

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ALEXANDRE RORATO MACIEL

**CRIME ORGANIZADO: PERSECUÇÃO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL
DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

SÃO LEOPOLDO

2011

ALEXANDRE RORATO MACIEL

**CRIME ORGANIZADO: PERSECUÇÃO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL
DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor André Luís Callegari

SÃO LEOPOLDO

2011

M152c Maciel, Alexandre Rorato.

Crime Organizado: Persecução Penal e Política Criminal dentro do Estado Democrático de Direito / Alexandre Rorato Maciel. – São Leopoldo: UNISINOS, 2011.

Orientador: André Luís Callegari
Trabalho Final de Mestrado
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

1. Crime Organizado. 2. Conceito. 3. Investigação. 4. Provas.

CDD: 341.5

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “Crime Organizado: Persecução Penal e Política Criminal dentro do Estado Democrático de Direito”, elaborado pelo mestrando **Alexandre Rorato Maciel**, foi julgado adequado e aprovado por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 15 de dezembro de 2011.



Prof. Dr. **André Luis Callegari**

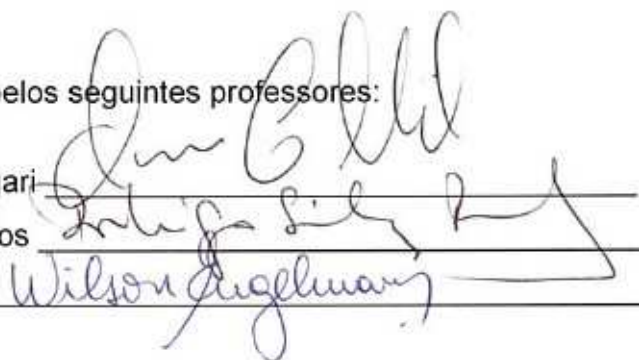
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Luis Callegari

Membro: Dr. Rodrigo Sánchez Rios

Membro: Dr. Wilson Engelmann



Aos meus pais, pessoas íntegras e honestas,
que nunca mediram esforços para sempre me
dar o melhor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo que sou, por tudo que tenho e por tudo que ainda serei;

Ao meu orientador, Professor Doutor André Luís Callegari, pelos ensinamentos e oportunas observações, pela atenção e disponibilidade no acompanhamento desta pesquisa e pela valiosa assistência na obtenção do material bibliográfico para a realização desta obra;

Ao Professor Doutor André Copetti dos Santos, pelas sugestões e críticas formuladas durante o exame de qualificação, as quais se mostraram indispensáveis para o amadurecimento deste estudo;

Aos meus pais, pelas inesgotáveis palavras de incentivo, por inculcarem em mim o espírito da pesquisa e a insaciável sede do saber e, acima de tudo, por me ensinarem a trabalhar duro, a persistir e a ter orgulho de todas as conquistas;

Aos meus colegas de mestrado, pelos momentos agradáveis compartilhados ao longo do curso;

Aos meus amigos, pela compreensão diante da minha ausência;

Aos meus companheiros infatigáveis do dia a dia de trabalho policial, pelo contínuo aprendizado e pelas enriquecedoras discussões;

Aos meus alunos, grande motivo dos meus constantes estudos.

“Senhor, conceda-me a serenidade para aceitar aquilo que não posso mudar, a coragem para mudar o que me for possível e a sabedoria para saber discernir entre as duas.

Vivendo um dia de cada vez, apreciando um momento de cada vez, recebendo as dificuldades como um caminho para paz, aceitando este mundo cheio de pecados como ele é, assim como fez Jesus, e não como gostaria que ele fosse;

Confiando que o Senhor fará tudo dar certo se eu me entregar à Sua vontade;

Pois assim, poderei ser razoavelmente feliz nesta vida e supremamente feliz na outra”.

(Reinhold Niebuhr)

RESUMO

Nas últimas décadas houve um grande avanço da globalização e do desenvolvimento tecnológico que, entre outros resultados – benéficos ou prejudiciais -, propiciou uma facilidade para a expansão do crime organizado, que hoje avança no mundo. Todavia, os meios tradicionais de investigação e formação de provas não se mostraram suficientes para um competente combate às organizações criminosas e assim, aos poucos, começaram a ser criados e utilizados mecanismos diferenciados. Ocorre que, no afã de responder rapidamente aos clamores populares, muitas vezes a lei deixou de regular de forma pormenorizada diversos assuntos, além de elencar medidas questionáveis frente aos direitos fundamentais. A tarefa de analisar o fenômeno do crime organizado e das medidas endereçadas ao seu enfrentamento torna-se ainda mais complexa na medida em que há muita discussão sobre o que vem a ser crime organizado e, por consequência, quanto à possibilidade de sua conceituação e tipificação, existindo até mesmo aqueles que negam a sua existência. Assim é que, neste trabalho, seguindo uma ordem lógica, será, inicialmente, enfrentada a questão ligada à própria existência de organizações criminosas e o que não são manifestações do crime organizado, para após se buscar um caminho para a sua conceituação a partir das características comuns aos diversos modelos de organizações criminosas, passando-se também por uma análise da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e da legislação estrangeira ligada ao tema. Uma vez esclarecido o que é o crime organizado, passa-se à análise crítica de diversos procedimentos de investigação e formação de provas comumente empregados para o enfrentamento dele. Por último, são elencadas diversas propostas que podem contribuir para a discussão de medidas eficazes para a prevenção e repressão ao crime organizado.

Palavras-chaves: crime organizado. conceito. investigação. provas.

ABSTRACT

The past decades saw globalization grow and a great technological development that, among other results - good or bad -, made possible an expansion of organized crime, that today advance in the world. However, traditional means of investigation and the collecting of evidence were not enough for a competent combat to organized crime and because of that, new and differentiated mechanisms were created. Pressured by popular opinion, legislators passed laws that, in many cases, did not clarify several aspects of its application, besides creating questionable measures if one considers the fundamental rights. The task of analysing and the means of addressing organized crime becomes yet more complex considering there are still discussions regarding the definition of what is organized crime and about the possibility itself of definition and classification. Moreover, there are even those that deny its existence. In this work, at first and following a logical order, the question regarding the existence itself of criminal organizations and those aspects that are not manifestations of organized crime will be addressed. After that comes the search for a way of defining organized crime by the common characteristics of the several models of criminal organizations, also analysing The United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the foreign legislation regarding the subject. Once it's defined what organized crime is, analysis of the several investigation and collecting of evidence proceedings commonly used for its repression is made possible. Last but not least, a list of propositions is presented for the discussion of what are the efficient measures to prevent and combat organized crime.

Keywords: organized crime. concept. investigation. evidence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CRIME ORGANIZADO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E TIPIFICAÇÃO	14
2.1 O QUE NÃO É CRIME ORGANIZADO	17
2.2 EM BUSCA DE UM CONCEITO	20
2.2.1 Paradigmas de Organizações Criminosas	22
2.2.1.1 Paradigma mafioso ou tradicional ou hierárquico ou piramidal	22
2.2.1.2 Paradigma da rede ou do entrelaçamento de grupos ou agentes criminosos	23
2.2.1.3 Paradigma empresarial	24
2.2.1.4 Paradigma endógeno ou institucional	25
2.2.2 O conceito de crime organizado na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional	26
2.2.3 O tratamento na legislação estrangeira	30
2.2.3.1 Alemanha	30
2.2.3.2 Itália	31
2.2.3.3 Estados Unidos	33
2.2.3.4 Espanha	35
2.2.3.5 França	37
2.2.3.6 Portugal	39
2.2.3.7 Argentina	40
2.2.4 O tratamento dado no Brasil através da Lei nº 9.034/95	41
2.2.5 A dificuldade em se chegar a um consenso a respeito do conceito	43
2.3 CARACTERÍSTICAS	43
2.3.1 Pluralidade de agentes	44
2.3.2 Estabilidade ou permanência	44
2.3.3 Finalidade de lucro	44
2.3.4 Organização ou estrutura ou planejamento empresarial	45
2.3.5 Hierarquia	46
2.3.6 Divisão funcional de atividades	47
2.3.7 Compartimentalização	47

2.3.8 Conexão estrutural com o poder público	48
2.3.9 Uso da violência ou intimidação	50
2.3.10 Exploração de mercados ilícitos ou exploração ilícita de mercados lícitos	51
2.3.11 Uso de meios tecnológicos sofisticados	52
2.3.12 Oferta de prestações sociais	53
2.3.13 Busca pela dominação de territórios	54
2.3.14 Internacionalidade ou transnacionalidade	54
2.3.15 Obstrução à justiça	55
2.3.16 Um ponto de partida	55
2.4 O PROBLEMA DA TIPIFICAÇÃO	56
3 PROCEDIMENTOS DE INVESTIGAÇÃO E FORMAÇÃO DE PROVAS DIANTE DO CRIME ORGANIZADO	59
3.1 AÇÃO CONTROLADA	63
3.2 AGENTE INFILTRADO OU ENCOBERTO	69
3.3 ACESSO A DADOS, DOCUMENTOS E QUEBRA DOS SIGILOS FISCAL, BANCÁRIO, FINANCEIRO E ELEITORAL	75
3.4 INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL	86
3.5 INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS	91
3.6 DELAÇÃO PREMIADA	102
3.7 INTERROGATÓRIO E PARTICIPAÇÃO A DISTÂNCIA DO RÉU NA INSTRUÇÃO	110
3.8 TESTEMUNHAS ANÔNIMA E OCULTA. JUIZ E PROMOTOR SEM ROSTO	115
3.9 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DA ILICITUDE DE BENS OBTIDOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	119
3.10 BUSCA E APREENSÃO	122
3.11 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL	123
4 POLÍTICA CRIMINAL E SISTEMA PENAL: POSSIBILIDADES E GARANTIAS DE APLICAÇÃO PROPORCIONAL	131
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	146
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	164

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho será feita uma abordagem do crime organizado, partindo das discussões ligadas a sua própria existência, definição e tipificação, para após fazer uma análise cuidadosa dos diversos procedimentos de investigação e formação de provas que têm sido empregados para enfrentá-lo, buscando tecer considerações críticas a respeito do tema e, sempre que possível, procurando se posicionar fundamentadamente diante das várias questões. Também há reflexões acerca de uma série de propostas legislativas e político-criminais ligadas ao assunto.

Em razão da globalização e do desenvolvimento e difusão de novas tecnologias, o crime organizado, que outrora já esteve relacionado a pequenas associações de pessoas encarregadas da execução de delitos, tem diversificado suas atividades ilícitas e um número cada vez maior de países tem sido contaminado pelas organizações criminosas. O crime organizado transformou-se, assim, em uma das formas de criminalidade que mais tem preocupado a sociedade.

As organizações criminosas modificaram um mercado de entradas ilegais administrados de forma artesanal em um mercado ilícito empresarial administrado além fronteiras, obtendo vantagens cada vez mais exorbitantes. Houve a modificação de uma delinquência ligada ao indivíduo isoladamente para uma delinquência estruturada de forma empresarial. Ocorreu uma transformação na prática dos delitos tradicionais, como furto, roubo, homicídio e estelionato, e também houve o aumento na execução de crimes antes não tipificados ou sem a correspondente importância no âmbito penal. Principalmente em razão da grande violência e dos sofisticados meios utilizados na prática dos crimes, a sociedade começou a buscar novas medidas de prevenção e repressão ao crime organizado.

Um dos grandes entraves à aplicação de medidas para combater as organizações criminosas é que não há um consenso sobre a própria existência delas e, mesmo para os que defendem que o crime organizado se trata de uma realidade, em razão da grande complexidade do fenômeno, inúmeras discussões surgem a respeito de sua conceituação e mesmo da possibilidade ou não de tipificá-lo. De qualquer forma, independentemente de se achar uma definição aceitável a essa espécie de criminalidade, é possível elencar suas características.

Diante desta proliferação do crime organizado e das suas peculiaridades, começaram a surgir, além dos já tradicionais meios de investigação e coleta de provas, outros diferenciados. Fica bastante difícil a investigação do crime organizado apenas pelas formas

clássicas de obtenção da prova e assim surgiu a necessidade de aparelhar o Estado de meios de apuração e coleta de provas diferenciadas. Todavia, no intuito de se chegar a um eficiente enfrentamento ao crime organizado, é imprescindível que não ocorram excessos a ponto de vulnerar as garantias individuais. É necessário assim que seja buscado um ponto de equilíbrio entre uma proporcional resposta às organizações criminosas e o respeito aos direitos fundamentais.

Dentre as medidas diferenciadas que vêm sendo criadas na busca de uma eficiente repressão a essa modalidade criminosa, aparecem a ação controlada, infiltração de agentes, acesso a dados, documentos e quebra dos sigilos fiscal, bancário, financeiro e eleitoral, interceptação ambiental, interceptação das comunicações telefônicas, delação premiada, interrogatório e participação a distância do réu na instrução, dentre outras. No entanto, deve-se ter o cuidado para que não sejam atropelados os direitos fundamentais que foram duramente conquistados ao longo dos séculos. Deve-se sim, procurar encontrar uma razoabilidade entre um adequado e eficiente enfrentamento ao crime organizado e o necessário respeito aos direitos fundamentais.

Atendendo à população que se sente com medo e insegura e aos apelos da mídia, o Estado quer solucionar os graves problemas da criminalidade com a mera criação de tipos penais ou com o recrudesimento das penas dos já existentes. Não se nega a necessidade de medidas legislativas firmes, sobretudo frente ao crime organizado, porém, muitas vezes o que ocorre, é que são feitas repentinamente modificações legislativas endereçadas ao crime organizado, mas que, no fundo, vão acabar desaguando na criminalidade tradicional, do dia a dia. Ilude-se a população, que passa a se sentir mais segura com sanções mais severas, ainda que essa segurança seja simbólica e apenas oculte a incapacidade do Estado para encarar determinados problemas sociais.

Necessita o Estado procurar as verdadeiras causas da criminalidade urbana, reestruturando o sistema, promovendo o crescimento econômico, gerando empregos, investindo em educação e melhoria das condições de vida da população, para produzir, com base nesta realidade, leis realmente capazes de regulamentar as relações existentes entre indivíduos e o Estado e proteger as mais variadas espécies de bens jurídicos.

Não adianta insistir na pueril ideia de que o crime organizado pode ser enfrentado com o simples recrudesimento da legislação penal. Por certo que a existência de leis severas é importante no combate à criminalidade, mas não é só. É fundamental, também, a certeza de que elas serão aplicadas e mais, serão eficazmente executadas sempre, no entanto, com o devido respeito aos direitos fundamentais. Neste sentido, qualquer reforma legislativa que for

tomada, para gerar bons frutos precisa vir acompanhada de ações e investimentos de alcance social.

Como objetivo geral do trabalho, são feitas considerações a respeito dos diversos procedimentos de investigação e formação de provas ligados ao crime organizado, a fim de se verificar em que medida eles podem ser aplicados sem ofensa aos direitos fundamentais.

Especificamente como objetivos, procura-se demonstrar o que é e o que não é crime organizado e a dificuldade em se buscar um conceito satisfatório para o fenômeno, sendo na sequência, mapeadas suas características. Uma vez delineado o que vem a ser crime organizado, busca-se analisar os meios de investigação e obtenção da prova ligados a ele e como tais aspectos vêm sendo tratados na legislação nacional e estrangeira, assim como investigar e identificar medidas eficientes para sua prevenção e repressão.

Para atingir tais finalidades, o embasamento teórico foi sustentado em obras que tratam especificamente do crime organizado e referentes à política criminal e criminologia, além de tratados e acordos internacionais, legislação nacional e estrangeira e projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional.

O trabalho desenvolvido buscou, pelos procedimentos metodológicos de pesquisa, abordar o tema proposto com o escopo de demonstrar as diversas interpretações dadas ao assunto em questão, utilizando-se pesquisas doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais, abrangendo livros, endereços eletrônicos da internet, revistas jurídicas e artigos científicos que contribuíram de forma eficiente para o esclarecimento e análise do assunto.

A pesquisa utilizada foi a exploratória, que é aquela que possui como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos, e a metodologia utilizada foi a fenomenologia hermenêutica, que concebe a determinação do direito em um ato criativo que implica o próprio sujeito. Ademais, trata-se de um método que possibilita a revisão crítica dos principais temas que partem da tradição filosófica permitindo sua relação com a prática social.

Pelo exposto, através do método e pesquisa utilizados e com o intuito de se atingir os objetivos propostos, estruturou-se o trabalho em três capítulos.

Logo no início do primeiro capítulo, foi necessário enfrentar a polêmica envolvendo a própria existência do crime organizado. Na sequência, deixou-se claro o que não é crime organizado, para, a partir de então, iniciar a discussão a respeito do seu conceito. Num primeiro momento, as organizações criminosas foram divididas em quatro modelos ou paradigmas, quais sejam: o modelo mafioso ou tradicional, o modelo da rede, o modelo empresarial e o modelo endógeno e, após analisar o conceito trazido pela Convenção de

Palermo e o tratamento que é dispensado ao tema também em outros países, foram elencadas todas as características comumente citadas na doutrina e jurisprudência a respeito do crime organizado. Ao final do capítulo, concluiu-se que uma definição de organização criminosa pode ser buscada com base nas características comuns a todos os paradigmas, as quais também serviriam como elementares em caso de tipificação, remanescendo as demais características não comuns para reforçar a existência da organização criminosa, sem fazerem parte da sua definição básica e, em caso de tipificação, como circunstâncias a serem utilizadas na aplicação da pena como causas especiais de aumento.

No segundo capítulo foi feita uma análise sobre diversos procedimentos de investigação e formação de provas existentes para apuração do crime organizado, embora alguns deles não sejam destinados exclusivamente a esta prática delitiva.

Finalmente, no terceiro capítulo, sem a pretensão de trazer respostas prontas, mas sim de contribuir para a discussão, foram elencadas algumas medidas acreditando-se que elas possam trazer bons resultados, não só frente à criminalidade organizada, mas também para outros setores.

2 CRIME ORGANIZADO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E TIPIFICAÇÃO

Preliminarmente, ainda que de forma sintética, cabe tecer algumas considerações acerca dos dois grandes discursos criminológicos referentes ao crime organizado.¹

Para uma primeira corrente, assentada no discurso do mito, não existem organizações criminosas. O conceito, desta forma, é uma criação ou categoria forjada a partir da história e dos casos estadunidense e italiano, que acabou sendo exportada, através de acordos ou de pressão internacional, para os países periféricos com o intuito de fixar soluções que seriam inadequadas e alheias à tradição jurídica destes países. A ideia do crime organizado estaria amparada em um direito penal e processual penal autoritários, com o objetivo de endurecimento da legislação, que desaguaria mesmo na criminalidade tradicional. As pesquisas de campo feitas por criminólogos, antropólogos e sociólogos, as investigações policiais, os processos judiciais, os relatórios das comissões parlamentares de inquérito e as narrações da imprensa trariam evidências empíricas suspeitas ou pouco sérias a respeito da existência do crime organizado.²

¹ Fala-se em crime organizado por natureza como equivalente a própria organização criminosa, enquanto a expressão crime organizado por extensão é o crime praticado pela organização criminosa, ou seja, o resultante das ações dessa organização. A título exemplificativo, no caso de uma organização criminosa formada para a prática de roubos, a mera existência da organização já caracteriza o crime organizado por natureza, enquanto os roubos praticados significam os crimes organizados por extensão.

No que se refere ao alcance da expressão “organização criminosa”, Siqueira Filho observa que o mais correto seria a designação “organização de criminosos”, já que não é a organização que é criminosa, ou seja, não é a organização que é sujeito ativo de crimes, mas sim que os crimes são cometidos pelos seus membros (SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao crime organizado: inovações da Lei 9.034/95**. p. 35).

