conceito de crime organizado, principalmente com base em seus elementos estruturais que o diferenciam com clareza solar da criminalidade de massa na qual se inserem a condutas praticadas pelo tipo *quadrilha ou bando*. Assim, afiguram-se como elementos centrais que caracterizam o crime organizado o requisito estrutural, temporal e finalístico, o qual assim seria aquele praticado por um mínimo de três pessoas, que, associadas de maneira permanente, praticam de forma reiterada crimes a serem entabulados pelo legislador.

2. O fato de o crime organizado apresentar-se na sociedade em um caráter multiforme também repercutiu significativamente no processo penal, tal fato conseqüentemente contribuiu para o desenvolvimento de estratégias inteligentes e diferenciadas para a tutela da obtenção de provas, bem como no tratamento dispensados aos investigados e acusados no processo penal que envolva o crime organizado em busca de maior eficiência penal. A referida orientação é motivada igualmente pela constatação de que os instrumentos que atualmente as autoridades investigativas e judicial dispõem para a apuração da criminalidade massificada ou individualizada não se apresentam como suficientes para o tratamento da criminalidade organizada, que sem dúvidas é dotada de características particulares, passando, assim, a comprometer o sucesso da atividade investigativa. Diante do medo de retaliação, que deveras dificulta a obtenção da prova oralmente produzida na esfera policial (na investigação criminal) ou em juízo por ocasião do processo penal, a utilização da colaboração processual ou delação premiada do co-réu como método de obtenção de provas passou a se apresentar um importante papel na apuração e combate ao fenômeno.

3. De maneira semelhante, o poder de intimidação que desempenha a criminalidade organizada, se mostra como característica determinante para a busca de novos métodos de investigação criminal, dentre os quais a infiltração do agente policial,

que teve sua gênese no nos procedimentos de espionagem praticados pelos serviços secretos nos mais diversos países, principalmente Estados Unidos da América e países da Europa, tais como Alemanha, Espanha e Portugal. O império da “lei do silêncio”, característica marcante das organizações criminosas, bem como o emprego da violência extrema contra aqueles que ousam violar o referido silêncio, acarreta na tutela de sistemas de proteção a vítimas, testemunhas e co-réus colaboradores, os quais passam a gozar de medidas de segurança e proteção estatal, com vistas à preservação de suas vidas, bem como de seus familiares.

4. As dificuldades apresentadas para a apuração de provas contra o crime organizado também contribuíram para a admissão e regulamentação nos mais diversos ordenamentos jurídicos das interceptações telefônicas e implantação de escutas ambientais, bem como no que atine à quebra do sigilo bancário, fiscal e financeiro dos sujeitos investigados e acusados, que tem apresentado resultados significativos na apuração de complexas operações financeiras que por vezes apresentam conexões internacionais, das quais se valem as organizações principalmente como forma de “lavagem dos capitais” obtidos de forma ilícita.

5. As recentes modificações no processo penal com o fito de apurar o crime organizado implicam restrição ou relativização de direitos fundamentais. Todavia, o fundamento teórico de tais relativizações se baseiam principalmente no fato de tais direitos não serem considerados absolutos, de modo a mitigar a necessidade de preservação e repressão criminal, que da mesma maneira tem assento constitucionalmente garantido. Para a solução entre o conflito dos interesses estatais (que também são os da sociedade) e os direitos individuais (dos sujeitos investigados e acusado) na apuração do crime organizado, deve-se buscar um ponto de equilíbrio, pautado pelo princípio constitucional da proporcionalidade, seja no campo da produção legislativa quanto no que tange à aplicação das normas já existentes pela autoridade judiciária competente. Da mesma forma, tratando-se de restrição de direitos fundamentais, a intervenção do Estado deverá ocorrer sempre que necessário de maneira excepcional (intervenção mínima), devendo ainda ter como limite absoluto a dignidade da pessoa humana, consubstanciada aqui na vida.

6. Assim, tem-se que o princípio da proporcionalidade no direito processual penal tem como escopo principal a regulamentação do indivíduo e do Estado. Por um lado os interesses estatais na realização da investigação criminal e na *persecutio criminis* em juízo, com vistas à concretização eficiente, e não deficitária, do direito penal, ao passo que de outro giro estão os interesses dos cidadãos investigados e processados criminalmente, titulares de direitos e garantias individuais e que têm interesse no *jus libertatis*. Deste modo, vê-se que o conteúdo jurídico do princípio da proporcionalidade em matéria de direito processual penal mostra-se presente de forma implícita na Constituição Federal de 1988, na medida em que o legislador constituinte estabeleceu nitidamente disciplinamento de tratamentos processuais diferenciados para as diferentes categorias de infrações penais, assim como também admitiu excepcionalmente a restrição de direitos fundamentais.

7. O instituto da colaboração processual acontece quando o investigado ou acusado, além de confessar seus delitos para as autoridades investigativas, impede com sua colaboração que outros delitos venham a ser consumados (colaboração preventiva), deste modo auxilia a polícia em suas atividades de colheita de provas em desfavor dos demais componentes da organização criminosa (colaboração repressiva). Todavia, a redação do art. 32, § 2º, da Lei nº 10.409/2002, mostra-se incompatível com a importância do instituto para o combate a tão grave tipo de criminalidade, uma vez que carece a matéria de maior regulamentação de maneira a contemplar a participação judicial na fase pré-processual (o que de forma ainda tímida foi feita de forma gelar para os processos penais por ocasião da edição do novo art. 156 do CPP), bem como o estabelecimento de regras para a realização de acordos entre os agentes colaboradores e as autoridades estatais. Assim, com o fito de atingir seus objetivos processuais, a iniciativa da colaboração deve ser reservada ao Ministério Público, sob a supervisão da autoridade judiciária. Todavia, em que pese a ausência de previsão expressa para a homologação judicial do acordo de colaboração processual na legislação nacional (art. 32, § 2º da Lei nº 10.409/2002), caberá ao juiz de direito competente verificar a presença dos elementos legais quando do oferecimento da denúncia, bem como do pedido de arquivamento do processo em relação ao investigado colaborador (art. 37, IV, da Lei nº 10.409/2002).

8. Assim, ao celebrar o acordo de colaboração processual o representante do *Parquet* deverá atentar para a observação dos seguintes requisitos: voluntariedade da iniciativa; relevância das declarações do colaborador, natureza, gravidade, relevância e repercussão social do ato delituoso compatível com o instituto. Destarte, que em que pese o entendimento majoritário firmar posicionamento no sentido de que a colaboração processual deve partir do sujeito colaborador, o entendimento expressado no presente trabalho se mostra de maneira contrária, haja vista que se entende que não há qualquer óbice legal que impeça que o Ministério Público não possa oferecer ao colaborador a possibilidade de promover a colaboração e receber o competente benefício legal em troca. O compromisso para a redução da penalidade a ser aplicada, expresso e regulamentado no acordo de colaboração processual, firmado ainda na fase pré-processual entre o *Parquet* e o investigado (futuro acusado) (art. 32, § 2º da Lei nº 10.409/2002), vinculará o juízo no que tange à fixação da pena que relação ao agente colaborador, tratando-se, pois, de causa de diminuição da pena. Certamente o acordo somente vinculará o juízo caso o mesmo receba a denúncia onde o mesmo será narrado e, formulando o juízo qualquer modificação para o recebimento da denúncia dará vista ao Ministério Público em seguida. Destaca-se ainda que ao formular expressa menção à prévia proposta do Ministério Público para que o magistrado possa deixar de aplicar a pena ao acusado colaborador ou diminuí-la (art. 32, § 3º da Lei nº 10.409/2002), o legislador ordinário de maneira imprópria criou um perdão judicial ou uma causa de diminuição de pena *genérica*, pois vinculados à proposta do Ministério Público.

9. Ainda que haja possibilidade de renovação da interceptação telefônica que inicialmente fora autorizada judicialmente, a mesma não se mostra de maneira clara na legislação nacional (art. 5º, da Lei nº 9.296/96). A conclusão mais pautada em critérios razoáveis é que a interceptação poderá ser renovada quantas vezes forem necessário, por períodos de quinze dias, diante da comprovação de sua indispensabilidade para a produção probatória, sob pena de tal meio de obtenção de provas ser tido como inócuo para a apuração do crime organizado, que em função de sua complexidade demanda longos períodos de tempo sob investigação.