² Neste sentido, dentre outros, destaca-se: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “**Crime organizado**”: uma categorização frustrada. São algumas das passagens desta obra: a) “O desconcerto dos criminólogos não é gratuito: eles têm de encontrar uma categoria que satisfaça os políticos, a Polícia e, sobretudo, a imprensa e, em certa medida, os autores de ficção. O **organized crime** não é um conceito criminológico, mas uma tarefa que o poder impôs aos criminólogos” (p. 48); b) “A atribuição do **organized crime** aos grupos étnicos imigrados aos Estados Unidos combina muito bem com toda a ideologia racista que tinha a política imigratória deste país no período de entre-guerras, que fora elogiada pelo próprio Hitler em Mein Kampf e que ressurge em nossos dias até certo ponto apoiada financeiramente pelas mesmas fundações que sustentaram o racismo daqueles anos” (p. 50); c) “Ante a desordem que provoca a globalização e que é própria do mercado – somada a das interferências proibitivas e às características que assume na periferia do poder mundial, onde impera uma corrupção maior ou mais manifesta – era natural que se exportasse também a tecnologia de controle ou que, ao menos, se tentasse fazê-lo. Trata-se de uma lei que se repete: quando se transfere um problema social, segue-se a transferência da ideologia de controle” (p. 56); d) “O transporte de uma categoria frustrada ao campo da lei penal não é mais que uma criminalização que apela a uma ideia difusa, indefinida, carente de limites certos e, por fim, uma lesão ao princípio da legalidade – isto é, à primeira e fundamental característica do direito penal liberal ou de garantias” (p. 58); e) “O conceito fracassado em criminologia foi levado à legislação para permitir medidas penais e processuais penais extraordinárias e incompatíveis com as garantias liberais” (p. 58); f) “Em geral, pode-se afirmar que o transporte à lei de uma categoria criminológica frustrada, que trataram de inventar os criminólogos norte-americanos por pressão dos políticos, das corporações policiais e dos meios de massa, não tem outro efeito que lesionar de forma plural a legalidade no direito penal e o acusatório no direito processual penal, o que é explicável, posto que em realidade constituem as duas faces do

A segunda corrente toma por base a teoria, doutrina ou hipótese da conspiração, a qual apregoa que o crime organizado, normalmente praticado por estrangeiros, é uma verdadeira hidra, complexamente organizada e com vasto terreno de ação por várias atividades criminosas de grande lucratividade, como o tráfico de drogas, armas, pessoas e animais, o contrabando e a falsificação. Estes lucros seriam objeto de lavagem de dinheiro e também serviriam para a cooptação de agentes públicos (policiais, membros do Ministério Público, juízes, parlamentares etc.) mediante corrupção ou práticas clientelistas, como o financiamento de campanhas eleitorais ou mesmo o financiamento da formação de futuros profissionais que viriam colaborar com as organizações. Diante disso as organizações criminosas precisariam ser combatidas com rigor, admitindo-se a alteração das regras tradicionais de imputação penal, a diminuição de garantias processuais e a adoção de medidas específicas de investigação de longo prazo e larga amplitude objetiva e subjetiva.³

Frente às correntes acima, com base nos ensinamentos de José Paulo Baltazar Júnior, é possível lançar as seguintes observações: a) em relação ao discurso do mito, a começar pela Itália, onde até hoje ainda existem afirmações no sentido de que a máfia não seria uma organização, mas um modo de vida ou uma atitude ou mesmo uma exagerada autoestima, fica difícil sustentar tal ponto de vista, principalmente após os grandes processos ocorridos naquele país em que se produziu farta comprovação do caráter associativo da máfia; b) no que se refere à utilização do tema crime organizado na mídia e em campanhas e discursos políticos, não há dúvida de que pode ter ocorrido uma superexposição do tema, acarretando-lhe uma dimensão exagerada, porém, ainda que o perigo seja imaginário ou menor do que descrito, cabe ao Estado o dever de informar-se e esclarecer a população sobre suas reais dimensões; c) não se nega certa relação entre pobreza e crime, conforme referido no

direito penal liberal” (p. 62); g) “O “mito mafioso” estendido a todas as atividades ilegais do mercado é uma teoria conspiratória cientificamente falsa, sustentada pelos meios de comunicação, pela ficção, pelo clientelismo político e pelas Polícias, que a criminologia se esforçou em elaborar, mas não pode fazê-lo, em que pese ser do agrado de muitos criminólogos. A pretensão de levar o “mito mafioso” à lei penal implica uma interferência totalmente arbitrária na economia de mercado que pode conduzir a efeitos econômicos catastróficos: concentração econômica, eliminação da pequena e média empresa, corrupção nas corporações por concentração da atividade ilegal, protecionismo despropositado, alterações irracionais de alguns bens e serviços com conseguinte aumento da atividade ilegal em razão da absurda rentabilidade. No plano jurídico penal, esta intervenção punitiva com base em um conceito falso e ilimitado implica retrocesso muito grave do direito penal liberal e o conseqüente restabelecimento do direito penal autoritário (inquisitorial), lesionando as garantias constitucionais e internacionais e aumentando a corrupção das agências do sistema penal” (p. 63). Conferir também: PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal**, p. 116-121.

³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. p. 79-80. Ver ainda: PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal**. p. 125-129.

discurso do mito, porém não se pode dizer que essa relação é direta ou absoluta, ou mesmo determinante, pois senão, teria que se admitir que em países com alto nível de bem-estar econômico não haveria criminalidade e jamais existiriam criminosos economicamente privilegiados, esquecendo-se também que o indivíduo pode ter optado pela criminalidade. Não se pode, portanto, pura e simplesmente imputar à organização social a causação da criminalidade. Ao contrário, apesar de ser uma tarefa árdua, deve-se buscar um ponto de equilíbrio entre a repressão ao crime e, simultaneamente, atacar suas causas; d) em relação à xenofobia, embora possa haver traços dela, especialmente nos mecanismos de seleção da Polícia no momento de efetuar a persecução penal, não se pode olvidar que a existência de redes étnicas internacionais criadas pela migração facilita os contatos com agentes localizados em outros países. É comum os imigrantes viverem em determinados bairros ou guetos com predomínio de estrangeiros, sendo que muitos possuem dificuldades de integração ao país por não conhecerem o idioma local e muitas vezes também em decorrência da própria imigração ter sido ilegal, fatores que acabam empurrando alguns para a criminalidade como forma de sobrevivência. Acresce-se também que a confiança é essencial para a prática de crimes, e é natural que os criminosos procurem comparsas entre seus parentes e compatriotas, unidos pela língua, tradição e origem comum, ainda mais em terra estrangeira, dando origem à chamada “globalização dos excluídos”; e) por outro lado, o controle do tráfico de pessoas, drogas e animais, por exemplo, não pode ficar restrito aos países fornecedores, mas deve atingir também os países consumidores, em geral os países ricos; f) há certo exagero em relação ao grau de ameaça que representa o crime organizado, notadamente a respeito da participação maciça de agentes públicos e o risco para a democracia, sob influência da confusão entre crime organizado e terrorismo.⁴

Baltazar Júnior ainda conclui:

Não há como negar, porém, que a globalização econômica, a criação de zonas de livre comércio e livre circulação de bens e pessoas, com a supressão ou diminuição de controles fronteiriços e alfandegários, o liberalismo econômico e a consequente desregulamentação de vários mercados, a queda da cortina de ferro, o avanço tecnológico e a queda nos custos das telecomunicações e transportes, a popularização da informática e da Internet, as redes bancárias mundiais e as diferenças de bem-estar entre países ricos e pobres criaram uma nova realidade para a sociedade e, como parte dela, para as práticas delituosas organizadas transnacionais, que encontraram nessa nova realidade social o caldo ideal para a sua expansão.

Parece inegável admitir, então, que tanto o conceito de crime organizado ganhou legitimidade, quanto o tema passou a ser um objeto de debate político e científico na agenda internacional e interna da grande maioria dos países, de tal forma que,

⁴ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit. p. 80-84.

embora ainda reste muito a fazer até a consolidação do conceito, da extensão, dos problemas e das soluções, a problemática não pode ser simplesmente ignorada ou relegada, sem mais, à categoria de mito.⁵

Na mesma linha da citação acima, pode-se dizer que as transformações da sociedade também conduzem a uma transformação na forma de cometer os crimes, já que os criminosos igualmente se utilizam das novas tecnologias e fazem parte do mesmo meio social.

Até a década de oitenta, o crime organizado era percebido como algo restrito à Itália e aos Estados Unidos, quando muito ampliado ao Japão, China, Rússia e Colômbia, sendo de escassa presença no resto da Europa. E apenas nas duas últimas décadas do século passado, a partir da globalização e, em especial, pela expansão do tráfico de drogas e do mercado da emigração ilegal para os países ricos, que a criminalidade organizada começa a ser vista como um problema mundial e não mais como fenômeno circunscrito aos Estados Unidos, à Itália, à literatura e às telas do cinema. Desde então, ocorreu uma autêntica universalização do conceito e o crime organizado transformou-se em uma preocupação mundial, culminando no ano 2000 com a publicação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

2.1 O QUE NÃO É CRIME ORGANIZADO

O crime organizado sempre serviu como inspiração para a criação de inúmeras obras cinematográficas⁶, livros, peças teatrais e programas televisivos. Figuras de bandidos vistosos e de agentes da lei infatigáveis e enérgicos vêm à memória sempre que se cita o tema. Não raro, ao se perguntar a alguém a respeito do que imagina ser o crime organizado, vem como resposta o nome de um filme ou de um livro.

Muitos jornalistas também têm por hábito chamar toda e qualquer atividade criminosa minimamente diferenciada ou bem sucedida sob a designação de crime organizado, atribuindo, com frequência, às organizações criminosas fatos que, na verdade, não são frutos de suas ações. Apesar do crime organizado realmente ser um grande problema e com consequências danosas para a sociedade onde atua, há um apelo exagerado ao assunto por parte de muitos setores de comunicação, o que acaba transmitindo noções equivocadas aos

⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit. p. 84. Mais adiante, na p. 101, menciona o referido autor, que a expressão “crime organizado” surgiu nos Estados Unidos e que provavelmente ela foi utilizada pela primeira vez em 1896 no Relatório Anual da Sociedade Nova-Iorquina de Prevenção ao Crime para fazer referência ao jogo e atividades de prostituição que eram protegidas por autoridades públicas.

⁶ Como exemplo, pode-se citar o filme O Poderoso Chefão, o qual fez grande sucesso nas telas do cinema.

seus leitores, telespectadores e ouvintes. No entanto, a programação que dá preferência aos medos da sociedade aumenta os índices de audiência e possibilita que os anúncios publicitários sejam negociados a preços maiores. Acresce-se ainda o fato de que a disseminação do pânico e do medo também é rentável para outros setores, como a indústria de armamentos e as empresas de segurança privada, além de muitos políticos oportunistas que se aproveitam da sensação do medo para produzirem subitamente leis que supostamente trarão de volta a tranquilidade social, mas que no fundo não têm outro objetivo que não o de se autopromoverem⁷.

No entanto, o estudo sério e criterioso do crime organizado não pode se deixar influenciar pelo *glamour* da ficção, pelo medo alarmado pela mídia ou pela postura demagógica de muitos políticos. Dentro deste panorama e, como se verá no tópico seguinte, diante da dificuldade em se conceituar ou determinar o que venha a ser crime organizado, ao menos inicialmente, cabe esclarecer o que de fato não é crime organizado.

A criminalidade organizada não se confunde com a chamada criminalidade de grupo, pois o objeto desta é mais amplo. Nas hipóteses de crimes cometidos com pluralidade de agentes, como os arrastões, o crime de rixa ou brigas em estádios de futebol, há crime de grupo ou multitudinário, mas não de forma organizada. Neste sentido, a criminalidade organizada é uma espécie de criminalidade de grupo, porém acrescentando-se as características da organização, da estabilidade, do planejamento e da finalidade de obtenção de lucro.

A criminalidade organizada também não se confunde com a denominada criminalidade profissional, que é a exercida como meio de vida ou profissão, a exemplo dos matadores de aluguel. Há entre a criminalidade organizada e a profissional o traço comum da superação do crime como ato eventual, artesanal, ocasional e sua adoção como meio de vida, de forma decidida e contumaz. Ambas diferem, porém, em razão de que a criminalidade organizada é necessariamente cometida por uma pluralidade de indivíduos, enquanto a criminalidade profissional pode ser desenvolvida por vários agentes ou por um indivíduo isolado que a exerce em tempo integral. Assim, a criminalidade organizada caracteriza-se como uma espécie de criminalidade profissional, sendo que, muitas vezes, pode existir uma relação entre ambas, já que a criminalidade organizada poderá se utilizar das especiais

⁷ Como exemplo, no âmbito do Poder Legislativo, vejam-se as diversas comissões de inquérito que assumem, com propagado maior rigor, a responsabilidade da perseguição dos fatos de repercussão na imprensa, o que, não raro, ocorre sem qualquer resultado útil, a não ser conferir notoriedade a determinados parlamentares (PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Op. cit. p. 120).

habilidades de criminosos profissionais, os quais, por sua vez, poderão precisar de uma organização criminosa para a receptação de bens furtados, por exemplo.⁸

É possível distinguir ainda, a delinquência organizada do crime isolado cometido de forma organizada. Este, apesar de possuir planejamento, finalidade de obtenção de lucro e divisão de tarefas, características comuns à criminalidade organizada, não possui o requisito da estabilidade ou permanência, típico das organizações criminosas. Sob o ponto de vista da dogmática penal, trata-se de uma hipótese de concurso de pessoas para a prática de um crime isolado.⁹

Em princípio, também há uma disciplina diferenciada do ponto de vista legal (art. 227, § 3º, IV da CF e Lei nº 8.069/90), dogmático e criminológico, para o fenômeno das gangues juvenis, considerando o fato de serem compostas por crianças e adolescentes, que são pessoas em formação. As gangues juvenis não têm suas ações, em regra, direcionadas ao lucro de forma organizada como as organizações criminosas, apesar de até poderem praticar atos contra o patrimônio ou mesmo terem ponto de contato com as organizações, às quais fornecem mão de obra, o que é facilitado pela falta de perspectivas e pelo desemprego estrutural, sendo considerado também vantajoso para as organizações, tendo em vista o tratamento diverso da legislação de infância e juventude em comparação com a legislação penal dirigida a adultos.¹⁰

As organizações criminosas em sentido estrito também se diferenciam dos grupos terroristas, já que estes não têm como fim último o lucro, mas a tomada do poder político sob a alegação de uma ideologia política, religiosa ou étnica. Ao contrário, as organizações criminosas em sentido estrito objetivam em primeiro lugar o lucro, não tendo planos políticos e utilizando-se, aleatoriamente, da corrupção, cooptação e da infiltração nos poderes públicos para evitar a persecução penal. Os grupos terroristas usam a violência para alcançar o poder político, além de buscarem o máximo de publicidade nas suas ações a fim de atrair simpatizantes, desestimular a atuação dos órgãos repressivos e plantar o medo e a descrença no atual governo. Por outro lado, será mais conveniente para as ações da organização criminosa que os órgãos de repressão não saibam da sua existência, utilizando a violência, em regra, como último recurso, sendo preferível a utilização, por exemplo, da corrupção em relação a funcionários públicos, já que, como o objetivo principal é o lucro, a violência seria

⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit. p. 119.

⁹ Id. Ibid. p. 119-120.

¹⁰ Id. Ibid. p. 120.

ruim para os negócios. Sobre as distinções e características comuns, Baltazar Júnior ainda se manifesta:

Claro está que há diversos pontos de contato entre ambos os fenômenos, quais sejam, o uso da violência, o planejamento, a hierarquia, a estabilidade, a perpetração reiterada de crimes. Mais que isso, o grupo terrorista usualmente comete crimes lucrativos como forma de financiamento de suas atividades. Registram-se, ainda, casos de colaboração entre organizações criminosas e terroristas, ou exploração de tráfico de drogas por grupos terroristas, no chamado *narcoterrorismo*, presente tanto na América Latina quanto na Ásia, onde o Taliban e a Al-Qaeda controlam boa parte do mercado de ópio e heroína.

Poderá ocorrer, ainda, de uma organização criminosa lançar mão de práticas terroristas, consistente em ataques de extrema violência contra civis, a fim de aumentar a sensação de insegurança da população e a descrença nos poderes públicos, como ocorrido no ano de 2006 em São Paulo, por parte do PCC ou no caso dos atentados contra autoridades envolvidas no controle da própria criminalidade organizada. Este tipo de ação costuma provocar, no entanto, fortes reações por parte das autoridades, podendo ser interpretada como um sinal de desespero ou descontrole no seio da organização.

Em conclusão, embora existam características comuns, interpenetrações e mesmo a adoção de técnicas assemelhadas em alguns casos, o terrorismo é fenômeno que goza de autonomia, em razão das particularidades, de que se reveste, razão pela qual merece tratamento doutrinário e legal específico, seja no plano interno, seja no plano internacional. A distinção dar-se-á por aplicação do princípio da especialidade, sendo a motivação e os fins políticos o traço especializante do grupo terrorista. A conclusão será diversa, todavia, se aquela organização que tem origens terroristas pouco mantém dos fins políticos que inspiraram sua criação, restando convertida em mera organização criminosa com fins de lucro.¹¹

Ainda é possível distinguir a criminalidade organizada da chamada criminalidade de massa. A criminalidade de massa é a criminalidade do dia a dia, a criminalidade corriqueira, a exemplo de furtos, roubos, pequeno tráfico de drogas e descaminho. A criminalidade de massa se identificaria com a maioria dos crimes que ocorrem cotidianamente e por isso atingiriam de forma mais intensa os indivíduos, sendo os grandes responsáveis por boa parte dos medos da sociedade.

2.2 EM BUSCA DE UM CONCEITO

Apesar de se entender ser necessária a elaboração de um conceito para o crime organizado ou organização criminosa, em especial porque dele dependeria a eficácia do controle, há uma grande dificuldade nessa tarefa, havendo parte da doutrina que nega essa

¹¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit. p. 120-122.

possibilidade, uma vez que não seria praticável numa única definição compreender realidades tão diferentes.¹²

Conforme Ana Luiza Almeida Ferro:

Toda definição é seguramente perigosa, mas nem por isso menos necessária. No caso do crime organizado, o desafio maior está na obtenção de equilíbrio, na formulação de um conceito único, que traduza a essência do fenômeno, em seus diversos aspectos e contextos, em suas diversas fases e estruturas, nas mais diversas regiões e culturas, captando os pontos em comum entre as organizações criminosas, para fins legislativos e político-criminais, dentro dos parâmetros constitucionais, sem ser vago ou excessivamente genérico, ou por demais restritivo, refletindo o máximo possível a realidade cambiante.¹³

Embora reconhecendo a complexidade do fenômeno e a dificuldade em se definir crime organizado, Laura Zúñiga Rodrigues defende a necessidade de se conceituá-lo. Assim se manifesta a autora:

Dado que estamos ante un fenómeno proteico, difícil de aprehender por los diversos saberes convocados, pareciera que el empeño es inútil o imposible.

(...)

No escapa al análisis tamaña dificultad y que, incluso, para varios especialistas se juzgue imposible alcanzar un concepto general idóneo para abarcar todas sus manifestaciones y, si lo hubiera, por ser tan amplio, resultaría inútil. Con ese riesgo se cuenta también: o se hace un concepto de criminalidad organizada tan general que se escapan las particularidades, o se particulariza tanto que se escapa la oportunidad de una generalización capaz de consensuar una noción común de criminalidad organizada. Sin duda, la opción dependerá de la funcionalidad del concepto.

Ahora bien, la complejidad de una tarea no invalida su necesidad conceptual.

(...)

En la medida que no podamos definir la criminalidad organizada más difícil será controlarla y, por tanto, prevenirla. Hasta cierto punto se puede decir, que la imposibilidad de definirla ha jugado un papel importante en su expansión.

(...)

Es necesaria una definición criminológica de criminalidad organizada por las siguientes razones:

Primero, es necesario definir lo que un ordenamiento jurídico debe ex ante entender por criminalidad organizada a los efectos de determinar los objetos de protección y las formas de ataque, en suma, las conductas punibles. Aunque en la criminalidad organizada se comprenda diversos delitos y distintas modalidades de comisión, existen determinados delitos y determinadas formas de ataque que pueden denominarse comunes, que darían un contenido material a lo que denominamos criminalidad organizada.

¹² Segundo Scarance Fernandes são três as opções doutrinárias e legislativas comumente utilizadas para a conceituação de crime organizado: 1: - a que parte da noção de organização criminosa para conceituar o crime organizado, o qual, assim, seria aquele praticado pelos integrantes da organização; 2: - define-se o crime organizado a partir dos seus elementos essenciais, em regra os que servem para identificar a existência de uma organização criminosa, sem enumeração de tipos penais; 3: - enumera-se um rol de crimes como sendo crimes organizados (SCARANCA FERNANDES, Antonio. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado**. p. 236-237).

¹³ FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais**. p. 320.

Segundo, un concepto de criminalidad organizada servirá para distinguirla de otro tipo de criminalidad, como la corrupción, el terrorismo, etc. Aunque en la realidad se superpongan y a veces resulte complicado determinar los límites en las zonas fronterizas, por lo menos servirá para establecer que determinados comportamientos encajan más dentro de la tipología de criminalidad organizada, de corrupción o de terrorismo, por poner tipos de criminalidad que en la realidad se entrecruzan.

Tercero, la criminalidad organizada se está convirtiendo en un fenómeno transnacional por motivo de la globalización. A los efectos de los acuerdos internacionales necesarios para la cooperación internacional. Para establecer políticas criminales comunes, es importante contar con criterios comunes de qué se entiende por criminalidad organizada.

Cuarto, prevenir determinado fenómeno significa evitar sus causas, eliminar los condicionantes que llevan a la producción de ese fenómeno. Si se busca prevenir la criminalidad organizada, habrá que comprender lo más posible, qué se entiende por dicho fenómeno.¹⁴

Pensa-se que um ponto de partida está no reconhecimento de diferentes paradigmas das organizações criminosas, ou seja, de que o fenômeno da criminalidade organizada não está restrito ao paradigma mafioso ou tradicional. Isto porque as organizações criminosas existentes em todo o mundo não se amoldam necessariamente aos elementos do paradigma mafioso, mas, ao contrário, podem se encaixar no paradigma da rede, empresarial ou endógeno, não se excluindo também a possibilidade de tipos mistos ou de interpenetrações entre os paradigmas. Com base neste raciocínio e a fim de se buscar uma melhor compreensão do assunto, é que se passa agora à análise de cada um destes modelos.