10. O art. 2º, IV, da Lei nº 9.034/95, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 20.217/2001, padece de patente inconstitucionalidade quando disciplina a interceptação das comunicações ambientais, uma vez que o legislador ordinário demasiadamente alargou os termos da Constituição Federal que, em casos semelhantes, dispensou tratamento restritivo à matéria, apenas permitindo a interceptação das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, da CF/88) na proteção dos direitos à privacidade e à intimidade dos sujeitos investigados.

11. Com o quebramento do sigilos bancário, financeiro e fiscal dos sujeitos sob investigação, seja ela preliminar ou não, toca-se o direitos fundamental assegurado constitucionalmente, devendo o juiz sempre formular um juízo de proporcionalidade quando da análise de tais questões. Na ausência de uma tutela legal específica da matéria, recorre-se, por analogia, ao disciplinado pelo art. 2º, II, da lei nº 9.296/96, que tão-somente admite a adoção da interceptação das comunicações telefônicas quando o conjunto probatório não puder ser realizado ou outros meios (menos gravosos) que por ventura estejam disponíveis, devendo de tal modo o juiz, valer-se da quebra de sigilo, em quaisquer das acepções suso mencionadas, como *ultima ratio*.

12. De tal forma, não tem o Ministério Público poderes para requisitar por si só a quebra dos sigilos bancários, fiscal e financeiro, haja vista que, em se tratanto de medida que implica necessariamente em ferimento de direitos e garantias fundamentais, tal medida carece necessariamente de tratamento condizente com o dispensado aos demais meios de obtenção de provas que da mesma maneira podem levar a sacrifício certos direitos e garantias fundamentais, tais como o direito à intimidade e à privacidade do investigado ou acusado criminalmente, havendo, portanto imperiosa necessidade de fundamentada decisão judicial (inserindo-se, assim, tais meios de prova, por analogia às chamadas clausulas de reserva jurisdicional).

13. A Lei nº 105/2001, que disciplina a quebra de sigilos bancário e financeiro, peca ao não dispensar tratamento procedimental específico para a adoção de tais medidas, impondo-se, portando, aos interpretes do direito que se socorram, por

analogia e no que for possível, dos dispositivos previstos na Lei nº 9.296/1996, que da mesma maneira disciplina matéria que pode comprometer o direito fundamental a intimidade e a vida privada do investigado ou do acusado.

14. Não há no direito brasileiro um procedimento específico disciplinado para que se promova a violação do sigilo fiscal, contentando-se o legislador tão-somente com a previsão da possibilidade de acesso às informações fiscais para a apuração do crime organizado (art. 2º, III, da Lei nº 9.034/1995. Tratando-se de informações fiscais e patrimoniais fornecidas pelo investigado à Receita Federal, que podem em muito contribuir ao revelar aspectos acerca de sua intimidade e vida privada, mostra-se necessária a necessidade de prévia e motivada autorização judicial para que possa se proceder de maneira legal a violação, a exemplo do tratamento franqueado aos demais meios de colheita de prova análogos.

15. Nos sistemas processuais penais que disciplinam a colaboração processual, propiciando que o investigado colabore com as autoridades do Ministério Público, bem como com a polícia investigativa na apuração dos demais integrantes das organizações criminosas ou de forma a evitar que outros delitos venham a ocorrer, o juiz, na hipótese de admitir a prova, necessariamente devera se cercar dos cuidados indispensáveis à verificação da regularidade da prova, atentando de maneira especial para a vulnerabilidade das palavras proferidas pelo sujeito investigado (colaborador) que poderá ser beneficiado com as benesses que a lei lhe garante caso sua contribuição seja efetivamente satisfatória.