2.2.1 Paradigmas de Organizações Criminosas

2.2.1.1 Paradigma mafioso ou tradicional ou hierárquico ou piramidal

Este modelo, inicialmente retirado das experiências estadunidense e italiana e que muita popularidade ganhou a partir do cinema e da literatura, foi tomado como parâmetro de discussão do crime organizado em todo o mundo, tanto que a expressão *máfia*, utilizada originariamente na Sicília e nos Estados Unidos, transformou-se, na linguagem informal e jornalística, como equivalente à organização criminosa, e assim seu uso, equivocadamente, passou a ser tanto para o paradigma mafioso, quanto para os demais paradigmas. Exatamente

¹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal**, p. 27-29. No mesmo sentido, Callegari e Wermuth pontuam: “Assim, ante a criminalidade organizada, atualmente em franco desenvolvimento devido à globalização e aos avanços tecnológicos, depara-se com a necessidade de definir este tipo de organização criminal para saber-se como enfrentá-la, mas sem descuidar das garantias penais e processuais penais até então conquistadas” (CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. p. 98).

porque durante muito tempo se tomou por base apenas a organização criminosa de modelo mafioso, olvidando-se dos demais modelos, é que se apregouo inexistirem organizações criminosas em vários países. Deve-se deixar claro, portanto, que nem toda organização criminosa está ancorada sobre o modelo da máfia.

Feita essa colocação inicial, resta elencar as características que se destacam neste modelo, quais sejam: busca pela dominação de territórios ou mercados¹⁵ mediante o uso da força, bastante hierarquizada, ingresso de modo ritualístico e baseado no apadrinhamento, compromisso de lealdade, imposição da lei do silêncio, seus membros têm origem estrangeira ou humilde, busca pelo lucro, ajuda recíproca, procura de um especial destaque no meio criminal e uma explicação ideológica do comportamento criminoso. Essas três últimas características, pode-se dizer que é o componente social deste paradigma.

Incluem-se neste paradigma: a *Máfia* siciliana, a *Camorra* napolitana, a *N'drangheta* calabresa, a *Sacra Corona Unita* de Puglia, os cartéis colombianos e mexicanos de traficantes de drogas, as tríades e *tongs* chinesas, a *Yakuza* japonesa, as chamadas “novas máfias ou máfias étnicas”, como a nigeriana e russa, além das máfias negras estadunidenses e jamaicanas e as gangues de motociclistas. No Brasil, seriam exemplos o Primeiro Comando da Capital – PCC e o Comando Vermelho – CV.¹⁶

2.2.1.2 Paradigma da rede ou do entrelaçamento de grupos ou agentes criminosos

As organizações criminosas deste modelo são formadas por vários grupos ou indivíduos dedicados em tempo integral ao crime, ou seja, criminosos profissionais. Estes criminosos fazem parte de grupos que colaboram ou competem entre si, conforme as necessidades do momento, a exemplo do que ocorre no Rio de Janeiro, onde na hipótese de falta de drogas ou armas, é possível obtê-las com grupos aliados, na base da reciprocidade.

¹⁵ Diante do alto grau de competitividade que ocorre nos mercados ilícitos, tem sido questionada essa característica de monopólio dos mercados.

¹⁶ Há entendimento no sentido de que as tríades chinesas, que seriam compostas por várias facções independentes, a *Camorra* napolitana, a *N'drangheta* calabresa, assim como os cartéis colombianos, diante do desmantelamento dos grandes cartéis, o que teria feito com que o tráfico de drogas na Colômbia tivesse passado a ser explorado por grupos menores, estariam todos mais próximos do modelo de rede. Em relação ao PCC e ao CV, que alegam lutarem contra a opressão e a violência, bem como a busca por melhores condições nos presídios, na verdade, o elemento principal de tais grupos seriam as disputas negociais, além de que ambos possuem uma “caixinha” organizada, arrecadada com contribuições obrigatórias dos membros, presos ou soltos, bem como com o resultado do tráfico, roubo, extorsão e sequestro, sendo o dinheiro desta “caixinha” utilizado para o pagamento de advogados, corrupção, financiamento de fugas ou novas ações criminosas, pagamento de médicos para tratamento de membros feridos em ações criminosas, manutenção das famílias de membros presos, fretamento de ônibus para visitas por parte dos familiares, etc. (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 104-105).

Neste modelo há uma hierarquia menos rígida do que no modelo mafioso, e o chefe da organização pode ter menos importância do que o membro que possui contatos importantes com outras redes, ou com fornecedores de drogas ou armas no estrangeiro, em razão por exemplo, do domínio do idioma. Neste sentido, perde importância a relação de pertinência ao grupo e ganham destaque as habilidades e relações do criminoso. Conforme explica Baltazar Júnior:

Em tais grupos, o componente principal é o lucro pessoal, e a união se dá em torno dessa finalidade, ou seja, é uma aliança de finalidade (*Zweckbundnis*), essencialmente econômica, sem o caráter ritualístico e de lealdade que marca as associações criminosas tradicionais, de molde mafioso. Neste modelo, ao contrário da organização com pretensão monopolística e fortemente hierarquizada, sobreleva a ideia da cooperação entre indivíduos e grupos, conforme a necessidade, formando-se vínculos horizontais, e não verticais.¹⁷

Pode-se citar como exemplo deste modelo no Brasil, a união entre o Comando Vermelho – CV e o Primeiro Comando da Capital – PCC. Na Europa, é possível se reportar à divisão entre diversos grupos da subtração, transporte e venda de veículos furtados registrada na Suíça.¹⁸

2.2.1.3 Paradigma empresarial

Neste modelo, as organizações criminosas guardam relação com as empresas lícitas, porém delas se diferenciam por usar preponderantemente métodos ilícitos, ou seja, trata-se de empresa estruturada com a finalidade de perceber lucro através de atividades ilegais. Há uma interpenetração de atividades lícitas e ilícitas, ou ainda a atuação na economia formal, porém com o financiamento de negócios legais a partir de lucros originários de atividades ilícitas.¹⁹

Nessa esteira, citando Baltazar Júnior:

¹⁷ Baltazar Júnior também menciona que nos Estados Unidos os criminosos dessas redes são chamados de *floaters*, que são indivíduos designados para um grupo específico, mas eventualmente podem ser cedidos para outro grupo para várias tarefas por causa de uma habilidade especial. O autor ainda explica que neste modelo de rede há o aproveitamento de rotas para mais de uma forma de atividade criminosa, ou seja, uma rota utilizada para o descaminho também pode servir para o tráfico de drogas, armas ou pessoas, e, por exemplo, um barqueiro que atravessa produtos contrabandeados também pode acabar transportando, mediante pagamento, armas, drogas ou emigrantes ilegais (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 107-109).

¹⁸ Id. Ibid. p. 109.

¹⁹ Inclusive nos Estados Unidos e na Itália, berços do paradigma mafioso, é possível constatar hipóteses de evolução deste modelo tradicional para o empresarial, a exemplo da máfia siciliana, a qual tem sua origem vinculada a uma região e época de economia agrícola e latifundiária, mas que se desenvolveu e se adaptou a ponto de adquirir, em determinadas regiões da Itália, o “monopólio da criminalidade econômica”. No que se refere às diferenças entre o paradigma mafioso e o empresarial: aquele apela à violência como meio para a dominação do mercado, enquanto este o faz apenas em último caso; no modelo empresarial não há ritual de

Essa fonte barata de financiamento ou fornecimento de matérias-primas e insumos acaba por configurar uma verdadeira concorrência desleal com as empresas que funcionam regularmente. Deste modo, a incriminação funciona como uma proteção para o próprio mercado, não se podendo ignorar a crítica de que os mecanismos de seleção penal fazem com que sejam atingidas apenas as empresas mais frágeis, sejam elas legais ou ilegais, de modo que a persecução penal teria o indesejável efeito de aumentar a concentração do mercado e, conseqüentemente, o poder dos grupos que sobrevivem ao processo de seleção. De outro lado, se a concorrência desleal é tolerada amplamente, acaba por levar a uma contaminação de todo o mercado, expulsando o empresário regular e obrigando todos a aderirem aos esquemas ilegais a fim de sobreviver.²⁰

Compreende-se neste modelo de criminalidade organizada: a) a empresa criminosa propriamente dita, que é aquela constituída já previamente com fins ilícitos, cujos titulares são pessoas interpostas e que se dedica sistematicamente a crimes como sonegação, descaminho, contrabando, falsificação de mercadorias, etc.; b) a empresa regularmente constituída no âmbito da qual passam a ser cometidos crimes de forma sistemática, como sonegação fiscal, crimes ambientais ou financeiros, ainda que mantenha, paralelamente, atividade regular e lícita; c) a empresa de fachada, comumente colocada em nome de pessoas interpostas ou “laranjas”, e que é constituída para acobertar as atividades criminosas em si ou permitir a lavagem de dinheiro do proveito econômico obtido em outros crimes.²¹

2.2.1.4 Paradigma endógeno ou institucional

Neste modelo, a organização criminosa germina no interior de instituições ou órgãos públicos, onde os agentes públicos utilizam de suas posições para conseguir vantagens ilegais

ingresso, juramento ou sensação de pertinência a um submundo que é motivo de orgulho, em suma, há transferência de métodos empresariais para a prática de crimes, sem haver preocupação com honra, lealdade e sem que seus membros possuam origem estrangeira ou humilde. Em comum, os paradigmas tradicional e empresarial têm a organização e a busca de lucro aliada à utilização sistemática de métodos ilegais para alcançar tais objetivos. O artigo 416-bis do código penal italiano, que trata da associação de tipo mafioso, inclusive prevê a causa de aumento de pena de um terço até metade para as hipóteses em que “a atividade econômica da qual os associados pretendem assumir ou manter o controle sejam financiadas, no todo ou em parte, com o preço, o produto ou o proveito de crimes” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 111-114). Interessante mencionar que o artigo 31.2 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional dispõe que: “Em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, os Estados Partes procurarão reduzir, através de medidas legislativas, administrativas ou outras que sejam adequadas, as possibilidades atuais ou futuras de participação de grupos criminosos organizados em negócios lícitos utilizando o produto do crime”.

²⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 112.

²¹ Id. Ibid. p. 114-115. O autor ainda esclarece que a empresa regularmente constituída no âmbito da qual, de “forma eventual”, foi cometido um delito de apropriação indébita previdenciária ou um crime ambiental, “não” poderá ser considerada organização criminosa. Outro será o efeito se no âmbito da empresa, embora tenha atividade lícita, são praticados “sistematicamente” delitos de sonegação fiscal, crimes financeiros ou delitos ambientais.

por longos períodos de tempo, indo além do mero aproveitamento das oportunidades que aparecem. Quando incrustada em altos escalões de governo, ocorrem os maiores perigos de influência nociva sobre a economia e a política. Mais uma vez trazendo à colação os ensinamentos de Baltazar Júnior:

Em alguns casos o agente público vende sua influência ou intermediação, como sói acontecer com agentes de alto poder, como aqueles ocupantes de cargos eletivos. Outras organizações de modelo endógeno operam espoliando o Estado diretamente, por meio de crimes como peculato ou fraudes em licitações e contratos públicos. A *mercadoria* poderá ser, ainda, a atuação ou omissão do servidor dirigindo-se o achaque ao administrado ou jurisdicionado. Neste último caso, poderá a organização criminosa endógena encontrar-se incrustada nos próprios órgãos encarregados da repressão ao crime. Com efeito, cuida-se de modalidade criminosa especialmente típica de instituições ou áreas de atuação com alto poder de pressão, como a Polícia e a fiscalização.²²

Infelizmente são muitos os exemplos deste modelo no Brasil, podendo-se citar as milícias²³ e os escândalos que ficaram conhecidos como “Esquema PC” e “Mensalão”.

2.2.2 O conceito de crime organizado da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional

Foi realizada pela ONU, em 1994, na cidade italiana de Nápoles, uma Conferência Ministerial Mundial sobre Crime Organizado, em que foi dado início aos trabalhos de elaboração de uma Convenção sobre Crime Organizado Transnacional, a qual veio a ser firmada em Palermo, também na Itália, no ano 2000, sendo conhecida por isso como Convenção de Palermo.²⁴

Essa Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional foi adotada pela Resolução 55/25 da Assembleia-Geral da Organização, com texto aprovado na Seção Plenária de 15 de novembro de 2000 em Nova Iorque. No Brasil, referida Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo 231 de 29.05.2003 e promulgada pelo Decreto 5.015 de 12.03.2004, estando assim em vigor no Brasil em paridade normativa com as leis ordinárias.

²² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit. p. 116.

²³ As milícias, também denominadas de “grupos de Polícia mineira”, são formadas por policiais ou militares que ocupam certas áreas da cidade e passam a praticar extorsão, ao vender compulsoriamente “proteção” aos moradores e empresários, e ainda cobram pela “autorização” para venda de gás, instalação irregular de televisão a cabo (conhecida por *gatonet*) e pelo exercício do serviço de transporte alternativo. Neste sentido, há vários registros de milícias atuantes em regiões do Rio de Janeiro.

²⁴ O texto da Convenção de Palermo está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm

No artigo 2º da Convenção constam os seguintes conceitos:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

- a) “Grupo Criminoso Organizado” – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;
- b) “Infração grave” – ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;
- c) “Grupo estruturado” – grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada.

Algumas críticas são feitas à definição acima: a) não se poderia aceitar que para a configuração de uma organização criminosa seja suficiente o ajuste estável de apenas três indivíduos para praticar crimes graves, pois, do contrário, poderia se confundir uma organização criminosa com uma pequena associação para praticar delitos com habitualidade, além do que, para a configuração de uma quadrilha²⁵, que possui uma estrutura organizacional menor do que aquela, são necessárias “mais” de três pessoas;²⁶ b) a adoção deste conceito, em caso de tipificação, a semelhança do que já ocorre com o crime de quadrilha, daria ensejo à criação de mais um crime de perigo com a punição dos chamados atos preparatórios, antes mesmo da efetiva lesão dos bens jurídicos, o que não seria adequado, já que isso ocorreria independentemente da prática de qualquer delito ulterior; c) a definição seria muito ampla, vaga e imprecisa,²⁷ o que possibilitaria sua aplicação a grupos muito distintos, além de que

²⁵ Dispõe o artigo 288 do Código Penal Brasileiro: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes. Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.”

²⁶ Neste sentido, pode-se citar Callegari e Wermuth: “Verifica-se que o conceito da Convenção é um conceito que se utiliza de um número mínimo de pessoas com estabilidade para a comissão de delitos com certa gravidade, porém, mantém um número que não nos parece possível que se estruture uma organização, ao menos no sentido que se quer emprestar ao termo. É que três pessoas reunidas estão mais próximas a uma micro-empresa do que uma organização criminal. Além disso, o paradoxo que se estabelece em relação à formação de quadrilha previsto no Código Penal brasileiro é que este delito pressupõe no mínimo quatro pessoas enquanto a organização pode estar formada por somente três” (CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Op. cit. p. 103). Concorde-se com a observação dos autores e acredite-se que talvez uma saída seja ou buscar a redução do número de pessoas no artigo 288 para pelo menos três pessoas não mais sob a denominação de “quadrilha” ou então buscar uma definição de organização criminosa com pelo menos quatro pessoas.

²⁷ Callegari, nessa linha de raciocínio, pontua: “Ainda que o Brasil tenha aprovado a Convenção de Palermo e assim ela tenha ingressado em nosso ordenamento jurídico, não se pode olvidar que a incriminação continua vaga e imprecisa, sem estabelecer os contornos necessários para que se possa elucidar o que seria a dita “organização criminosa”. Além disso, mesmo que tenha ingressado em nosso ordenamento jurídico, nunca é demais recordar que as normas devem ser interpretadas a partir da Constituição Federal e ali se encontra inserto o princípio da legalidade que traz, como corolário lógico o princípio da taxatividade. Isso significa que a própria Constituição Federal não admite preceitos incriminadores vagos e imprecisos, que não descrevam adequadamente a conduta incriminadora, porque em um Estado de Direito deve-se preservar as garantias do

não seria adequado definir uma organização criminosa a partir de meros indícios de sua existência, ao invés de se buscar os reais elementos dela; d) a definição estaria ignorando o fato de que boa parte do crime organizado não é transnacional.

Por outro lado, surgem os seguintes argumentos: a) não se pode confundir o conceito de quadrilha com o de organização criminosa, sendo possível um crime ser praticado por quadrilha que não seja organização criminosa, assim como ser praticado por uma organização criminosa que não seja quadrilha. A quadrilha não possui tamanha estrutura organizacional e geralmente é concebida para crimes comuns, enquanto a organização criminosa é direcionada, precipuamente, à execução de crimes complexos que exigem essa estrutura. Na quadrilha basta uma organização rudimentar, sendo necessário, no mínimo, quatro pessoas, com a finalidade de praticar necessariamente crimes, sendo que ela se consuma no momento da associação ou do concerto dos agentes para cometer um número indeterminado de crimes, independentemente da efetiva prática de qualquer dos delitos, tratando-se de crime formal e de perigo abstrato. No entanto, importa observar que dificilmente existirá a prova de tal momento, sendo este dado demonstrado objetivamente pelo fato de que a quadrilha vem cometendo delitos de forma reiterada, ou seja, na grande maioria dos casos, a quadrilha será reconhecida em função de crimes efetivamente cometidos. Nas organizações criminosas, embora seja mais comum a existência de numerosos integrantes, três é igualmente a quantidade mínima de pessoas prevista nos diplomas legislativos de vários países, a exemplo dos artigos 416 e 416 *bis* do código penal italiano, respectivamente sobre a “associação para delinquir” e a “associação de tipo mafioso”, do artigo 282 *bis.4* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* na Espanha sobre a “delinquência organizada”, do artigo 299º, n. 5 do código penal português sobre a “associação criminosa” e ainda do artigo 210 do código penal argentino sobre a “associação ilícita”. Ao contrário do crime de quadrilha, será possível uma organização criminosa que tenha por objetivo a prática de contravenções penais, como o “jogo do bicho”; b) em caso de tipificação a partir do conceito da Convenção, não se trataria de mais um crime de perigo, já que o tipo de organização criminosa desenhado pela Convenção pressupõe a efetiva ocorrência de crimes, embora seja autônomo em relação aos crimes efetivamente praticados, dando ensejo ao apenamento em concurso material. Este raciocínio é extraído a partir das expressões “existente há algum tempo” e “atuando

cidadão, dentre as quais se encontra a de saber, com clareza, qual a conduta incriminada pela norma penal” (CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei nº 9.613/98**. p. 148-149). Observe-se que a Convenção de Palermo apenas “conceitua” grupo criminoso organizado e recomenda a sua tipificação no artigo 5º, “sem”, no entanto, criar um tipo penal de organização criminosa.

concertadamente”, ou seja, exige-se que a organização já exista e atue, e assim somente existirá organização criminosa nos termos da Convenção quando comprovado o efetivo cometimento de crimes, sendo insuficiente a mera deliberação ou união com a finalidade de praticá-los; c) o conceito é amplo porque tem por objetivo exatamente abranger as várias manifestações da criminalidade organizada, conforme os paradigmas acima descritos; d) o conceito não se limita às hipóteses de crime organizado transnacional, apesar do nome da Convenção. Essa conclusão decorre da combinação do item 1 ‘a’ do artigo 3º combinado com o item 2 do artigo 34, ambos da Convenção.²⁸ Em relação às infrações enunciadas nos artigos 5º, 6º, 8º e 23, que tratam, respectivamente, da participação em grupo criminoso organizado, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça, a aplicação da convenção “independe” do caráter transnacional; e) a adoção do referido conceito também tem por objetivo a busca da uniformização conceitual entre os diversos países, o que inclusive consta nas Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal²⁹, a qual dispõe que: “A comunidade internacional deve adotar um conceito de crime organizado aceito por todos como base para uma maior compatibilidade das respostas nacionais e uma maior efetividade da cooperação transnacional”. Finalmente, a adoção do conceito possibilitaria a utilização das medidas investigativas previstas na Lei nº 9.034/95, assim como o reconhecimento do crime antecedente previsto no artigo 1º, VII da Lei nº 9.613/98, referente à lavagem de dinheiro.

²⁸ “Artigo 3

Âmbito de aplicação

1. Salvo disposição em contrário, a presente Convenção é aplicável à prevenção, investigação, instrução e julgamento de:

- a) Infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção; e
- b) Infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção;

sempre que tais infrações sejam de caráter transnacional e envolvam um grupo criminoso organizado;

2. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo, a infração será de caráter transnacional se:

- a) For cometida em mais de um Estado;
- b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
- c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou
- d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

Artigo 34

2. As infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção serão incorporadas no direito interno de cada Estado Parte, independentemente da sua natureza transnacional ou da implicação de um grupo criminoso organizado nos termos do parágrafo 1 do Artigo 3 da presente Convenção, salvo na medida em que o Artigo 5 da presente Convenção exija o envolvimento de um grupo criminoso organizado.”

²⁹ Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, p. 216. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonreform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf> Acesso em 27.07.2011.

2.2.3 O tratamento na legislação estrangeira

2.2.3.1 Alemanha

A lei alemã preferiu não definir o que seria o crime organizado para fins específicos de medidas penais, processuais penais e de execução penal direcionadas a membros de organizações criminosas, pois ela toma por base que as mesmas medidas que servem para o combate à criminalidade organizada também podem servir para outros delitos graves, e desta forma será possível prevenir o futuro e eventual aparecimento de novas formas de criminalidade e organizações criminosas.