16. Na hipótese de admissibilidade de prova resultante de operação de infiltração de agente policial, deverá o magistrado observar a conduta desenvolvida pelo agente infiltrado, em razão da sensível linha que separa a obtenção passiva (isenta) de provas e a provocação de condutas criminosas de forma a produzir de maneira “forçada” a prova que se deseja. Constatada qualquer provocação, deverá o juiz inadmitir a entrada da mesma no bojo do processo, pois o agente provocador acaba por realizar conduta ilícita que atenta contra a voluntariedade livre e consciente do indivíduo investigado, tornando-se a atuação do policial na colheita de tal prova imprestável para o processo (art. 5º, LVI, da CF/88).

17. Contatada a impossibilidade de gravação das comunicações telefônicas (art. 6º, p. 1º, da Lei nº 9.296/1996), nada obsta que o magistrado admita como meio de prova as testemunhas, ainda que policiais, que tiveram a oportunidade de acompanhar a diligência realizada, pois, além de ter sido previamente autorizada pelo juiz, a própria legislação prevê a possibilidade de ausência de gravações. Ainda assim, o próprio Código de Processo Penal admite a possibilidade de que qualquer pessoa figure como testemunha (art. 202), bem como também ter relevância o fato de as declarações da autoridade policial serem munidas de fé pública, podendo, eventuais falsas declarações prestadas em juízo acarretar-lhe consequências de natureza judicial e administrativa.

18. A iniciativa voluntária do sujeito colaborador, ou seja, do co-réu colaborador e sua valoração por parte do juiz deverá o mesmo atentar para a possibilidade de possível sonegação de informação acerca de fatos determinados ou que guardem relação com pessoas envolvidas na organização criminosa, uma vez que deve ser considerada a possibilidade de o colaborador querer fornecer proteção a uma ou outra pessoa e até mesmo a si próprio. Diante de tal hipótese, de o co-réu colaborador colaborar de forma falsa com a Justiça, a cautela judicial deve ser o norte da valoração de tais “contribuições”, devendo o magistrado estar atento aos seguintes elementos: i) a veracidade da confissão; ii) a homogeneidade e coerência de suas manifestações com as demais provas que guarnecem o processo (a confirmação da delação com por outras evidências ou provas) e; iii) a ausência de finalidade de minimizar ou eliminar sua responsabilidade penal diante dos casos concretos pelos quais se pautam as investigações.

19. Percebendo o magistrado, no momento da valoração da prova obtida por meio de interceptação das comunicações telefônicas ou ambientais, que sua adoção, à época em que foi utilizada, não se mostrava imprescindível para a apuração do crime, de acordo com o exigido pelo art. 2º, III, da Lei 9.296/1996, não fica o mesmo impedido de que considere a prova, uma vez que a análise apenas mostra-se exigível quando da obtenção da prova.

20. A produção incidental de provas em relação a outros delitos no curso das conversações telefônicas não obsta a valoração de tais crimes pelo magistrado, desde que haja para tanto formal acusação pelo *Parquet*, bem como que também esteja contemplado pelos elementos da proporcionalidade estatuídos no art. 2º, III, da Lei nº 9.296/1996.

21. O crescimento da utilização da prova indiciária nos processos voltados à apuração do crime organizado, em função das características peculiares e patentes do fenômeno, não representam um retrocesso no que tange à valoração da prova nem no que se refere à preservação do núcleo mínimo e essencial de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANARTE BARROLO, Enrique. Conjecturas sobre la criminalidad organizada. In: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; ANARTE BARROLO, Enrique (org). **Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminologicos**. Huelva: Universidad de Huelva, 1999. p.

ARLACCHI, Pino. **Adeus à máfia: as confissões de Tommaso Buscetta**. Tradução Roberto Cattani e Lúcia Wataghin. São Paulo: Ática, 1997.

AROCA, Juan Montero. La gandeza de La sumisión a la ley procesal. **Cuadernos de Derecho Judicial** (la prueba). Madrid: Consejo General del Poder judicial, 2000.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria geral dos princípios**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROS, João de. Que polícia é essa? **Caros Amigos**, São Paulo, n. 122, maio 2007.