Todavia, com o intuito de facilitar o trabalho conjunto do Ministério Público e da Polícia frente ao crime organizado, tem sido utilizada a definição criada pelas Diretivas comuns dos Ministros e Secretários da Justiça e do Interior dos Estados, de maio de 1990, assim redigida:

Criminalidade organizada é o cometimento de crimes determinado pela busca de lucro ou poder, que isoladamente ou em seu conjunto apresenta significado considerável, quando mais de dois participantes atuam com divisão de trabalho por tempo longo ou indeterminado, em cooperação,

- a) com aplicação de estruturas empresariais ou assemelhadas;
- b) com utilização de violência ou outros meios aptos a amedrontar; ou
- c) com influência sobre a política, a mídia, a administração pública ou a economia.³⁰

Em 15 de julho de 1992 foram aprovadas medidas especiais de combate ao Crime Organizado, e outros delitos. Tais medidas passaram a fazer parte do Código de Processo Penal Alemão (*Strafprozessordnung - StPO*) e foram direcionadas não somente para as pessoas que estivessem envolvidas em organizações criminosas, como também àquelas ligadas a delitos graves. Desta forma, em verdade, não foram medidas especificamente endereçadas para o enfrentamento do crime organizado, mas também a outros crimes graves. Existem dispositivos legais mencionando expressões como “membro da gangue”, “roubando profissionalmente”, “associar-se continuamente para a prática de crimes” etc., as quais poderiam ser ajustadas para membros de organizações criminosas, porém tais expressões

³⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 158-159. O autor na p. 146 também menciona que na Alemanha entendeu-se que os contornos do crime organizado não estão suficientemente definidos para a criação de um tipo penal, mas são adequados para o estabelecimento de disposições processuais, motivo pelo qual naquele país não há, também, definição legal de organização criminosa.

também podem se referir a criminosos que não sejam membros de tais organizações e ainda para criminosos comuns.³¹

Dentro da linha acima exposta, podem ser citadas as seguintes medidas previstas na legislação alemã para o combate a criminalidade organizada (e também para outros delitos graves): tipificação da lavagem de dinheiro e sequestro e confisco de bens, proveitos do crime (*Geldwäsche, Gewinnabschöpfung, Gewinnaufspürung* – previsto nos §§ 73, 74 e 261 do Código Penal Alemão *StrafGesetzBuch - StGB*); requisição e análise de dados pessoais dos suspeitos (*Rasterfahndung* – previsto no § 98a do Código de Processo Penal Alemão - *StPO*); infiltração de agentes na organização (*Verdeckten Ermittlers* – previsto no § 110a do *StPO*); interceptação telefônica e de outros meios eletrônicos do suspeito (*Telefonüberwachung und elektronischer Dateien* – previsto no § 100a do *StPO*); monitoramento das atividades visuais e acústicas do suspeito por aparelhos (*Einsatz technischer – Optische/Akustische Überwachung* – também previsto no § 100a do *StPO*).³²

2.2.3.2 Itália

Diferentemente da Alemanha, na Itália, como o crime organizado ficou conhecido no mundo inteiro a partir das ações das máfias, o código penal tipificou a “associação de tipo mafioso”, punindo a mera participação no grupo com pena de três a seis anos de reclusão, e os que a promovem, dirigem ou organizam com pena de quatro a nove anos de reclusão, sem prejuízo, tanto para um como para outro, da responsabilização penal pelos crimes eventualmente praticados.

O artigo 416 *bis* do Código Penal Italiano prevê que

a associação é do tipo mafioso quando aqueles que dela fazem parte se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeitamento e submissão que dela deriva para cometer delitos, para obter, de modo direto ou indireto, a gestão ou o controle da atividade econômica, de concessões de autorizações, empreitadas e serviços públicos ou para realizar lucros ou vantagens injustas por si ou por outros ou então com o fim de impedir ou obstaculizar o livre exercício do voto ou de buscar votos para si ou para outros em pleitos eleitorais.

Dentre as várias leis italianas direcionadas ao combate a criminalidade organizada, pode-se citar:

³¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. p. 201-202.

³² Id. Ibid. p. 203-204.

- a) Lei nº 575 de 31 de maio de 1965 que dispõe sobre meios de prevenção e vigilância especial de segurança pública e de obrigação de permanência em residência, em uma ou mais cidades determinadas, à pessoa investigada ou processada por “associação de tipo mafiosa”, conforme artigo 416 *bis* do Código Penal Italiano supracitado, além de ser possível a aplicação de medida cautelar de “disponibilidade financeira” sobre o patrimônio e de suspensão temporária da administração dos bens;³³
- b) Decreto-Lei nº 345 de 29 de outubro de 1991 que prevê medidas para impedir a circulação de títulos ao portador nas transações do sistema financeiro a fim de combater a lavagem de dinheiro, cria o “Conselho Geral para a luta contra a criminalidade organizada”, presidido pelo Ministro do Interior e também a DIA (*Direzione Investigativa Antimafia*) com o intuito de realizar investigações preventivas e no âmbito de Polícia Judiciária de forma coordenada, a qual posteriormente foi convertida na Lei nº 410, de 30 de dezembro de 1991;³⁴
- c) Lei nº 356 de 7 de agosto de 1992 que estipula medidas investigativas contra a criminalidade mafiosa, especificamente em relação a armas, drogas e lavagem de dinheiro, introduziu maior controle na venda de armas, munições e explosivos, possibilidade de aplicação do “Giudizio Diretissimo” (processo ultracélere para casos de prisão em flagrante delito), instituição de magistrados e promotores antimáfia especialmente designados para trabalharem em conjunto com a DNA (*Direzione Nazionale Antimafia*);³⁵
- d) Lei nº 55 de 19 de março de 1990 que permite aos agentes da Polícia Judiciária revistarem edifícios inteiros ou parte deles quando houver fundada suspeita de que ali existam armas, munições ou explosivos ou algum fugitivo acusado nos termos do artigo 416 *bis* do Código Penal, possibilidade de criação de Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar as associações criminosas mafiosas;³⁶
- e) Decreto Presidencial nº 309 de 09 de outubro de 1990, Decreto-Lei nº 306 de 08 de junho de 1992 e Lei nº 269 de 03 de agosto de 1998 que prevêem a possibilidade de utilização de agentes infiltrados.³⁷

³³ Id. Ibid. p. 218-220.

³⁴ Id. Ibid. p. 222-223.

³⁵ Id. Ibid. p. 234-235.

³⁶ Id. Ibid. p. 235.

³⁷ Id. Ibid. p. 236-237.

2.2.3.3 Estados Unidos

Não há uma definição legal do que venha a ser o crime organizado, porém há várias leis rígidas prevendo como crimes condutas que podem ou não ser praticadas por membros de organizações criminosas.

Segundo Marcelo Batlouni Mendroni³⁸

embora não exista definição legal, há um consenso nos EUA de que crime organizado possa ser caracterizado como atividade ilegal para ganhos financeiros através de negócios ilícitos. Inclui a realização de negócios através de ameaça, extorsão, tráfico ilícito de entorpecentes, sexo, contrabando, usura e pornografia etc. Assemelham-se a negócios com estruturas corporativas, mas se utilizam de força, intimidação e ameaça em seus negócios.

A lei conhecida como *Organized Crime Control Act* de 1970, dentre outras medidas, proibiu a criação ou a gerência de uma organização para jogos de azar que abranja cinco ou mais pessoas se for negócio de mais de 30 dias ou se puder acumular dois mil dólares no rendimento bruto em um único dia; concedeu ao *Attorney General* autorização para proteger testemunhas e seus familiares, medida que futuramente contribuiu para a criação do programa de proteção a testemunhas (*Witness Security Program – WITSEC*); criou no 18 USC § 1961 e seguintes o RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*), cuja meta central foi sancionar com penas, que podem chegar a prisão perpétua, todas as pessoas que de alguma forma contribuam para o uso de empresas de fachada para a execução de crimes conhecidos como *racketeering activity* (homicídio, corrupção, extorsão, sequestro, tráfico de drogas, contrabando, venda de material pornográfico e incêndio doloso), sendo que tais pessoas ainda estão sujeitas ao confisco de todos os bens obtidos com estas empresas e à devolução do triplo dos ganhos obtidos com elas.³⁹

A lei conhecida como *The Omnibus Crime control and Safe streets Act* de 1968 que foi incorporada ao *United States Code – USC*, 18 USC § 2510-22 permite a realização de investigações por meios eletrônicos, mediante autorização judicial, quando alguém estiver envolvido em um dos crimes previstos no 18 USC § 2516 (inclui, dentre outros, crimes contra a vida, o patrimônio, administração pública, praticado por organizações criminosas, lavagem de dinheiro etc.); haja motivo para crer que através da interceptação será possível obter comunicações particulares; quando os meios comuns de investigação não são instrumentos

³⁸ Id. Ibid. p. 247.

³⁹ Id. Ibid. p. 247.

eficientes ou são muito perigosos; quando o local objeto das interceptações estiver envolvido na prática de delitos ou em nome, ou sendo utilizado por pessoa suspeita de crimes. Os instrumentos para a realização de investigações eletrônicas abrangem interceptações telefônicas (*telephone tap*); microfone instalado no aparelho telefônico (*telephone transmitter*); pequeno microfone instalado no local da escuta (*simple transmitter*); aparelhos instalados, por exemplo, numa janela que recepcionam a conversa de um ambiente fechado através da vibração do vidro e após decodifica essas vibrações (*laser interceptor*); microfone capaz de retransmitir através do caminho do espaço do satélite para um grande aparelho receptor (*satellite relays*); fibras óticas que são instaladas em paredes ou outros compartimentos para transmitir as conversas (*fiber optics*). A Suprema Corte norte americana tem entendido que, embora seja necessária a identificação do local da ordem de investigação eletrônica, no caso de um suspeito determinado usar vários locais e meios de comunicação, é possível a instalação de escutas em vários locais e/ou aparelhos por ele usados, a fim de se possibilitar uma investigação sequencial (*roving surveillance*). A Suprema Corte também tem se posicionado no sentido de admitir como prova lícita a gravação das comunicações, direta ou ambiental, por um dos interlocutores, assim como a obtenção de extratos de chamadas efetuadas pelo telefone ou aparelho similar, independentemente de autorização judicial.⁴⁰

No que se refere à prova testemunhal, a Suprema Corte norte americana tem interpretado a V Emenda da Constituição (dispõe que ninguém pode ser obrigado, em qualquer processo criminal, a ser testemunha contra si mesmo) no sentido de que a testemunha não pode se recusar a depor, mas que nenhum testemunho ou outra informação obtida direta ou indiretamente através do seu testemunho, possam ser usados contra ela em nenhum processo criminal, salvo no caso de falso testemunho ou alguma ação sua contra a intimação.⁴¹

Em relação ao programa de proteção a testemunhas (*Witness Security Program – WITSEC*), ele foi autorizado, conforme já acima citado, em 1970 através do *Organized Crime Control Act*, sendo emendado em 1984 pelo *Comprehensive Crime Control Act*. Desde 1970, mais de 6800 testemunhas ingressaram no programa, o qual inclui mudança de endereço e identidade, proteção policial à testemunha e seus familiares em caso de ameaça, pagamento de moradia e seguro de saúde, além de qualificação profissional e busca de um emprego até que a testemunha possa manter-se economicamente por conta própria. Interessante ainda

⁴⁰ Id. Ibid. p. 253-255.

⁴¹ Id. Ibid. p. 256.

mencionar, que a lei dispõe que não haverá responsabilização civil do governo na hipótese de qualquer fato decorrente do ingresso ou não da testemunha no programa.⁴²

Em relação ao agente infiltrado (*undercover agent*), não há um regramento próprio, porém vários dispositivos penais permitem a sua utilização nas investigações (apenas para citar alguns: 12 USC Sec. 1787 – *Payment of insurance*; 28 USC Sec. 533 – *Investigative and other officials, appointment*; 8 USC Sec. 1363a – *Undercover investigation authority*; 49 USC Sec. 13907 – *Household goods agents* etc.). Interessante mencionar o dispositivo 21 USC 885d que prevê imunidade civil e penal a policiais que no desempenho de suas funções, mediante autorização, executem ações de posse, importação, exportação ou fabricação de drogas.⁴³

Outras medidas ainda podem ser elencadas: quebra de sigilo bancário (31 USC 5311), ação civil de confisco tanto em âmbito administrativo como judicial (*civil forfeiture actions*) e ação de confisco criminal necessariamente no âmbito judicial (*criminal forfeiture actions*), previsão de sanção a quem obstruir investigações criminais (capítulo 73 do 18 USC, § 1510). Após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, foi editado o *USA Patriot Act*, que entrou em vigor a partir de 24 de outubro do mesmo ano, o qual fez uma reforma geral na legislação americana recrudescendo o combate às organizações criminosas, especialmente em relação ao terrorismo (a título exemplificativo: *Electronic Communications Privacy Act, Foreign Intelligence Surveillance Act, Family Education Rights and Privacy Act, Immigration and Nationality Act* etc.).⁴⁴

2.2.3.4 Espanha

Não há uma definição legal de organização criminosa, sendo ela uma espécie do gênero “associação para delinquir” (quadrilha ou bando), no artigo 515, n. 2, do Código Penal espanhol, com redação dada pela *Ley Orgánica* 11/2003. A conduta típica do delito, no entanto, não está definida neste artigo, que se limita a declarar puníveis determinadas formas de associação, mas sim, nos artigos 516 a 520. O artigo 516 ao se referir às associações do n. 2 do artigo 515 estipula a pena de seis a doze anos de prisão e inabilitação especial para emprego ou cargo público por seis a quatorze anos pela mera participação na associação e a

⁴² Id. Ibid. p. 267.

⁴³ Id. Ibid. p. 259-260.

⁴⁴ Id. Ibid. p. 261-266.

pena de oito a quatorze anos de prisão e inabilitação especial para emprego ou cargo público por oito a quinze anos para aquele que exercer a função de direção ou comando na associação. Se a associação ilícita possuir personalidade jurídica, o artigo 520 prevê como pena acessória a dissociação dela.⁴⁵

Não há diferença entre as condutas de participação em organização criminosa e de formação de quadrilha ou bando, uma vez que ambas estão no artigo 515 do Código Penal espanhol, o qual exige o mesmo número de pessoas, forma permanente ou reiterada e estrutura organizada. A distinção reside apenas em que a prática de certos crimes enumerados em um rol transforma determinada conduta de associação delitiva em criminalidade organizada.⁴⁶

O artigo 282 *bis* do Código Penal espanhol, que foi introduzido pela *Ley Orgánica 5 de 13 de janeiro de 1999*, a qual reformou a *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, dispõe sobre a possibilidade da investigação ser feita através de agentes da Polícia Judiciária infiltrados em organizações criminosas, sendo considerada como tal a associação de três ou mais pessoas para realizar, de forma permanente ou reiterada, condutas que tenham como fim praticar um ou mais delitos dentre os previstos taxativamente (alguns dos crimes previstos são: terrorismo nos artigos 571 a 578, tráfico de armas, munições e explosivos nos artigos 566 a 568, contra a saúde pública nos artigos 368 a 373, contra o patrimônio e a ordem socioeconômica nos artigos 237, 243, 244, 248 e 301, sequestro de pessoas nos artigos 164 a 166, tráfico de espécies de flora ou fauna ameaçadas de extinção nos artigos 332 e 334, todos do Código Penal espanhol). O artigo 282 *bis* é bastante amplo e ainda trata do prazo da infiltração (6 meses prorrogáveis por mais seis meses), utilização de nome falso para o agente infiltrado (inclusive quando for servir como testemunha), atuação do agente quando houver necessidade de praticar algum crime etc. Parte da doutrina espanhola entende que o conceito de crime organizado foi introduzido na legislação espanhola pelo citado artigo 282 *bis*, porém muitos entendem que este conceito não passaria de uma “definição instrumental” ligada a figura do agente infiltrado ou encoberto e assim continuaria faltando uma lei específica para tal conceito.⁴⁷

⁴⁵ COGAN, Marco Antônio Pinheiro Machado; JOSÉ, Maria Jamile. **Crime organizado e terrorismo na Espanha**, p. 124.

⁴⁶ Id. Ibid. p. 125.

⁴⁷ Id. Ibid. p. 124-125.

Outras medidas ainda podem ser citadas: o artigo 263 *bis* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* trata da “entrega vigiada”, que é o monitoramento da atividade criminosa, para melhor atingir o objetivo de identificação de outros participantes e do seu *modus operandi*; a *Ley Orgánica 19/1994* dispõe sobre medidas de proteção a testemunhas e seus familiares; os artigos 301 a 304 do Código Penal Espanhol tratam da lavagem de dinheiro (*blanqueo de capitales*); interceptação telefônica prevista nos artigos 33 a 36 da Lei nº 32 que entrou em vigor em novembro de 2003.⁴⁸

Acima já foram destacadas as diferenças entre o terrorismo e o crime organizado. No entanto, a título de referência, constam nos artigos 571 a 580 do Código Penal Espanhol, vários dispositivos acerca dos delitos de terrorismo. A criação de tais artigos foi bastante estimulada a partir das ações de alguns grupos terroristas, especialmente o ETA.⁴⁹

2.2.3.5 França

Não há uma definição própria de crime organizado na legislação da França, havendo apenas no Código Penal uma definição de “gangue organizada”, que é qualquer associação formada ou qualquer acordo estabelecido com a finalidade da preparação, caracterizada por um ou vários fatos materiais, de uma ou de várias infrações.⁵⁰

A França comumente utiliza conceitos criados pela União Europeia, como é o caso de “organização criminosa”. A União Europeia, mediante a Ação Comum 98/733/JAI de 21.12.1998 conceitua organização criminosa como “a associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e atua de forma concertada, tendo em vista cometer infrações puníveis com pena privativa de liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infrações constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a atuação de autoridades públicas”.⁵¹

No Título XXV do Código de Processo Penal francês (artigos 706-73 a 706-106) há uma série de dispositivos aplicáveis à criminalidade organizada, como a vigilância,

⁴⁸ Id. Ibid. p. 137-150.

⁴⁹ Id. Ibid. p. 133.

⁵⁰ CAÇAPAVA, Elisa Pires da Cruz Reale; VILARES, Fernanda Regina. **Crime organizado e terrorismo na França**. p. 188.

⁵¹ Id. Ibid. p. 189.

infiltração, prisão temporária, busca, interceptação telefônica e monitoramento por vídeo de certos lugares ou veículos.⁵²

A tipificação autônoma da associação criminosa ou a quadrilha ou bando é atribuída ao Código Napoleônico de 1810, mais especificamente nos artigos 265 e seguintes, o qual inspirou vários outros códigos, como o italiano (art. 416), argentino (art. 210), chileno (arts. 292 a 295 *bis*) etc.⁵³

O art. 265 do Código Penal Napoleônico previa como crime contra a paz pública qualquer associação de malfeitores contra as pessoas ou as propriedades e o art. 266 dizia que a configuração do crime dependia da constatação do simples fato da organização dos bandos, da correlação entre estes e seus chefes ou também das convenções sobrevindas para a prestação das contas ou para a distribuição ou divisão do produto das infrações.⁵⁴

Atualmente, o artigo 450-1 do Código Penal Francês, que entrou em vigor em 01 de março de 1994, mantém a expressão “associação de malfeitores”, herdada do Código Napoleônico, e a define como todo agrupamento constituído ou entendimento firmado em vista da preparação, caracterizada por um ou vários fatos materiais, de um ou vários crimes ou de um ou vários delitos punidos com pelo menos cinco anos de prisão. No artigo 450-2 há uma espécie de escusa absolutória para o membro da associação que, antes do início da persecução penal, revela a existência do grupo às autoridades, possibilitando a identificação dos demais integrantes. Já no artigo 132-71 há o conceito de “bando organizado” como todo agrupamento formado ou todo acerto estabelecido em vista da preparação, caracterizada por um ou vários fatos materiais, de uma ou de várias infrações. O conceito de bando organizado é mais genérico que o da associação de malfeitores e não há uma pena mínima para as infrações penais sob mira.⁵⁵

No artigo 321-6 do Código Penal Francês há previsão da conduta de não conseguir justificar a origem de um bem em sua posse ou seus recursos em relação ao estilo de vida que tem, quando mantém relações habituais com pessoa(s) envolvidas na prática de infrações penais punidas com pelo menos cinco anos de prisão, obtendo-lhes um proveito, ou que sejam vítimas de um destes ilícitos, sendo que existe qualificadora quando as infrações praticadas envolvam associação de malfeitores e o tráfico de drogas, entre outras condutas. Já nos artigos

⁵² Id. Ibid. p. 190-195.

⁵³ FERRO, Ana Luiza Almeida. Op. cit. p. 103.

⁵⁴ Id. Ibid. p. 103-104.

⁵⁵ Id. Ibid. p. 427-429.

450-4, 450-5 e 131-39 existe a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica pelo ilícito referente à associação de malfeitores.⁵⁶

2.2.3.6 Portugal

Não há na legislação portuguesa um conceito de crime organizado, porém existe previsão de alguns instrumentos processuais para o enfrentamento a este fenômeno, dentre os quais o agente encoberto, ação controlada, interceptação telefônica, cooperação internacional, oitiva de testemunhas em condições especiais como videoconferência, etc. Estes instrumentos estarão restritos aos chamados “crimes de catálogo”, além dos quais o aplicador da lei não pode avançar.⁵⁷

O artigo 299º do Código Penal português, de 1982, com a rubrica “associação criminosa”, pune com pena de prisão de um a cinco anos aquele que promove ou funda grupo, organização ou associação cuja finalidade ou atividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes (n. 1), bem como aquele que participa de qualquer destas modalidades associativas ou lhe dá apoio, mediante, *exempli gratia*, o fornecimento de armas, locais para as reuniões ou auxílio objetivando o recrutamento de novos componentes (n. 2). O n. 3 pune com prisão de dois a oito anos aquele que exerce posição de liderança (chefe ou dirigente) na associação criminosa. O n. 4 possibilita a atenuação ou não responsabilização penal daquele que impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes. Finalmente, o n. 5 dispõe que a existência do grupo, organização ou associação depende da verificação de um conjunto de, pelo menos, três pessoas, atuando concertadamente durante um certo período de tempo. Dois destaques merecem registro: o primeiro relativamente ao fato que a finalidade da associação pode ser a prática de apenas um crime (n. 1) e o segundo concernente ao número mínimo de três pessoas que devem fazer parte da associação.⁵⁸

No que se referem às organizações terroristas, estas são tratadas na Lei nº 52 de 22 de agosto de 2003, a qual revogou os artigos 300º e 301º do Código Penal português que antes tratava do assunto.⁵⁹

⁵⁶ Id. Ibid. p. 428-429.

⁵⁷ GEMAQUE, Silvio César Arouck; RUSSO, Luciana. **Crime organizado em Portugal**, p. 281, 292-301.

⁵⁸ FERRO, Ana Luiza Almeida. Op. cit. p. 444-447.

⁵⁹ GEMAQUE, Silvio César Arouck; RUSSO, Luciana. Op. cit. p. 291.

2.2.3.7 Argentina

As manifestações do crime organizado na Argentina estão ligadas basicamente ao narcotráfico, ao tráfico de armas e de pessoas, à corrupção e ao contrabando. Há informações da atuação de grupos estrangeiros, em especial italianos e israelenses (Mão Negra, Chico Grande, Zwi Migdal), os quais se fixaram em certas regiões, como Rosário.⁶⁰

Existe também notícia a respeito da atuação das Tríades Chinesas, que são responsáveis por dois terços do tráfico de heroína no mundo e, segundo estimativas da Polícia Nacional do Paraguai, movimentam cerca de nove milhões de dólares por mês na tríplice fronteira. Na Argentina há também registros de envolvimento dessa organização com o tráfico de mulheres.⁶¹

Na Argentina há a figura genérica da “associação ilícita”, equivalente ao crime de quadrilha ou bando do artigo 288 do Código Penal brasileiro, tendo como diferença, aliás dominante nos direitos europeus, o fato de permitir um número de agentes inferior a quatro, no caso em tela, três.⁶²

Conforme artigo 210 do *Código Penal de la Nación Argentina* (Lei nº 11.179):

será reprimido com prisão ou reclusão de três a dez anos aquele que tomar parte de uma associação ou bando de três ou mais pessoas destinado a cometer delitos pelo único fato de ser membro da associação. Para os chefes ou organizadores da associação o mínimo da pena será de cinco anos de prisão ou reclusão.

O artigo 210 *bis* do mesmo Código pune com a pena de reclusão ou prisão de cinco a vinte anos o agente que participar da formação ou da manutenção de uma associação ilícita – ou cooperar ou ajudar no mesmo sentido – dirigida à prática de crimes, na hipótese de a associação em tela contribuir para ameaçar a vigência da Constituição Nacional, exibindo, no mínimo, duas das características adiante expressas: a) composição de dez ou mais pessoas; b) organização militar ou do tipo militar; c) estrutura celular; d) posse de armas de guerra ou explosivos de alto potencial lesivo; e) atuação em mais de uma das jurisdições políticas do país; f) composição incluindo um ou mais oficiais ou suboficiais das forças armadas ou de segurança; g) manutenção de patentes conexões com outras organizações semelhantes

⁶⁰ VILARDI, Rodrigo Garcia; GÍDARO, Wagner Roby. **O crime organizado e o terrorismo na Argentina**. p. 67.

⁶¹Id. Ibid. p. 68.

⁶² FERRO, Ana Luiza Almeida. Op. cit. p. 453.

existentes no país ou no exterior; h) recebimento de apoio, auxílio ou direção de servidores públicos.⁶³

2.2.4 O tratamento dado no Brasil através da Lei nº 9.034/95

O Projeto de Lei nº 3.516, de autoria do Deputado Michel Temer, convertido posteriormente na Lei nº 9.034/95, conceituava organização criminosa como “aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional ou internacional”. O projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados, porém, no Senado Federal, através da apresentação de substitutivo, acabou sendo profundamente alterado e, a redação final, que deu origem a Lei nº 9.034, deixou de ter o conceito de organização criminosa e também não trouxe nenhum tipo legal incriminando-a.

Inicialmente, o artigo 1º da Lei nº 9.034/95 trazia a seguinte redação: “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”. Não foram poucas as críticas a essa redação que acabava equiparando uma mera quadrilha a uma organização criminosa. Em 2001, através da Lei nº 10.217, o artigo 1º acabou sendo alterado e passou a ter o seguinte texto: “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”. A Lei nº 10.217 assim distinguiu a organização criminosa, a associação criminosa e a quadrilha, porém persistiu na falha originária da Lei nº 9.034/95 ao continuar aplicando os seus dispositivos à quadrilha, nivelando-a, neste aspecto, à organização criminosa. Ao diferenciar “organizações” de “associações” criminosas, talvez com base no então vigente artigo 14 da Lei nº 6.368/76,⁶⁴ que previa o crime de associação para o tráfico de drogas, a lei não atentou para o fato de que não existe na doutrina internacional diferenciação entre tais vocábulos para fins jurídico-penais, além de que eles têm o mesmo significado no vernáculo nacional.⁶⁵ Finalmente, a Lei nº 10.217 não trouxe qualquer definição de organização criminosa.

⁶³ Id. Ibid. p. 455.

⁶⁴ A Lei nº 6.368/76 foi revogada pelo artigo 75 da Lei nº 11.343/06. O artigo 14 da Lei nº 6.368/76 hoje equivale ao artigo 35 da Lei nº 11.343/06.

⁶⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. p. 39.

A grande discussão tem girado em torno do fato de que os artigos 4º, 5º, 6º, 7º e 10, além do título do Capítulo I e a própria ementa da lei, fazerem referência a “organizações criminosas ou organização criminosa”. Além disso, os artigos 8º e 9º falam em “crimes previstos nesta lei”, porém ela não traz nenhum tipo penal novo.

Surgiu assim, uma corrente defendendo que todos os artigos da lei que mencionam “organização (ões) criminosa(s)” perderam eficácia, pois são inaplicáveis, já que não há uma definição do que vem a ser organização criminosa.

Por outro lado, ressalte-se que a técnica utilizada pela Lei nº 9.034/95 de não conceituar organização criminosa, não é isolada, sendo também usada em outros países, como acima citado. Entende este posicionamento que as características do fenômeno ainda não estão suficientemente claras e que uma definição legal poderia deixar fora do campo de aplicação da lei alguns fatos, o que não seria conveniente, já que desta forma será possível uma maior flexibilidade na autorização das medidas investigativas por ela elencadas. Em relação a essa opção por não conceituar a organização criminosa ou o crime organizado, pontua Beck:

No que tange ao crime organizado, esta conceituação – ao menos no estágio atual dos estudos criminológicos – não parece razoável ou, pelo menos, segura. Enquanto ainda se discute o que é o crime organizado, as diversas formas como ele se manifesta e mesmo se “existe” essa categoria de crime, qualquer tentativa de representação deste objeto correria sério risco de pecar pela restrição ou amplitude exagerada.

Mais: a própria mutabilidade do fenômeno impede esta restrição. Qualquer conceito que poderia ser utilizado há duas ou três décadas certamente não se adequaria à maior parte dos casos atuais de suposta existência de criminalidade organizada. Com a globalização da economia e a revolução das formas de comunicação e transferência de dados e informações, mesmo um conceito formulado há poucos anos já poderia restar completamente desatualizado, obsoleto. Eis a (simples) razão pela qual se abdica de formular um conceito de crime organizado no presente trabalho.⁶⁶

Em síntese, verifica-se que o tratamento do tema não só no Brasil como em outros países não é simples, não se esquecendo ainda do posicionamento que defende a utilização do conceito da Convenção de Palermo, já que esta Convenção estaria incorporada no ordenamento pátrio com o *status* de lei ordinária.

⁶⁶ BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. p. 73-74.

2.2.5 A dificuldade em se chegar a um consenso a respeito do conceito

Tomando por base tudo o que foi exposto até aqui, percebe-se a grande dificuldade em se buscar um consenso sobre o conceito de crime organizado, passando-se desde aqueles que negam a existência do crime organizado como categoria real até a questão sobre quais os elementos ou expressões a integrem uma eventual definição, a fim de não se excluir a multiplicidade de manifestações do fenômeno.

Neste sentido, André Luís Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth⁶⁷ pontuam:

Por todas essas questões, conclui-se ser complexa a definição de crime organizado, porém, de acordo com tudo o que foi referido, pode-se afirmar, de forma simplória, que uma organização criminosa constitui uma estrutura criminógena que favorece a comissão reiterada de delitos (facilitando sua execução, potencializando seus efeitos e impedindo sua persecução) de maneira permanente (já que a fungibilidade de seus membros permite substituir os seus integrantes). Em consequência, é possível que sua mera existência suponha um perigo para os bens jurídicos protegidos pelas figuras delitivas que serão praticadas pelo grupo e, portanto, constitui um injusto autônomo, um “estado de coisas” antijurídico que ameaça a paz pública.

De qualquer forma, independentemente de se achar até o momento uma definição aceitável a esta espécie de criminalidade, é possível elencar as características comumente identificadas na doutrina e jurisprudência, as quais podem colaborar para a formulação de uma definição legal.⁶⁸

2.3 CARACTERÍSTICAS

Podem-se elencar as seguintes características⁶⁹ do crime organizado:

⁶⁷ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Op. cit. p. 102.

⁶⁸ Mario Daniel Montoya, no mesmo sentido, diz que o crime organizado é um fenômeno complexo e que não é fácil conceituá-lo, especialmente porque em cada país ele se desenvolve de forma diferente diante das particularidades locais e regionais. No entanto, definir o crime organizado é fundamental, pois permite conhecer quem é o inimigo e as suas características e assim poder controlá-lo, além de que o acusado deve saber exatamente qual é a conduta que lhe é imputada, e tanto a Polícia quando reúne provas quanto o juiz quando dita sentença precisam contar com uma definição de crime organizado. De qualquer forma, este conceito, difícil de definir, é conhecido através de suas características (MONTROYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado: aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas** p. 77).

⁶⁹ Não há unanimidade na doutrina ou jurisprudência sobre quais são as características do crime organizado. Apenas a título exemplificativo, nas Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal constam as seguintes características: organização de grupo para cometer crimes, ligações hierárquicas ou relacionamentos pessoais que permitem aos líderes o controle do grupo; violência, intimidação e corrupção usadas para receber benefícios e o controle de territórios e mercados; legitimação de procedimentos ilícitos de apoio a atividades criminosas e infiltração na economia legítima; o potencial para expansão em quaisquer novas atividades e além das fronteiras nacionais; e cooperação com outros grupos

2.3.1 Pluralidade de agentes

Uma organização criminosa pressupõe uma coletividade ou a união de esforços na busca de objetivos comuns.⁷⁰

2.3.2 Estabilidade ou permanência

Esta característica,⁷¹ assim como a pluralidade de agentes, é uma consequência lógica da própria noção de organização, sendo esta inclusive a característica que serve para diferenciar uma organização criminosa do mero concurso de agentes.⁷²

Importante consignar que a estabilidade da organização criminosa não está vinculada, necessariamente, à permanência da mesma composição, ou seja, a troca de alguns membros, principalmente os das camadas inferiores da organização, sem que ocorra interrupção na atividade criminosa e, aproveitando-se das mesmas relações e oportunidades, não impede o reconhecimento da existência da organização criminosa.

2.3.3 Finalidade de lucro

Apesar de ser comum dizer que basta o intuito de lucro ilícito ou indevido, não sendo necessário que ele efetivamente ocorra, o certo é que há uma verdadeira previsão de acumulação de riqueza indevida, possibilitada pela regularidade da atuação criminosa.

Guaracy Mingardi, fazendo um contraponto desta característica⁷³ das organizações criminosas frente às quadrilhas, assim se manifesta:

criminosos transnacionais organizados (Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, p. 216). Disponível em: http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf Acesso em 09.08.2011.

⁷⁰ Exatamente a pluralidade de agentes que diferencia a criminalidade organizada da criminalidade profissional, conforme antes destacado. Em ocorrendo a tipificação da organização criminosa, haverá a configuração de um tipo de concurso necessário ou plurissubjetivo, semelhantemente ao crime de quadrilha.

⁷¹ De acordo com o que foi acima referido, a estabilidade ou permanência é a característica básica para distinguir uma organização criminosa de um crime isolado cometido de forma organizada.

⁷² No concurso de pessoas há uma reunião eventual de agentes que unem esforços para a prática de um crime, não existindo, inicialmente, hierarquia ou organização entre os membros, conquanto ela possa surgir nas hipóteses em que um membro exerça alguma liderança e, ainda que haja a prática repetida de delitos por este grupo, não se estará diante de uma organização criminosa. Na organização criminosa a colaboração de cada agente é essencial para a prática da infração, o que necessariamente não precisa existir no mero concurso de pessoas. É possível dizer que no concurso de pessoas há uma reunião eventual de agentes para a prática de crime(s) determinado(s), enquanto na organização criminosa há uma reunião estável para a prática de um número indeterminado de crimes.

Previsão de lucros normalmente passa longe da capacidade das quadrilhas, mesmo que especializadas. As mais comuns são as de ladrões, e essas pegam quanto der em cada roubo. É impossível prever a lucratividade do mês seguinte. Já numa organização criminosa de jogo ou tráfico, por exemplo, existe uma rotina que permite prever o próximo mês tendo como base os anteriores.⁷⁴

Após a percepção de lucro, as organizações criminosas utilizam os mais diversos expedientes para inserir no sistema econômico-financeiro o dinheiro auferido, dando-lhe a aparência de legalidade, através do processo de lavagem de dinheiro ou branqueamento de capitais. Dentre as formas utilizadas, destacam-se a criação de empresas fantasmas, o envio de dinheiro para os chamados paraísos fiscais, os negócios simulados e inclusive a exploração de mercados lícitos. Referidas organizações intentam pagar o máximo possível de tributos para deixar o dinheiro o mais longe possível da sua origem ilegal e assim não levantar suspeitas aos órgãos fiscais e criminais do Estado.

2.3.4 Organização ou estrutura ou planejamento empresarial

Com o objetivo de diminuir os riscos e prejuízos e aumentar a eficiência e o lucro, a organização criminosa passa a se estruturar nos moldes empresariais, com recrutamento, pagamento de pessoal, programação de fluxo de caixa e estrutura contábil.

Trata-se da profissionalização da atividade criminosa, a qual será planejada continuamente e tomada como meio de vida. Neste sentido Mingardi:

Quanto ao planejamento, qualquer um que já lidou com criminosos comuns, especialmente ladrões, verificou que eles vivem o momento. O máximo de planejamento diz respeito ao levantamento de um local dias antes do roubo. São raras as quadrilhas que planejam com um mês de antecedência. Aliás, este é o motivo pelo qual muitos acabam presos. Mesmo sequestradores comuns, não pertencentes a organizações criminosas, inúmeras vezes decidem pelo sequestro no meio de um roubo. Nem mesmo planejam onde guardar suas vítimas.⁷⁵

O nível de organização, no entanto, é variável e, em caso de tipificação, deve ser tratado como elemento normativo do tipo, a ser verificado no caso concreto, ficando a cargo da jurisprudência a tarefa de atribuir maior clareza e densidade ao nível mínimo de

⁷³ A finalidade de lucro é a característica essencial para distinguir a organização criminosa de um grupo terrorista, conforme a explicação acima vista.

⁷⁴ MINGARDI, Guaracy. **O trabalho da Inteligência no controle do Crime Organizado**. p. 56.

⁷⁵ Id. Ibid. p. 56-57.

organização a ser exigido para que se tenha presente essa característica, cuja determinação, em princípio, é de difícil execução face às várias situações fáticas possíveis.⁷⁶

2.3.5 Hierarquia

A hierarquia pode ser traduzida como uma ordem de poder disposta de modo vertical até se chegar ao comando central. Está presente de modo mais intenso nas organizações criminosas sob os paradigmas tradicional, empresarial e endógeno. No modelo da rede há uma vinculação horizontal e não vertical ou hierárquica, havendo uma fragmentação do poder e sendo a linha de comando mais frágil, o que não significa que ela não exista. Combinada à noção de hierarquia, vez ou outra também aparece a “disciplina”, a qual é mais presente nos modelos tradicional e empresarial, sendo menos comum ou inexistente no modelo da rede.

De modo ideal, sem afastar a possibilidade de variações, pode-se vislumbrar, em especial nas organizações tradicionais, um modelo em que, no primeiro nível hierárquico, estão os dirigentes, que tomam as decisões, mas não se envolvem, diretamente, na prática de atos delituosos, atuando, legalmente, como empresários ou políticos, assessorados por advogados, contadores e outros técnicos. No segundo nível, estão os guarda-costas, que cuidam das propriedades e supervisionam as atividades delituosas. Por fim, no último nível, estão os soldados, encarregados da perpetração dos delitos necessários às atividades do grupo.⁷⁷

Finalmente, importa observar que hierarquia não significa que não haja rivalidades e disputas e certa fragmentação do poder dentro e fora das organizações, o que inclusive, incentiva a presença de colaboradores, que, não raro, tem vontade de se vingar dos antigos comparsas.

⁷⁶ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit. p. 126.

⁷⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit. p. 127. Silva Sánchez ao comentar a característica da hierarquia, em especial o distanciamento entre o executor material dos atos e o responsável pelo planejamento do delito, assim se manifesta: “Vale dizer, nela intervêm coletivos de pessoas estruturadas hierarquicamente, seja nas empresas, seja na forma estrita da organização criminal. A dissociação que isso produz entre execução material direta e responsabilidade determina, ainda, que o resultado lesivo possa aparecer significativamente **separado, tanto no espaço como no tempo**, da ação dos sujeitos mais relevantes no plano delitivo.” (destaques originais - SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**, p. 80).

2.3.6 Divisão funcional de atividades

Os membros das organizações possuem funções definidas, conforme suas aptidões e especialidades, em relação à execução das atividades criminosas, porém não se exige uma divisão rigorosa ou inflexível das tarefas.

Mingardi, mais uma vez traçando um paralelo com a quadrilha, faz a seguinte comparação:

A divisão do trabalho, na maioria dos casos, inexistente no crime comum. Uma quadrilha de roubo a banco tem apenas uma função diferenciada, a de motorista, o resto do grupo faz apenas uma coisa: entra no estabelecimento de arma em punho e rouba o que puder. É certo que, alguns casos recentes, foram utilizadas mulheres ou crianças para levar as armas para dentro do banco, mas são situações raras e não indicam especialização, mas sim oportunismos. Já numa organização, mesmo uma pequena que atue na venda de peças de carros roubados, essa divisão é nítida. Existem membros especializados em furtar os veículos; outros, em desmanchá-lo; outros, na venda de peças, na produção de contabilidade falsa, no acobertamento etc.⁷⁸

Quanto maior o grau de organização e o número de membros, possivelmente maior também será o grau de divisão das atribuições e especialização, o que tornará mais fácil o reconhecimento da organização. Já em grupos com um número menor de integrantes, existirá um acúmulo de tarefas, como em empresas familiares, em que todos fazem um pouco de tudo.⁷⁹

2.3.7 Compartimentalização

Relacionada à hierarquia e à divisão de trabalho, a compartimentalização está baseada na instituição de uma cadeia de comando, em que o executor dos atos criminosos não

⁷⁸ MINGARDI, Guaracy. Op. cit., p. 56.