BARROSO, Luis Roberto, Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, Revista dos Tribunais, São Paulo: ano 6, n. 23, p. 65-78, abr./jun. 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BERCOVICH, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BORRALLO, Enrique Anarte. Conjecturas sobre la criminalidad organizada. In: OLIVÉ, Juan Carlo Ferré; BORRALLO, Enrique Anarte (Org.). **Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminologicos**. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

_____. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>> Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

_____. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>> Acesso em: 23 de dezembro.

_____. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm> Acesso em: 23 de dezembro.

_____. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm> Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

_____. Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10217.htm> Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

_____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm> Acesso em: Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

_____. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9613.htm> > Acesso em: Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

_____. Lei nº 9.807, de 11 de julho de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm > Acesso em: Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

_____. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L4595.htm>> Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

_____. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm> Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

_____. Medida Provisória 1.713, de 01 de outubro de 1998. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FViw_Identificacao%2Fmpv%25201.713-1998%3FOpenDocument%26AutoFramed> Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

BRAZ, Graziela Palhares Torreão. **A criminalidade organizada em face aos direitos fundamentais**. 1988. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004. v. 3

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELLELA, Eduardo (Org.). **Garantismos penal integral**. Salvador: Jus Podvin. 2010.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: Fundamentos e limites constitucionais**. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2007

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CARVALHO NETO, Menelick. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado democrático de direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, São Paulo, n. 68, p. 77-92, jan./jun. 1999.

CERVINI, Raúl. Criminalidad organizada: su dimensión econômica. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (org). **Justiça penal 3: crítica e sugestões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 34, p. 9-25, abr./jun. 2001.

CORDERO, Franco. **Manuale di diritto processuale penale**. 8. ed. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene (trad), 1971.

COVELLO, Sérgio Carlos. **O sigilo bancário**. Bauru: Leud, 1991.

CHIAVARIO, Mário. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Tradução de Maurício Zanoide de Moraes. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 5, p. 25-36, jan./mar. 1994

DELGADO GARCIA, Maria Dolores. El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada. In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (org). **Ma criminalidad organizada ante la justicia**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996.

DEUS, Jardel Sabino de. Elementos essenciais para a autonomia. **Associação Cultural Artigo 5º - Delegados de Polícia Federal pela Democracia**, São Paulo, p. 50-51, maio/jun. 2009.

DEUS, Jardel Sabino de. A sociedade do risco e a (in)eficiência da expansão do direito penal como forma de diminuição da criminalidade na era globalizada. **Revista dos Tribunais – RT**, São Paulo, p. 477-494, jan.2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FABRIZ, Dauray Cesar. A Constituição de 1988 e o direito penal após 20 anos: uma perspectiva crítica alinhada aos direitos e garantias fundamentais. In: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (org). **Uma homenagem aos 20 anos da Constituição brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. P. 109-128.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronado político brasileiro**. 4. ed. Globo: São Paulo, 2003.

FASSONE, Elvio. La valutazioni della prova nei processi di criminalità organizzata. In: GREVI, Vittorio (org). **Processo penale e criminalità organizzata**. Roma-Bari: Laterza, 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance. O conceito de crime organizado na Lei 9.034. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 31, p. 3, jul. 1995a.

_____. O crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal: críticas e sugestões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995b. v. 3.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Massan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2006.

FRONDIZI, Román Julio; DAUDET, María Gabriela Silvina. **Garantías y eficiencia en la prueba penal**. Buenos Aires: Platense. 2000.

FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Bogotá: Temis, 1968.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JORNAL NACIONAL. **Seleção de futebol do Togo é vítima de atentado**. Disponível em: <<http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,,MUL1440353-10406,00-SELECAO+DE+FUTEBOL+DO+TOGO+E+VITIMA+DE+ATENTADO.html>>. Acesso em: 25 fev. 2010.

KENNEDY, Paul. **A era do poder**. Tradução de Cristina Serra. Campus, São Paulo, 2002.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente. **Princípios de criminologia**. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

GOMES, Luiz Flavio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**. 2. ed. São Paulo: RT.1997

GOMES, Luiz Flávio. Lei de lavagem de capitais (Lei 9.613/98). **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v.1, n.1, p.7-19, jan./jun., 1999.