⁷⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 129. O autor cita alguns exemplos de divisão de trabalho em organizações criminosas: a) no jogo do bicho, há os “apontadores”, que recolhem as apostas do público, os “arrecadadores”, encarregados de recolher as apostas e levá-las a banca, “olheiros”, que avisam da chegada da Polícia, “gerentes”, que controlam vários pontos em favor do “banqueiro” que controla um determinado território e pode contar ainda com os serviços de advogados, contadores e pistoleiros ou seguranças; b) no tráfico de drogas no Rio de Janeiro, há o “olheiro” ou “fogueteiro”, encarregado de avisar da chegada da Polícia, o “avião”, que vai até o freguês ou aponta este para o “vapor”, a quem cabe levar a droga até o asfalto, e ainda a figura do “soldado ou segurança”; c) no PCC – Primeiro Comando da Capital, além dos “chefões” ou “fundadores” e subchefes, há o tesoureiro, encarregado da arrecadação e distribuição dos valores, o “torre”, que tem liberdade de ação na sua área, os “pilotos”, responsáveis por uma cadeia, os “soldados”, encarregados do cumprimento das ordens, os “primos”, que são os simpatizantes da organização, os “salves”, membros de fora dos presídios e encarregados da operação de centrais telefônicas e da entrega de bilhetes contendo ordens e as diversas áreas de atuação da organização, como o tráfico de drogas, o armamento, as finanças, o transporte de familiares, etc. estão distribuídas em diferentes “sintonias”. MINGARDI, Guaracy. Op. cit., p. 62 traz um esquema bastante elucidativo sobre o funcionamento do PCC.

recebe as ordens diretamente do líder da organização criminosa, que se protege ao não praticar, por mão própria os crimes, assim como por não determiná-los diretamente. Aliada essa tática à lei do silêncio e a uma eventual violência contra um dos elos dessa cadeia, edifica-se um eficiente sistema para evitar a comprovação dos crimes, à semelhança da estrutura de “células” estanques utilizadas por guerrilheiros ou grupos terroristas.⁸⁰

2.3.8 Conexão estrutural com o poder público

Principalmente no caso das organizações que atingem certo grau de desenvolvimento, fica muito difícil continuar a execução das atividades criminosas sem a conivência ou a participação efetiva de agentes públicos.⁸¹ Assim é que as organizações criminosas dirigem seus tentáculos à Polícia, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, a fim de escapar da persecução penal, a autoridades dos altos escalões do Poder Executivo, com o intuito de obter informações privilegiadas, principalmente nas áreas econômica e financeira, aos membros do Poder Legislativo para barrar qualquer projeto que possa de alguma forma atrapalhar suas atividades etc. São incontáveis as formas pelas quais o crime organizado busca esta simbiose com o Estado, incluindo fraudes em licitações, superfaturamento de obras e serviços, obtenção de licenças, alvarás, permissões e concessões públicas, tratamento privilegiado ou omissivo da fiscalização tributária, da saúde pública ou da fiscalização ambiental, dentre tantos outros. Mendroni relembra a famosa frase de Paul Castelano, antigo chefe da família mafiosa Gambino de Nova Iorque, quando disse: “Eu já não preciso mais de pistoleiros, agora quero deputados e senadores.”⁸²

Sem dúvida, esta característica é a principal responsável pela quebra de confiança e credibilidade nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como no Ministério Público. Apenas para exemplificar, fica difícil acreditar que locais que há vários anos servem

⁸⁰ A compartimentalização também facilita a substituição do membro que for preso, morto, ou, por outro motivo, se afastar do grupo. A técnica é usada também em casos de extorsão mediante sequestro, dividindo-se os grupos responsáveis pelo arrebatamento da vítima e pela vigilância no cativo, sendo desconhecido dos primeiros o local onde a vítima é mantida, o que também é ignorado pelo negociador (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit. p. 130-131).

⁸¹ Exatamente em razão da grande frequência com que aparecem agentes públicos envolvidos com a criminalidade organizada, é que não parece adequado dizer que as organizações criminosas criam um “Estado paralelo”, já que linhas paralelas são aquelas que “nunca” se encontram, que “nunca” se cruzam. Em outras palavras, frequentemente há um cruzamento entre a linha que corresponde ao Estado, através de seus agentes, com a linha que corresponde às organizações criminosas.

⁸² MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 37. O autor também menciona o fato de que entre os anos 1940 e 1990, os mafiosos passaram a conseguir controlar as eleições na Sicília, obtendo maioria no parlamento, muitas vezes através de votações por intimidações, e assim passaram a conquistar certo poder junto à capital Roma.

para o tráfico de drogas, a prostituição infantil ou a exploração do jogo do bicho, sejam desconhecidos dos órgãos repressivos, inobstante a grande facilidade com que a imprensa muitas vezes os divulgue.

Giacomolli pontua:

A organização da criminalidade, no Brasil, relaciona-se necessariamente com o descrédito, desestruturação, desorganização e enfraquecimento das instituições do Estado. Estruturas importantes da organização estatal estão comprometidas pela corrupção e pela omissão dos agentes públicos no cumprimento de suas funções, mormente na economia, na política e no controle dos grandes conglomerados financeiros. A corrupção passou a concorrer com a nossa moeda. Notícia-se a troca de cargos por votos em determinado sentido; alardeia-se a existência de financiamento de campanhas eleitorais sem a suficiente transparência. Não se pode duvidar das estratégias da criminalidade inteligente em fazer representantes nas diversas instituições.

A corrupção representa o elo que une a criminalidade aos agentes públicos, propiciadora do aprisionamento do Estado pela inteligência do crime, ou, como querem alguns, com a “captura” ou “assalto” do Estado pelo crime. Esta captura envolve importantes agentes públicos e importantes instituições públicas e privadas. O antídoto não está na simples dose legal, mas no comprometimento institucional e da cidadania. Por exemplo, reina um silêncio sepulcral sobre o enriquecimento sem causa lícita (sinais externos de riqueza: aviões particulares, iates, bens no exterior, condomínios luxuosos, carros importados, bens em nome de terceiros, fracionamento empresarial, etc.). Isso não quer dizer que todos têm procedência sem causa lícita.⁸³

Essa conexão com o poder público se manifesta através de formas de cooptação de agentes públicos, seja pela corrupção⁸⁴, pelo clientelismo ou ainda pela infiltração.

⁸³ GIACOMOLLI, Nereu José. **A garantia do devido processo legal e a criminalidade organizada**. p. 113-114.

⁸⁴ Consta no artigo 8º da Convenção de Palermo a recomendação para que os Estados Partes adotem medidas legislativas e outras que sejam necessárias para caracterizar como infrações penais os diversos atos de corrupção. No artigo 9º constam medidas contra a corrupção, onde no item 2 destaca-se a recomendação para que sejam adotadas medidas para se assegurar que as autoridades atuem eficazmente em matéria de prevenção, detecção e repressão à corrupção de agentes públicos, “inclusive conferindo a essas autoridades independência suficiente para impedir qualquer influência indevida sobre a sua atuação”. Principalmente em relação aos Delegados de Polícia, responsáveis pela presidência de inquéritos policiais, deve-se assegurar independência funcional, assim como a garantia da inamovibilidade, para que não fiquem sujeitos a pressões ou interferências indevidas quando estiverem apurando atos de corrupção, especialmente envolvendo policiais ou autoridades dos altos escalões do governo. Interessante também destacar o artigo 7º do Código de conduta para os agentes responsáveis pela aplicação da lei, anexo da resolução 34/169 da Assembleia Geral das Nações Unidas, onde consta que os agentes responsáveis pela aplicação da lei não cometerão qualquer ato de corrupção e deverão se opor e combater rigorosamente tais atos. É previsto ainda, no comentário “a”, que “qualquer ato de corrupção, do mesmo modo que qualquer outro abuso de poder, é incompatível com a profissão de agente de polícia. A lei deve ser plenamente imposta em relação a qualquer oficial de polícia que cometa um ato de corrupção, uma vez que os Governos não podem esperar impor a lei entre seus cidadãos se não conseguem impor, ou não imponham a lei sobre seus próprios agentes e dentro de suas próprias entidades.” (Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, p. 314. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonreform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf Acesso em 29.07.2011).

No clientelismo há uma troca de favores, em que ambas as partes acabam se beneficiando, em prejuízo a uma divisão racional dos já escassos recursos públicos. Ele é especialmente grave com a classe política, em que a moeda de troca é o apoio financeiro ou político na campanha ou depois dela, tendo como contraprestação qualquer forma de ajuda pública, desde cargos e empregos até financiamento, licenças e intermediações para contratos públicos.⁸⁵

Na infiltração ocorre o ingresso de membros ou colaboradores das organizações criminosas no serviço público, a exemplo do que ocorre em casos de financiamento de campanhas políticas feito por indivíduos que exploram o jogo ilegal (jogo do bicho, bingos e cassinos clandestinos), o tráfico de drogas, dentre outras práticas criminosas. Inclui-se ainda, a possibilidade de ingresso nas Polícias ou forças armadas para se buscar informações que possibilitem a subtração de armamento, e também, ainda que seja mais difícil, o ingresso na magistratura, no Ministério Público ou na carreira de delegado de polícia para se buscar facilidades numa eventual persecução penal.

2.3.9 Uso da violência ou intimidação

Conforme já mencionado quando do estudo dos modelos de organizações criminosas, esta característica está mais ligada ao paradigma mafioso ou tradicional, embora ela também se manifeste nas milícias, as quais se enquadram no paradigma endógeno.

Explicando a relação entre o desenvolvimento das organizações criminosas e a diminuição da violência, Francis Rafael Beck pontua que:

⁸⁵ Baltazar Júnior também se refere a outras categorias de agentes públicos, fora da classe política. No caso das Polícias, muitas vezes com baixos salários e lidando com dificuldades orçamentárias que acabam inviabilizando um funcionamento eficiente, a troca de favores passa a ser aceita como algo comum, em nome do funcionamento da própria instituição. O combustível e o conserto de veículos, a alimentação nos períodos de serviço e outras necessidades acabam sendo supridas por empresários da área, sendo que essas vantagens, não raro, acabam sendo ampliadas para benefícios pessoais em favor do policial, consubstanciadas em bens ou serviços, sendo que em troca há um reforço no policiamento ou a tolerância com pequenas ou grandes irregularidades, como a omissão no registro de uma ocorrência. Diante dos baixos salários, muitas vezes também ocorre o “bico” na área de segurança privada, oficialmente proibido, mas tolerado pelas organizações, em regra, por dois motivos: primeiro porque muitas vezes os verdadeiros proprietários das empresas de segurança, colocadas em nome de testas de ferro, são oficiais da PM ou delegados e, em segundo lugar, porque a prática de vista grossa decorre de certa solidariedade aos policiais da base, que ganham salários claramente insuficientes. Ocorre que, se a fiscalização fosse séria, haveria uma pressão maior por aumentos salariais, o que acabaria comprometendo o orçamento público, e assim, na prática, grande número de policiais acaba vivendo em permanente situação de irregularidade do ponto de vista funcional. Soma-se também, que este “bico” acaba sendo aproveitado não apenas pelos empresários regulares, mas também pelas organizações criminosas, que se valem da troca de favores e da contratação da segurança de policiais como meio de proteção, a exemplo do que ocorre com as milícias (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 134-136).

Ao que se pode perceber hodiernamente, a tendência de diminuição da utilização da violência é diretamente proporcional ao desenvolvimento do caráter empresarial e tecnológico da organização. Assim, quanto mais o crime organizado visar apenas o lucro e puder garantir a sua atuação e impunidade mediante a utilização dos meios e recursos oferecidos pela tecnologia e pela estrutura do sistema capitalista, associado à conexão com o poder público, menos precisará se utilizar da violência ou intimidação.⁸⁶

Os atos violentos são, em regra, antieconômicos e vão de encontro à lógica da maximização dos lucros, de modo que o uso da violência tende a diminuir conforme a organização seja mais estável e organizada. Trata-se, porém de uma tendência e não de uma regra absoluta, existindo hipóteses de grupos altamente organizados e muito violentos, que assim se mantêm porque a violência é encarada pelo grupo como imprescindível para atingir seus objetivos.⁸⁷

Nos casos em que a violência se faz presente, ela pode ser direcionada aos próprios membros da organização, como forma de manter a disciplina, a hierarquia e o silêncio,⁸⁸ mas também pode ser dirigida a integrantes de grupos rivais, a testemunhas de crimes, membros da comunidade onde a organização está instalada e a agentes públicos. Em relação aos agentes públicos, a violência tem a dupla finalidade de demonstração de força e de retirar do caminho aqueles envolvidos na persecução penal.⁸⁹

2.3.10 Exploração de mercados ilícitos ou exploração ilícita de mercados lícitos

Na busca pelo lucro, é comum as organizações criminosas operarem no mercado ilícito de drogas, produtos falsificados, prostituição, jogos de azar, armas, dentre outros. Tais grupos também atuam no mercado lícito, porém explorando-o de forma ilícita, a exemplo do

⁸⁶ BECK, Francis Rafael. Op. cit., p. 87-88.

⁸⁷ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 139-140. O autor ainda observa que, em muitas situações, mais eficaz que a utilização da violência será a “reputação violenta”, nos casos em que o mero temor causado por atos anteriores de violência já provoca o resultado almejado, qual seja o de atemorizar membros do grupo, agentes públicos, testemunhas e moradores.

⁸⁸ A “lei do silêncio” ou *omertà* abrange a manutenção do sigilo em relação às atividades, tamanho, poder e relacionamentos da organização criminosa.

⁸⁹ Apenas para exemplificar alguns casos: a) estima-se que o PCC, em ação coordenada, tenha sido responsável pela morte de 42 policiais, bombeiros, guardas metropolitanos e agentes penitenciários somente na noite de 12 de maio de 2006; b) a morte do juiz Antônio José Machado Dias, ocorrida em 14 de março de 2003, em Presidente Prudente/SP, a mando de chefes do PCC; c) a morte do juiz Alexandre Martins de Castro Filho, ocorrida em 24 de março de 2003, em Vitória/ES, com grande probabilidade de que os responsáveis sejam membros de organizações criminosas do estado do Espírito Santo; e) os famosos casos ocorridos na Itália do general Carlo Alberto Dalla Chiesa, morto em 1982, e dos juízes Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, mortos em 1992.

que ocorre no furto de energia elétrica e de sinal de televisão a cabo, no transporte público alternativo, conhecido pelo nome de “perueiros”, e na comercialização de diversos produtos oriundos de descaminho. A atuação ocorre especialmente em relação a produtos e serviços em que há grande procura, conforme observa Baltazar Júnior:

Este dado contribui para a longevidade e impunidade das organizações criminosas, pois muitos dos delitos perpetrados por tais grupos atendem a demandas da sociedade que por outro modo não seriam atendidas, como nos casos das drogas ilícitas, do jogo ilegal, do tráfico de crianças para adoção, da pornografia infantil, ou seria atendida, mas com custos maiores, como nos casos da receptação e da contratação de mão de obra estrangeira ilegal. De relevo, ainda, a assertiva de que a diminuição dos índices da criminalidade organizada passa, necessariamente, por iniciativas extrapenais que tornem o mercado menos atrativo ou regulamentado, pois a persecução penal, com a desativação de alguns grupos, terá apenas o efeito de reforçar os grupos remanescentes, em processo de seleção, ou permitir que outros ocupem tal espaço. Essencial, ainda, que as medidas de controle, sejam elas penais ou extrapenais, não atuem somente sobre os países e regiões fornecedoras, mas também sobre os mercados consumidores das *mercadorias*, que podem ser drogas, madeira, armas e até mesmo pessoas, nos casos de tráfico de pessoas para prostituição, mão de obra escrava e adoção ilegal, em um fluxo que se dá no rumo dos países mais ricos.

(...)

Daí a necessidade da cooperação internacional e da uniformidade do conceito para o controle do crime organizado.⁹⁰

Em muitas das hipóteses supracitadas, haverá uma dificuldade maior na apuração das infrações penais, já que não existirá uma vítima propriamente dita que irá procurar a Polícia para relatar os fatos, mas sim, clientes em convergência de interesses com a organização criminosa, ou seja, ocorre uma substituição da noção de vítima pela de cliente.⁹¹

2.3.11 Uso de meios tecnológicos sofisticados

Com o objetivo de facilitar a prática de crimes e, ao mesmo tempo, deixar o mínimo possível de vestígios, muitas vezes as organizações criminosas se utilizam de meios tecnológicos avançados para desempenhar suas atividades criminosas. São, por exemplo, equipamentos capazes de identificar microfones e microcâmeras ocultos, modernos computadores utilizados por *hackers* para a prática de crimes cibernéticos, coletes balísticos e armas sofisticadas que entraram ilegalmente no país ou que foram desviados das forças armadas, ao mesmo tempo em que boa parte da Polícia exerce suas atividades sem estes coletes ou ainda usando revólveres calibre trinta e oito.

⁹⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 140-141.

⁹¹ Id. Ibid. p. 141.

Evidentemente que nem toda conduta delituosa do crime organizado necessitará do uso destes meios tecnológicos avançados, o qual poderá variar de acordo com o tipo de crime a ser praticado ou mesmo o local, por exemplo, para praticar um homicídio ou para a fraude em licitações, para a prática de um delito numa pequena cidade do sertão nordestino ou numa grande capital e assim por diante.

Por outro lado, não deixa de também fazer sentido a constatação de que boa parte destes meios tecnológicos à disposição das organizações criminosas, na verdade, são os mesmos que grande parcela da população também possui, a exemplo de um telefone celular, um automóvel ou um computador e, nem poderia ser diferente, já que a criminalidade organizada está cada vez mais inserida na sociedade.

2.3.12 Oferta de prestações sociais

Sob outro aspecto, o crime organizado propicia, por exemplo, a criação de empregos a indivíduos não envolvidos, ao menos diretamente, com a prática de crimes. Em consequência, há uma melhora das condições econômicas e sociais destas pessoas e da própria economia local, sobretudo em razão da circulação do dinheiro entre consumidores que, na grande maioria das vezes, estavam à margem do sistema econômico.

Neste ponto, cabe citar a arguta observação de Francis Rafael Beck:

Embora com objetivos que não sejam necessariamente “benéficos” (eis que visam a obtenção da “simpatia” da população dos locais em que atuam), o crime organizado, não raro, organiza até mesmo serviços públicos (postos de saúde, escolas, segurança, lazer, dentre outros) que o próprio Estado jamais foi capaz de garantir. É o caso típico do tráfico de drogas em relação aos favelados.

Por vezes, até mesmo os próprios Estados em que age o crime organizado acabam se beneficiando desta forma de delinquência. Operando a partir de “paraísos financeiros”, onde ninguém indaga a origem do dinheiro, o crime organizado injeta seus recursos no mercado de capitais, criando e sustentando corporações internacionais e respeitáveis organizações de fachada limpa. O “dinheiro sujo” é, assim, transformado em capital especulativo, ansiosamente esperado e, em geral, muito bem recebido, em especial pelos países emergentes como a Rússia, Brasil, México e Argentina. O resultado óbvio disso é que passa a existir uma interpenetração crescente entre o dinheiro do crime organizado e o mercado financeiro institucional, a ponto de permitir que se afirme, com tranquilidade, que se alguns setores do crime organizado fossem subitamente destruídos, este fato causaria uma catástrofe no mercado mundial de valores.⁹²

⁹² BECK, Francis Rafael. Op. cit., p. 90-91.

Especialmente nas áreas em que o Estado praticamente se faz ausente, as organizações criminosas se aproveitam da situação de miséria humana e passam a agir como prestadoras de serviços sociais, em substituição ao poder público, e assim acabam assumindo uma posição paternalista. Desta forma, conseguem angariar a simpatia de uma determinada camada social desfavorecida que acaba, inclusive, visualizando os ilícitos praticados pelas organizações criminosas de uma forma mais compreensiva.

2.3.13 Busca pela dominação de territórios

Há uma busca por dominar a população de um determinado bairro ou região mediante a imposição de regras para o ingresso de estranhos e de prestadores de serviços públicos ou privados. Também relacionada à característica anterior, interessante mencionar uma situação um tanto quanto comum que ocorre em muitas favelas do Rio de Janeiro, onde os traficantes de drogas, os quais têm o controle do tráfico nessas regiões marcadas pela pobreza e pela segregação social, fazem pequenas benfeitorias, como bicas d'água ou campos de futebol, e por isso são tidos como *benfeitores* pela comunidade.

2.3.14 Internacionalidade ou transnacionalidade

Esta característica⁹³ aparece como decorrência da facilitação e do barateamento das comunicações e do transporte de bens e pessoas, possibilitadas pelo desenvolvimento tecnológico, a abertura de fronteiras e a intensificação do comércio internacional, no denominado processo de globalização e de criação de áreas de livre circulação. Em regra, os países menos industrializados atuam como fornecedores de produtos ou serviços aos mais industrializados, como ocorre no tráfico de drogas, armas e pessoas, assim como nos crimes ambientais, com a exportação ilegal de animais e madeiras.⁹⁴

Há uma dificuldade maior no enfrentamento às organizações criminosas transnacionais. Neste sentido, pontua Francis Rafael Beck:

⁹³ Conforme já acima transcrito quando da análise do conceito de “grupo criminoso organizado” que consta na Convenção de Palermo, o item 2 do artigo 3º da referida Convenção define o que se entende por infração de caráter transnacional, para onde se remete o leitor. Destaque-se também que é possível a existência de criminalidade transnacional que não seja organizada, como na hipótese de um crime de descaminho isolado.

⁹⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 143-144.

Isto porque a internacionalização da atuação das organizações criminosas enfraquece as concepções de validade e eficácia das normas, usualmente restritas ao princípio da territorialidade. Superadas as fronteiras nacionais, as ações estatais de controle ao crime organizado se deparam com inúmeras dificuldades jurídicas (além de fáticas), especialmente em virtude da divergência entre as legislações que regem a matéria.⁹⁵

Ressalta assim, a relevância de certa uniformidade de tratamento frente ao crime organizado entre os mais diversos países, a fim de evitar o desenvolvimento de áreas propícias ao incremento dessa criminalidade, notadamente em países de persecução penal menos eficiente, em que há agentes públicos mal pagos e assim com maior propensão à corrupção, além de serem nações pouco cooperantes no fornecimento de provas e na concessão de extradição.

2.3.15 Obstrução à justiça

Com o intuito de obstarem a persecução penal, as organizações criminosas muitas vezes procuram destruir ou dificultar a obtenção das provas das infrações penais por elas praticadas. Para isso, recorrem à violência, à ameaça e à corrupção. No Brasil, na linha do que recomenda o artigo 23 da Convenção de Palermo em relação à obstrução à justiça,⁹⁶ há no código penal os crimes de corrupção ativa de testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete no artigo 343, coação no curso do processo no artigo 344 e fraude processual no artigo 347.

2.3.16 Um ponto de partida

Considerando-se os diversos paradigmas ou modelos de organizações criminosas acima explicados, pode-se dizer que são características comuns ou essenciais a todos os paradigmas: a pluralidade de agentes, a estabilidade ou permanência, a finalidade de lucro e a

⁹⁵ BECK, Francis Rafael. Op. cit., p. 86.

⁹⁶ “Artigo 23: Criminalização da obstrução à justiça

Cada Estado Parte adotará medidas legislativas e outras consideradas necessárias para conferir o caráter de infração penal aos seguintes atos, quando cometidos intencionalmente: a) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação, ou a promessa, oferta ou concessão de um benefício indevido para a obtenção de um falso testemunho ou para impedir um testemunho ou a apresentação de elementos de prova num processo relacionado com a prática de infrações previstas na presente Convenção; b) O recurso à força física, a ameaças ou a intimidação para impedir um agente judicial ou policial de exercer os deveres inerentes à sua função relativamente à prática de infrações previstas na presente Convenção. O disposto na presente alínea não prejudica o direito dos Estados Partes de disporem de legislação destinada a proteger outras categorias de agentes públicos.”

organização. Dessa forma, com o objetivo de se construir um conceito que não exclua nenhum destes paradigmas, isso pode ser obtido numa definição que abarque essas características comuns, as quais também deveriam constar como elementares em uma eventual tipificação. Todas as demais características, não essenciais ou comuns, poderão servir para reforçar a existência da organização criminosa, sem, no entanto, fazerem parte da sua definição básica e, em caso de tipificação, servirão como circunstâncias a influírem na aplicação da pena como causas especiais de aumento.^{97 98}

2.4 O PROBLEMA DA TIPIFICAÇÃO

Adotando-se a tese de que o crime organizado representa um fenômeno real a ser enfrentado, é possível destacar três posicionamentos em relação à possibilidade ou não de tipificação: a) não é possível tipificar ou conceituar organização criminosa e assim deve haver um regramento próprio em cada meio de prova quanto à possibilidade de utilização de meios especiais de produção de prova ou técnicas especiais de investigação; b) a tipificação da organização criminosa, além de produzir efeitos no âmbito penal, também possibilita a delimitação da área dentro da qual serão possíveis a utilização de técnicas especiais de investigação; c) é possível tipificar organização criminosa, porém a utilização de técnicas especiais de investigação não deve ficar restrita ao campo da criminalidade organizada, uma vez que outros crimes podem também necessitar da utilização de tais meios de investigação, como na hipótese de crimes graves praticados por um único agente.

Também é possível delinear três alternativas possíveis para a questão da tipificação da organização criminosa: a) a tipificação autônoma da participação na organização criminosa.⁹⁹ Dentro dessa opção, há duas possibilidades de caracterização do tipo penal. Uma

⁹⁷ No mesmo sentido é a posição de BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 123. Importante observar que os elementos essenciais ou comuns também são compatíveis com o conceito de “grupo criminoso organizado” da Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional.

⁹⁸ Relacionando as características do crime organizado com a busca de um conceito, Zúñiga Rodríguez pontua: *Esa multiplicidad es lo que hace difícil caracterizarla bajo un concepto general, pues en realidad, existen muchas clases de criminalidad organizada, de diferente tamaño, formas de actuar, especializadas o no en algunos delitos, etc. (...) Por eso mismo es necesario consensuar cuáles son los atributos fundamentales, esenciales para definir lo que es criminalidad organizada y cuáles son los contingentes, que se pueden agregar o no y su distinción con otras formas de criminalidad.* (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Op. cit., p. 126-127). Nas p. 127 a 149, a autora aponta como características essenciais da criminalidade organizada *la organización, el fin de lucro e comisión de delitos graves* e como características contingentes *la búsqueda de impunidad, el secretismo, vinculaciones con el mundo empresarial, vinculaciones con la política, búsqueda del dominio del mercado e actividad internacional.*

⁹⁹ Esta foi a opção escolhida pela Convenção de Palermo no artigo 5º, o qual dispõe sobre a “criminalização da participação em um grupo criminoso organizado” nos seguintes termos:

primeira possibilidade é a construção do tipo penal com base nas características das organizações criminosas. A segunda possibilidade é a criação do tipo penal de organização criminosa a partir de algumas características básicas, combinado com um rol de infrações praticadas normalmente através destas organizações;¹⁰⁰ b) a criação de uma causa de aumento de pena para os crimes cometidos através de organização criminosa;¹⁰¹ c) caso se entenda não ser viável a tipificação, poderia se adotar um conceito instrumental que servisse apenas para delimitar as hipóteses em que seria possível a utilização das técnicas especiais de investigação.

A conceituação ou a tipificação da organização criminosa aparecem em alguns Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional. Seguindo-se a ordem cronológica em que foram propostos, podem-se elencar os seguintes:

- a) Projeto de Lei nº 3.731/97. Traz o seguinte conceito: “Considera-se organização criminosa a associação de três ou mais pessoas, por meio de entidade jurídica ou não, estruturada de forma estável, visando a obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, para a prática de”, segue um rol de crimes. Já foi aprovado na Câmara dos Deputados e, desde 2003, tramita no Senado sob o nº 67/03;
- b) Projeto de Lei nº 2.858/00. Originário do Poder Executivo introduz, ao lado do crime de quadrilha, o artigo 288-A no código penal, tipificando o crime de organização criminosa com

“1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente:

- a) Um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa:
 - i) O entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado;
 - ii) A conduta de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a atividade criminosa geral de um grupo criminoso organizado, ou a sua intenção de cometer as infrações em questão, participe ativamente em:
 - a. Atividades ilícitas do grupo criminoso organizado;
 - b. Outras atividades do grupo criminoso organizado, sabendo que a sua participação contribuirá para a finalidade criminosa acima referida;
 - b) O ato de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de uma infração grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado.
2. O conhecimento, a intenção, a finalidade, a motivação ou o acordo a que se refere o parágrafo 1 do presente Artigo poderão inferir-se de circunstâncias factuais objetivas.”

¹⁰⁰ A tipificação autônoma parece ser o melhor caminho a ser trilhado, conforme acima exposto no item 2.3.16 sob a rubrica “um ponto de partida”.

¹⁰¹ Na linha dessa alternativa, Pitombo, que trata a organização criminosa como uma hipótese de concurso de agentes, propõe o acréscimo de dois parágrafos no artigo 29 do código penal nos seguintes termos: “§3º Se mais de três pessoas se associarem em organização, cuja atividade seja a prática de crimes, a pena será aumentada de um sexto a dois terços. §4º O juiz estabelecerá a quantidade de aumento da pena em razão da atividade criminosa ter sido realizada mediante o emprego de violência, grave ameaça ou poder econômico” (PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Op. cit., p. 178).

a seguinte redação: “Associarem-se mais de três pessoas, em grupo organizado por meio de entidade jurídica ou não, de forma estruturada e com divisão de tarefas, valendo-se de violência, intimidação, corrupção, fraude ou outros meios assemelhados, para o fim de cometer crime. Pena – reclusão, de cinco a dez anos, e multa. § 1º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o agente promover, instituir, financiar ou chefiar a organização criminosa.”;

c) Projeto de Lei nº 7.223/02. Conceitua como organização criminosa aquela que possuir ao menos três das seguintes características: hierarquia estrutural, planejamento empresarial, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional das atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades ilícitas, alto poder de intimidação, alta capacitação para a prática da fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa;

d) Projeto de Lei nº 150/06. Originário do Senado, estipula a revogação da Lei nº 9.034/95. Na sua redação original, o projeto tipificava organização criminosa no artigo 2º nos seguintes termos: “Promover, constituir, financiar, cooperar, integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, associação sob forma lícita ou não, de cinco ou mais pessoas, com estabilidade, estrutura organizacional hierárquica e divisão de tarefas para obter, direta ou indiretamente, com o emprego de violência, ameaça, fraude, tráfico de influência ou atos de corrupção, vantagem de qualquer natureza, praticando um ou mais dos seguintes crimes”, segue um rol de crimes. No plenário do Senado este texto foi alterado e atualmente consta um conceito no § 1º do artigo 1º, nos seguintes termos: “Considera-se organização criminosa a associação, de três ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de um ou mais dos seguintes crimes”, segue um rol de delitos. No artigo 2º consta a tipificação, a qual é complementada pela definição do § 1º do artigo 1º, com a seguinte redação: “Promover, constituir, financiar, cooperar, integrar, favorecer, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Pena: reclusão, de cinco a dez anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes aos demais crimes praticados.”;

e) Projeto de Lei nº 7.622/06. Acrescenta o tipo de organização criminosa no artigo 288-A do código penal, ao lado do crime de quadrilha, nos seguintes termos: “Participar de organização de pessoas que, em continuidade de propósitos, se aliam na prática de crimes e nas diversas formas de acobertamento dos mesmos e fruição de seus resultados, formando estrutura corporativa para obtenção e distribuição de recursos financeiros ou vantagens de qualquer natureza”.

3 PROCEDIMENTOS DE INVESTIGAÇÃO E FORMAÇÃO DE PROVAS DIANTE DO CRIME ORGANIZADO

Em razão da propagação do crime organizado e das particularidades deste fenômeno, que acabam dificultando a investigação dele pelas formas clássicas de obtenção da prova, surgiu a necessidade de aparelhar o Estado de meios de apuração e coleta de provas diferenciados.¹⁰²

Nereu José Giacomolli ao criticar a desorganização estatal frente à criminalidade pontua:

Ao longo dos anos, se observa um empobrecimento letárgico das instituições estatais, mormente as encarregadas da *persecutio criminis*. A investigação centra-se quase que exclusivamente nos depoimentos pessoais; os meios humanos e materiais à disposição da investigação são precários; os agentes encarregados da fase preliminar do processo foram abandonados e raramente surge alguma instrução atualizadora; algum investimento nos meios recebe um alarde satisfatório para o ano todo. O resultado é uma investigação superficial, falha, que pode servir de suporte ao oferecimento de uma acusação, mas que não atinge sua finalidade. Ademais, utilizam-se técnicas ultrapassadas, de duvidosa comprovação científica. A concepção de que encontrada a materialidade, bem como desvendados os indícios de autoria, encerrada está a investigação, não serve à investigação da criminalidade inteligente, em vias de organização ou, como querem alguns, já organizada de forma empresarial. Nesta, a investigação inicia justamente onde se encerra a investigação da criminalidade tradicional. Isso devido ao grau de complexidade e a penetração das redes criminosas possui um diferencial importante, calcado na não-eventualidade, na organização, na inteligência, a qual pode criar pistas falsas, engendrar e provar álbis, fabricar autores e confissão de delitos menos graves.

Esta inteligência do crime e o retardo do Estado se observam, também, na persecução clássica “à moda rambo”, isto é, sem inteligência, pela força do armamento. Impossível chegar a um resultado eficaz se caçarmos um rato com olhos de *laser*, montados numa vassoura. Isso só seria possível se fôssemos mágicos ou bruxos. Por isso, não se pode prescindir da fundamental cooperação dos

¹⁰² Impõe-se um tratamento diferenciado à criminalidade organizada, justificado pelo caráter de emergência na luta contra a prática de crimes que corroem os alicerces do próprio Estado de Direito, com inversão do ônus da prova da aquisição dos bens apreendidos, sequestrados ou arrestados, além da admissibilidade de meios de prova como ação controlada, infiltração, delação premiada, interceptação telefônica, de dados e ambiental, fatos já assimilados e superados nos debates internacionais. As chamadas *técnicas especiais de investigação* são consideradas indispensáveis para o enfrentamento da criminalidade organizada e estão em consonância com as obrigações assumidas pelo Brasil, no campo internacional, por meio da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988, artigo 11, itens 1, 2 e 3), da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção da ONU de 2000, artigo 20) e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção da ONU contra a corrupção de Mérida de 2003, artigo 50) (SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social**, p. 9-10). Observe-se que a expressão “processo penal de emergência” ou *ad hoc*, embora até possa ter o significado daquilo que foge aos padrões tradicionais, parece não ser a mais adequada, pois não se trata de uma situação que apareceu de forma súbita e temporária, já que o crime organizado é um fenômeno que faz parte da sociedade contemporânea, sendo de difícil controle. A expressão até pode ser apropriada para países que tiveram manifestações terroristas em determinados períodos, como Alemanha, Itália e Espanha. No mesmo sentido é o pensamento de Baltazar Júnior, José Paulo. Op. cit., p. 239 e 240.

órgãos públicos, mormente da autoridade policial e do Ministério Público, bem como da sociedade.¹⁰³

Além da complexidade estrutural e de se dedicarem a uma variedade de atos, as organizações criminosas costumam tomar algumas cautelas para dificultar a obtenção da prova de seus delitos. Os membros de algumas organizações passaram a utilizar equipamentos que identificam microfones e microcâmeras ocultos, utilizam vários códigos ou idiomas estrangeiros para se comunicarem, destroem os instrumentos do crime (armas, veículos etc.), os executores dos crimes vêm de outras cidades especialmente para praticá-los e assim passam despercebidos no lugar em que vão cometer suas ações, obrigam todos os integrantes a respeitarem uma espécie de “código do silêncio” com ameaças de morte a eles e respectivos familiares em caso de revelação de dados sobre a organização, além de também ameaçarem de morte qualquer pessoa que pretenda testemunhar contra seus atos.

Os crimes praticados pelas organizações criminosas, tanto de tipo violento quanto empresarial, possuem mais dificuldades para serem provados do que a criminalidade tradicional, uma vez que a prova é fragmentária, dispersa, semelhante a um mosaico, em razão da pluralidade de agentes, da estrutura empresarial que serve como escudo para a prática dos delitos, da hierarquia e compartimentalização e ainda pela utilização de rotinas de segredo e destruição de provas.¹⁰⁴

Da Exposição de Motivos da *Ley Orgánica 5/1999*, de modificação da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* da Espanha em matéria de aperfeiçoamento da ação investigadora relacionada ao tráfico de drogas e outras atividades ilícitas graves, extrai-se que:

Las reformas que se incorporan en la presente Ley parten de la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra este tipo de criminalidad organizada, que generalmente actúa en ámbitos transnacionales y con abundancia de medios conducentes a la perpetración de los delitos. De esta forma, se introducen en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatórias y proceder a la detención de sus autores. Todas estas

¹⁰³ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 114-115.

¹⁰⁴ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 170. Na p. 171 o autor ainda observa que em muitos casos, as organizações criminosas distorcem o teor e as finalidades das garantias processuais em seu favor, exercendo abusivamente o direito de defesa. O exercício eficaz e combativo do direito de defesa no processo penal é de suma importância e precisa ser garantido, porém inegavelmente há casos de abuso, que precisam ser identificados e coibidos, como por exemplo, a estratégia processual de impedir o andamento do processo mediante a repetição de *habeas corpus* e mandados de segurança idênticos, levantando matéria já discutida; juntada maciça de documentos irrelevantes, em quantidades que impossibilitam seu exame; solicitação de realização de provas evidentemente supérfluas e procrastinatórias; arrolamento em número exagerado de testemunhas, sendo algumas inexistentes ou residentes em outros estados ou países ou ainda que nada sabem sobre os fatos; ameaça ou violência contra testemunhas, além de outros.

modificaciones deben introducirse respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales. Por tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales, y la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resuelva a favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático.¹⁰⁵

No mesmo sentido, extrai-se da Declaração de princípios e programas das Nações Unidas de prevenção ao crime e justiça criminal:

8. Nós devemos assegurar que para qualquer aumento na capacidade e na habilidade dos perpetradores do crime também haja aumento similares na capacidade e na habilidade das autoridades de aplicação da lei e da justiça criminal. Juntando nossos conhecimentos e desenvolvendo contramedidas adequadas, o sucesso na prevenção ao crime e na redução do número de vítimas pode ser maximizado.

17. A fim de combater efetivamente o crime organizado, os Estados devem superar seu código de silêncio e intimidação. Técnicas confiáveis de coleta de provas, tais como: vigilância eletrônica, operações secretas e entrega controlada devem ser consideradas quando forem contempladas na lei nacional e quando administradas respeitando os direitos humanos reconhecidos internacionalmente e as liberdades fundamentais, em particular o direito de privacidade, e sujeito a aprovação ou supervisão judicial conforme apropriado. Medidas que encorajam a cooperação e o testemunho dos membros do crime organizado devem ser consideradas, incluindo programas de proteção adequados às testemunhas e suas famílias e – dentro dos limites da lei nacional – a concessão de tratamento reconhecendo a colaboração proporcionada por eles durante o processo de acusação.¹⁰⁶

Segundo Mário Sérgio Sobrinho, em âmbito internacional, cada vez mais, tem ocorrido uma tendência para a restrição de direitos fundamentais dos membros das organizações criminosas durante a investigação, pois suas ações causam riscos a direitos também fundamentais dos outros cidadãos, devendo este balanceamento inclinar-se em favor do Estado, cujos integrantes precisam reagir às ameaças causadas por determinadas ações das organizações criminosas. No entanto, o investigado não deve ser tido como mero objeto da investigação, mas sim como sujeito que exerce direitos e tem deveres perante o Estado e a sociedade.¹⁰⁷ E continua o citado autor:

¹⁰⁵ ESPANHA. *Ley Orgánica 5/1999*. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-1999.html#>. Acesso em: 07 de junho de 2011.

¹⁰⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal**, p. 204-217.

¹⁰⁷ SOBRINHO, Mário Sérgio. **O crime organizado no Brasil**. p. 40-41.

Não se pretende o simples afastamento das garantias constitucionais concedidas aos investigados e acusados envolvidos com ações típicas da criminalidade organizada, mas, ao contrário, aplicá-las ao se investigar e apurar em juízo as infrações penais por eles cometidas de modo que os crimes praticados por essas pessoas não sejam inatingíveis para a ação das autoridades. Essa postura protege valores constitucionais, como são os direitos fundamentais do cidadão e o bem-estar da comunidade, sem descuidar da prevenção e repressão dos crimes graves, pois a limitação de certos direitos dos acusados envolvidos com o crime organizado também não destoaria do texto constitucional. Alcançar resultado justo para a investigação e o processo instaurados para a apuração dos crimes praticados por organizações criminosas exige postura garantista e ao mesmo tempo eficiente. Para isso, é possível adotar o princípio da proporcionalidade, que está à disposição do Estado para avaliar os choques entre os direitos e garantias constitucionais e a necessidade de apurar atos da criminalidade organizada, evitando-se violações aos direitos fundamentais ou a ineficácia estatal na apuração da responsabilidade pela prática destes crimes.¹⁰⁸

Diante deste panorama, além dos já tradicionais métodos de investigação, outros estão sendo paulatinamente disciplinados em lei, porém, nesta busca por uma eficiente repressão ao crime organizado, é imprescindível que não ocorram excessos a ponto de vulnerar as garantias individuais. Deve ser buscado um ponto de equilíbrio entre um competente combate às organizações criminosas e o respeito aos direitos fundamentais.

Nessa linha de pensamento Eduardo Araújo da Silva¹⁰⁹ afirma que:

Não obstante as notícias da eficácia prática demonstrada pelas novas estratégias de obtenção da prova, a busca de um ponto de equilíbrio no confronto entre os interesses estatais e os direitos individuais na apuração de certas formas de criminalidade representa um dos maiores desafios da fase contemporânea do processo penal, pois, tanto a criminalidade organizada como seu controle representam um perigo aos valores e às instituições do Estado de Direito. Neste sentido, assim como não se pode cogitar de direitos fundamentais absolutos, igualmente não há como se tolerar o exercício de poderes ilimitados pelo Estado. O ponto de equilíbrio a ser buscado, quer no campo da produção legal, quer pelos operadores do Direito, está entre estes dois extremos.

Apesar destes parâmetros, em matéria de restrição de direitos fundamentais, qualquer iniciativa deve ocorrer sempre de forma excepcional, pois no atual estágio de evolução moral da humanidade são injustificáveis práticas abusivas neste sensível campo. Férteis são os exemplos históricos de excessos contra direitos individuais em nome dos interesses do Estado, razão pela qual o risco de um descontrole no binômio eficiência penal/garantia individual em desfavor do cidadão deve sempre ser ponderado pelo legislador e pelo juiz em sua atividade prática, o que determina que essa relação dicotômica seja sempre marcada pela excepcionalidade.

A eficiência deve sempre ser buscada pelos órgãos de persecução penal e pelo Poder Judiciário, o que exige normas processuais que possibilitem a realização do direito de proteção jurídica do cidadão, o qual advém do direito de acesso ao Poder Judiciário (CF, art.

¹⁰⁸ Id. Ibid. p. 41.

¹⁰⁹ SILVA, Eduardo Araújo da. Op. cit., p. 52-53.