_____. Crime organizado: o que se entende por isso depois da Lei nº 10.217, de 11.04.2001 ? Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei nº

9.034/95. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, n. 11, p. 9-16, dez./jan. 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Fernando. **Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador**. Os princípios do processo penal. Coimbra: Almedina, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOLVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, p. 59-69, out./dez. 1997.

_____. A legislação em face do crime organizado. In. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. In: _____. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado Democrático de Direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 5, p. 55/69, jan./mar. 1994.

LUIZI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. Disponível em: <[HTTP://WWW.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo13.html](http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo13.html)>. Acesso em: 18.maio.2010.

MAIEROVITCH, Walter Franganiello. A ética judicial no trato funcional com as organizações criminosas que seguem modelos mafiosos. In: PENETEADO, Jaques de Camargo (org). **Justiça penal 3: críticas e sugestões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Colocar paginação

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho processal penal**. Tradução Santiago Santís Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1952. v. 3.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MARTINS, Leonardo. Crime organizado, terrorismo e inviolabilidade do domicílio. Sobre o controle de constitucionalidade de novas regras do direito processual penal alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5, VI, da CF. **Revista dos Tribunais – RT**, São Paulo, p. 401-437, jun.2004.

MINGARD, Graracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: Instituto Brasileiro

de Ciências Criminais, 1998.

MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípio do Juiz natural e sua aplicação na Lei de improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a.

_____. Obstáculos contemporâneos ao combate às organizações criminosas. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 870, p. 459-503, abril 2008.

_____. **A “Delação Premiada” como instrumento de Combate ao crime**. A Gazeta, Vitória, p. 3, jan. 2007b.

MONTESQUIEU, Charles-Louis Secibdat. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MONTOYA, Mário Daniel. **Máfia e crime organizado**. Aspectos legais. Autoria imediata. Responsabilidade penal nas estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MUÑOZ SANCHEZ, Juan. **El agente provocador**. Valência: Yirant lo Blanch, 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra. 2003.

OLIVIERI, Antonio Carlos. **O cangaço**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1997.

ORTEGA, Juan José López. Infiltración policial y provocación Del delito. **Revista Española de Derecho Militar**, v. 70, jun/dez. 1997

OLIVIÉ, Juan Carlos Ferré; BORRALLO, Enrique Anarte (Org.). **Delincuencia organizada**: aspectos penales, processales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

PAZ RUBIO, José María. **La prueba em El processu penal**. Su prática ante los tribunales. Madri: Colex, 1999.

PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo de. Crime organizado e sistema jurídico brasileiro: a questão da conformação típica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 890, p. 409-443, dezembro 2009.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. Evolução dos direitos e garantias fundamentais e vedação de retrocesso: uma abordagem das jurisprudências do STF nos vinte anos da Constituição brasileira. In: SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (org). **Uma homenagem aos 20 anos da Constituição brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. P. 173-205.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. El “agente encubierto” y La “entrega vigilada”. In: CRIMINALIDAD organizada : reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest, 1999. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 1999. p. 91-124.

RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e mercado**: ensaios em antirriminologia. Tradução Davi Tangerino, Luciana Boiteux e Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MUÑOZ SANCHEZ, Juan. **El agente provocador**. Valência: Tirant lo Blanch, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARDINHA, José Miguel. **O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales em el processo penal**. Madrid: Codex, 1990.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. O recrudescimento do terrorismo e suas implicações no direito contemporâneo. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 108, p. 3, novembro 2001.

SILVA, Virgílio Luis Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. abr. 2002.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

STERLING, Claire. **El mundo em poder de las máfias**: las amenaza de La nueva red mundial del crimen organizado. Tradução Concha Cardeñoso Sáenz de Miera. Barcelona: Flor del Viento, 1996.

TONINI, Paolo. **La prova penale**. 4. ed. Pádua: Cedam, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZIEGLER, Jean. **Os senhores do crime**: novas máfias contra a democracia. Tradução Manuela Torres. Lisboa: Terramar, 1999a.

_____. **A Suíça, o ouro e os mortos**. Record: São Paulo, 1999b.

_____. **A Suíça acima de qualquer suspeita**. Paz e Terra: São Paulo, 1977

_____. **A Suíça lava mais branco**. Editorial Inquérito: Lisboa, 1990.