5º, XXXV). A eficiência, traduzida na realização dos direitos fundamentais, passa pela criação de condições para o efetivo exercício destes direitos, tanto em relação ao réu, como à vítima e aos cidadãos em geral.¹¹⁰

A edificação de um processo penal funcional-garantidor passa pela aplicação ponderada de princípios.¹¹¹ Assim, é dotado de eficiência o ordenamento formado por regras que permitam equilíbrio entre o interesse do Estado em punir autores de infrações penais e o interesse do acusado em se defender plenamente.¹¹²

Uma vez que os meios peculiares de investigação e de produção de prova referentes ao crime organizado podem acarretar limitações a direitos ou garantias fundamentais, para serem utilizados, com apoio no princípio da proporcionalidade, deve existir lei anterior que: aponte os legitimados a solicitar o uso destes meios especiais de investigação, os autorizados a utilizá-los em suas atividades e os incumbidos de fiscalizar a sua execução; condicione a utilização do meio a prévia, circunstanciada e fundamentada decisão judicial, com exceções apenas para hipóteses em que, em razão de urgência, isso seja impossível ou desaconselhável; descreva as condições a serem satisfeitas para a autorização.¹¹³

A seguir, será feita uma análise de alguns meios de investigação e obtenção de prova, “embora não sejam exclusivos para apuração da criminalidade organizada”.

3.1 AÇÃO CONTROLADA

Em razão do desenvolvimento das organizações criminosas, passou-se a cobrar da Polícia maior especialização e cautela na obtenção das provas. Neste sentido a ação controlada passou a ser um meio de investigação através do qual os policiais retardam suas ações em relação a crimes que estão sendo praticados por organizações criminosas com o intuito de monitorarem os passos de seus integrantes até o momento mais eficaz para a colheita da prova e para a realização do maior número de prisões. Em relação às prisões, a doutrina tem denominado essas hipóteses de flagrante prorrogado, retardado ou diferido¹¹⁴.

¹¹⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 181-182.

¹¹¹ Id. Ibid. p. 182.

¹¹² SCARANCA FERNANDES, Antonio. **O equilíbrio na repressão ao crime organizado**, p. 10.

¹¹³ Id. Ibid. p. 11-12.

¹¹⁴ CONSERINO, Cássio Roberto. **Crime organizado e institutos correlatos**, p. 53, de forma esclarecedora, aponta as diferenças entre o flagrante retardado, flagrante esperado, flagrante provocado e o flagrante forjado: “O primeiro corresponde ao retardamento da atividade policial no sentido de efetuar o flagrante, objetivando, pois, o melhor momento do ponto de vista da produção da prova e essa aferição temporal e espacial se faz mediante juízo de discricionariedade da autoridade ou agentes policiais, enquanto no “flagrante esperado” as

Marcelo Batlouni Mendroni¹¹⁵ esclarece:

Concede-se à Polícia o direito de aguardar a oportunidade mais eficiente para atuar, seja prender, surpreender, ou agir, de qualquer forma, de modo que no momento oportuno – segundo a interpretação dos agentes que participam da operação – a situação seja mais favorável para a obtenção de provas. Pode ser praticada, no que couber, em forma de flagrante esperado (admitido pela jurisprudência), na medida em que a Polícia não só recebe a notícia da prática de um crime para então aguardá-lo, de campana, como também observa a distância os passos de integrantes da organização criminosa, monitorando-os com eventual escuta telefônica e outros expedientes investigatórios, para então agir no momento considerado mais oportuno.

Assim, enquanto houver sequência de acompanhamento da situação de flagrante nos termos dos incisos do artigo 302 do Código de Processo Penal, existirá a possibilidade da execução da prisão dentro dos critérios da prisão em flagrante. Se por exemplo a Polícia perseguir determinados componentes de um grupo após a prática de um crime, não havendo interrupção, mesmo que os criminosos não percebam a perseguição, decidindo pela prisão esta poderá ocorrer ainda em situação de flagrante. Por outro lado, desfigurando-se aquelas possibilidades, não será possível ocorrência de prisão em flagrante, mas somente através de correspondente ordem judicial.

A ação controlada vem definida no artigo 2º, inciso II da Lei nº 9.034/95 como

a ação que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

A medida foi posteriormente prevista no artigo 33, inciso II da Lei nº 10.409/02, a qual posteriormente foi revogada pela Lei nº 11.343/06, atual lei de drogas, que também prevê a ação controlada no artigo 53, inciso II, como

a não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de

autoridades ficam de alerta, de espreita, de atalaia, aguardando, pois, o momento da realização do crime pelo agente, sem se preocupar se aquele é o melhor momento do ponto de vista da produção de provas e sem qualquer vigilância permanente; já no “flagrante provocado” há a existência de um agente provocador que induz ou instiga o indivíduo à prática do crime. Este agente provocador pode ser a vítima, um terceiro ou o próprio policial. Nessa hipótese incide a súmula 145 do STF: “não há crime quando a preparação do flagrante pela Polícia torna impossível a sua consumação”; e, por último, no “flagrante forjado”, a Polícia cria provas de um crime inexistente para posteriormente prender o agente em flagrante, por exemplo, intrujando entorpecente dentro do veículo do indivíduo.” Em relação à discricionariedade policial no flagrante retardado, continua o citado autor: “A autoridade policial, através de um juízo de valor consubstanciado pela oportunidade e conveniência, escolhe o melhor momento para a realização do flagrante. A discricionariedade é opção de conduta dentro dos limites legais e não se confunde com arbitrariedade. Decidirá sobre o adiamento ou efetuação do flagrante. Parece sintomático, portanto, que a autoridade policial primeiramente terá de reunir indícios da existência de organização criminosa para depois aplicar o juízo discricionário da procrastinação do flagrante.”

¹¹⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 104-105.

integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Em outros ordenamentos e diplomas jurídicos existem institutos semelhantes, designados comumente de entrega vigiada, cuja característica principal é ser uma atividade de vigilância sobre autores do crime e sobre coisas ilícitas por eles transportadas, que pode desenvolver-se em vários países. Admite-se a passagem daquelas pessoas e coisas por um ou mais países e a entrada em outros sem uma interferência policial, com o intuito de se esperar o momento mais oportuno para agir¹¹⁶. Podem-se citar como exemplos, o artigo 263, *bis* da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* da Espanha¹¹⁷, o artigo 61 do Decreto-Lei nº 15/1993 de Portugal, na Itália há 3 diplomas¹¹⁸: o Decreto Presidencial nº 309/90 (em relação ao tráfico de drogas), a Lei nº 82/1991 (em relação a extorsão mediante sequestro) e a Lei nº 172/1992 (em relação a extorsão, usura e lavagem de dinheiro), o artigo 243 do Código de Procedimento Penal da Colômbia¹¹⁹, artigo 33 da Lei Argentina nº 23.737/1989 alterada pela Lei nº 24.424/1995, o artigo 11 da Convenção de Viena de 1988 sobre drogas (promulgada pelo Decreto 154/1991)¹²⁰, o art. 50, itens 1 e 4 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (promulgada pelo Decreto 5.687/2006) e os artigos 2º, “i” e 20, item 4 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (promulgada pelo

¹¹⁶ SCARANCA FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 16.

¹¹⁷ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. **La organización criminal: tratamiento penal y procesal**, p. 59 crítica a ampliação da entrega vigiada na legislação espanhola para crimes que não são graves ao dizer *esto supone ampliar la técnica de investigación de la entrega vigilada a delitos que no siempre merecen la calificación de graves (por ejemplo, especies de flora y fauna, arts. 332 y 334 CP) en el Código penal, lo que plantea serias dudas de proporcionalidad de una técnica que se supone excepcional para la represión eficaz de delitos de gran dañosidad social*.

COGAN, Marco Antônio Pinheiro Machado; JOSÉ, Maria Jamile. **Crime organizado e terrorismo na Espanha**, p. 144-145, ao comentarem sobre o artigo 263, *bis* mencionam que a criminalidade organizada se aproveita da proteção constitucional do sigilo das comunicações e da intimidade e que as autoridades ao terem fortes suspeitas que no interior de correspondências existem objetos ilícitos, devem provocar sua detenção, abertura e exame, e que existem alguns problemas daí decorrentes, como a possibilidade do remetente e destinatário serem falsos ou não localizados, o que deixaria a Polícia e o juiz de instrução sem acusados reais contra os quais possam dirigir a acusação. Ainda, na hipótese de apenas um destinatário, mais facilmente ele poderá alegar desconhecimento do conteúdo ilícito da correspondência, de sorte que contra este só se captem indícios, tendo a jurisprudência dos Tribunais, nessas situações, tendido pela absolvição.

¹¹⁸ VAGGIONE, Luiz Fernando; SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães. **O crime organizado na Itália e as medidas adotadas para o seu combate**, p. 246 comentam que se preconiza o aumento do rol de crimes que autorizariam a adoção da entrega vigiada a fim de equilibrar a equação eficiência e garantismo.

¹¹⁹ RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. **Nuevas tendencias político-criminales en la lucha contra la criminalidad organizada. El modelo de Colombia en este ámbito**, p. 91 esclarece que *en Colombia, se trata de una técnica de investigación consistente en dejar que una mercancía ilegal se transporte en el territorio nacional, entre o salga de el, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial previo el lleno de las autorizaciones y ritualidades exigidas por el código de procedimiento penal*.

¹²⁰ Método singular de investigação em que se permite que remessas ilícitas de drogas atravessem o território de dois ou mais países, neles entrando e saindo sem impedimento das autoridades, mas sob a supervisão delas, com o intuito de identificar todas as pessoas envolvidas.

Decreto 5.015/2004). Em razão da importância, cabe fazer referência ao conteúdo do artigo 2º, “i” retro citado que prevê que a entrega vigiada é “a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, atravessem-se ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas em sua prática”, e ao artigo 20, item 4 que dispõe que “as entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias”.

Tanto a entrega vigiada quanto a ação controlada servem para hipóteses de entregas de cargas, mercadorias e drogas ilegais e são medidas investigativas de natureza cautelar que para serem realizadas exigem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. É assim necessário razoável suspeita de que a coisa vigiada é ilícita e os que a transportam cometem crime (*fumus boni iuris*) e o risco da perda da mercadoria e não-prisão dos agentes (*periculum in mora*).¹²¹

Conforme artigo 20, item 4 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional acima transcrito, verifica-se que no decorrer de uma entrega vigiada ou ação controlada pode ocorrer a interdição, substituição ou acompanhamento. Na interdição, a entrega da coisa é interrompida; na substituição, a carga, mercadoria ou droga ilegal, é trocada por outra, evitando-se a sua perda ou seu extravio; no acompanhamento, é somente feita uma vigilância sobre a atividade desenvolvida por quem realiza o transporte de maneira clandestina.¹²²

Cássio Roberto Conserino explica as semelhanças e as diferenças entre a ação controlada e a entrega vigiada:

Entre a entrega vigiada e a ação controlada temos similitudes. Ambas consistem num retardamento da intervenção policial, malgrado situação de flagrante. Mas também temos diferenças: na ação controlada não se exige prévia manifestação do Ministério Público, ao passo que na entrega vigiada se exige. É claro que se ocorrer uma ação controlada em concomitância com a infiltração policial, o Ministério Público será instado a se manifestar. Esclarece-se que a ação controlada pura e simples prescinde de autorização judicial, enquanto que a entrega vigiada sempre necessitará de ordem judicial. A ação controlada incidirá sobre quaisquer crimes praticados pelas organizações criminosas – é, portanto, mais ampla; enquanto que a entrega vigiada diz respeito apenas ao tráfico de entorpecentes internacional

¹²¹ SCARANCA FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 16.

¹²² Id. Ibid. p. 16.

(Convenção de Viena de 1988) e de armas (Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e outros Materiais Correlatos, adotada pelos Decretos 3.299/99 e 5.941/06). Dentro dessa linha de percepção, a ação controlada poderá ser manuseada em crimes cometidos por organizações criminosas que praticam o tráfico de entorpecentes *doméstico*, enquanto que a entrega vigiada apenas incidirá em tráficos *internacionais* e não domésticos. De tudo isso se conclui que a entrega vigiada é específica em relação à ação controlada, que é gênero. Em outras palavras: a entrega vigiada é modalidade de ação controlada. E nada impede que coexista entrega vigiada com agente infiltrado, conclusão extraída da combinação do inciso I com o inciso II do art. 53, da Lei 11.343/06.¹²³

Há o risco na ação controlada de, por ineficiência dos policiais ou casos extraordinários, não se descobrir outros integrantes da organização criminosa, nem se apreender outras coisas, desaparecendo a chance de efetuar a prisão em flagrante das pessoas vigiadas e da apreensão do que transportavam. Outro risco a ser considerado é que haverá o perigo de policiais explicarem a não prisão de alguém com base em estarem investigando uma organização criminosa. A título exemplificativo, poderia se pensar na hipótese de um inescrupuloso policial que dá proteção a uma organização criminosa durante a execução de um crime de tráfico de drogas, em que poderia querer justificar a sua não atuação com base em estar investigando um grupo criminoso organizado e assim ter a sua responsabilidade penal excluída.

Cabe observar que a ação controlada pode ocorrer com a infiltração de agentes policiais ou sem ela. A infiltração de agentes¹²⁴, prevista no artigo 2º, V da Lei nº 9.034/95, expressamente exige a autorização judicial. Sendo assim, na hipótese da ação controlada ocorrer com a infiltração de agentes, é possível concluir que ambas, ação controlada e infiltração de agentes, deverão ocorrer “mediante circunstanciada autorização judicial” nos termos expressos da lei.

Na hipótese da ação controlada ocorrer sem a infiltração de agentes, os policiais deverão desenvolver as diligências investigatórias a distância de forma a não serem

¹²³ CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 50. Verifica-se que o sucesso da entrega vigiada depende de uma efetiva cooperação internacional, pois ela exigirá, no mínimo, a participação de dois Estados, os quais deverão ter em suas legislações a previsão da técnica de investigação da entrega vigiada. Acrescente-se que como a lei do crime organizado (Lei 9.034/95) é omissa quanto à necessidade de autorização judicial para a ação controlada, havia entendimento no sentido de se utilizar por analogia a Lei das interceptações telefônicas (Lei 9.296/96), a qual exige autorização judicial, o que também deveria valer para a ação controlada. Este entendimento foi reforçado a partir do artigo 53, II da nova Lei antidrogas (Lei 11.343/06), que é mais nova e também exige autorização judicial. Em se adotando essa posição, a ação controlada, assim como a entrega vigiada, deveriam, em regra, ser precedidas de autorização judicial, ressalvando-se a possibilidade de, em situações de urgência, admitir-se uma vigilância inicial da Polícia, solicitando-se em seguida a autorização para a continuação.

¹²⁴ Será abordada no item 3.2 deste trabalho.

percebidos pelos membros da organização criminosa, com a utilização de binóculos, filmadoras, máquinas fotográficas, equipamentos de escuta telefônica e ambiental¹²⁵, dentre outros.

Na ação controlada não há que se falar na caracterização do crime de prevaricação por parte dos agentes policiais, além de que, ainda que a medida tenha sido prevista especificamente para apuração da criminalidade organizada, não há alguma ilegalidade na sua aplicação para a investigação de outras infrações penais. Neste sentido, Eduardo Araújo da Silva assevera que:

Em que pese ao tratamento legal específico para a apuração do crime organizado, o emprego da ação controlada visando apurar a prática de conduta que não tenha relação com a criminalidade organizada pode ser resolvida no campo do direito material. Assim é que o agente policial que retarda sua intervenção para aguardar o momento mais adequado para cumprir com o seu dever funcional de interromper o crime em curso não age com o dolo específico de “satisfação de interesse ou sentimento pessoal” exigido pelo legislador penal¹²⁶, mas com a finalidade de aguardar o melhor momento para surpreender o autor do delito. E, assim, não pratica crime de prevaricação, por ausência do elemento subjetivo do tipo.^{127 128}

Deve-se registrar ainda, que há discussão quanto à legalidade da ação controlada diante do princípio da obrigatoriedade insculpido no artigo 301 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que “as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Um posicionamento entende que a ação controlada não pode subsistir, pois vai de encontro ao citado princípio, enquanto a outra posição, que parece ser a correta, apregoa que o artigo 2º, II da Lei nº 9.034/95 seria regra especial a prevalecer sobre a regra geral do artigo 301 do Código de Processo Penal.

Seja como for, o fato é que em muitas situações é melhor deixar de efetuar a prisão, num primeiro momento, de membros menos importantes de uma organização criminosa, com intuito de acompanhar suas ações e com isso efetuar a prisão de vários outros membros ou para conseguir prova em relação a seus superiores na hierarquia da organização, os quais

¹²⁵ A interceptação ambiental e a interceptação telefônica serão abordadas, respectivamente, nos itens 3.4 e 3.5 deste trabalho. Desde já, deve-se deixar registrado que a Lei 9.296/96 exige autorização judicial para as interceptações telefônicas e que existe discussão quanto à constitucionalidade da interceptação ambiental.

¹²⁶ O artigo 319 do Código Penal Brasileiro prevê o crime de prevaricação nos seguintes termos: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.”

¹²⁷ “Não constitui crime de prevaricação o simples retardamento do ato de ofício. Para a sua configuração é necessário que o móvel da ação seja a satisfação de interesse ou sentimento pessoal” (RT 489/308).

¹²⁸ SILVA, Eduardo Araújo da. Op. cit., p. 93. GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 120, pondera que, observado o devido procedimento, não haverá o delito de prevaricação por parte da autoridade investigante. Giacomolli ainda entende ser desnecessária autorização judicial para a ação controlada, porém deve existir um mínimo indiciário de organização criminal, não bastando meras suposições intuitivas.

normalmente não aparecem quando da prática dos crimes. Neste sentido, tem sido cada vez mais frequente as hipóteses de investigações ligadas ao tráfico de drogas, em que policiais não prendem imediatamente pequenos traficantes a fim de conseguirem a prisão do grande fornecedor ou financiador da droga.

3.2 AGENTE INFILTRADO OU ENCOBERTO

O nascimento da figura do agente infiltrado advém do absolutismo francês, na época de Luís XIV, onde para fortalecer o regime foi instituída a figura do “delator”, em que cidadãos denunciavam os inimigos políticos existentes na sociedade, em troca de benefícios concedidos pelo príncipe. Neste período, seu exercício restringia-se a espionar e trazer os fatos ao conhecimento das autoridades, sem qualquer atividade de provocação. Todavia, com o passar do tempo, a atividade de vigiar os suspeitos não foi capaz de anular a oposição ao regime absolutista, fazendo com que a atividade da mera espionagem passasse para a provocação de condutas consideradas ilícitas.¹²⁹

Inicialmente, o inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.034/95, que previa a infiltração de agentes, foi vetado pelo Presidente da República, porém, posteriormente, com a edição da Lei nº 10.217/01, foi introduzido o inciso V no artigo 2º da Lei nº 9.034/95, que previu como procedimento de investigação e formação de prova para crimes praticados por organizações criminosas a possibilidade de ser utilizada a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial, a qual será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração (parágrafo único).

No artigo 53, inciso I da lei de drogas (Lei nº 11.343/06) também há previsão da infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público.

O instituto possui as seguintes características essenciais: a “dissimulação”, ou seja, a ocultação do atributo de agente oficial e de seus reais propósitos; o “engano”, uma vez que toda a operação de infiltração está baseada numa encenação que autoriza ao agente ganhar a confiança do suspeito; e, por último, a “interação”, que consiste em uma relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial.¹³⁰

¹²⁹ SILVA, Eduardo Araújo da. Op. cit., p. 87.

¹³⁰ SILVA, Eduardo Araújo da. Op. cit., p. 86.

Em razão da ausência de regras quanto aos requisitos para o deferimento da infiltração policial, procedimento para seu processamento, qual o tempo de duração¹³¹ e se é possível sua prorrogação, quem tem legitimidade para solicitá-la e se o juiz pode autorizá-la de ofício, é que tem sido utilizado, por analogia, o procedimento previsto na Lei nº 9.296/96, que disciplina a interceptação telefônica.¹³²

Em outros países também há previsão da infiltração de agentes, como no artigo 282 *bis* da *Ley Orgánica* 5/99 da Espanha¹³³ ¹³⁴(permite que a infiltração seja feita por pessoa estranha à Polícia, desde que aja sob o controle do Estado), artigo 3º, nº 3 da Lei nº 101/01 de Portugal¹³⁵ (também permite que a infiltração seja feita por pessoa estranha à Polícia, sob a condição de que atue sob controle da Polícia Judiciária), Lei nº 24.424/95 a qual inseriu os artigos 31 *bis* a 31 *sexies* na Lei nº 23.737/89 da Argentina (disciplinou minuciosamente o instituto)¹³⁶ e artigos 241 e 242 do Código de Processo Penal da Colômbia¹³⁷.¹³⁸ O artigo 20,

¹³¹ A doutrina norte-americana estabeleceu duas espécies de infiltração de acordo com o seu grau de duração: a) a infiltração *light cover* que não demora mais de seis meses, não necessita de inserção contínua e permanente, exige menos planejamento, não exige mudança de identidade ou perda de contato significativo com a família e às vezes se resume num único encontro para recolhimento de informações; b) a infiltração *deep cover* que é o tipo de infiltração mais perigoso e demora mais de seis meses, necessita de imersão mais profunda, complexa e detalhada no seio da organização criminosa, exige um detalhamento mais abrangente e intrincado, exige a necessidade de identidade falsa por parte do policial e perda de contato significativo com a família (CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 85).

¹³² Neste sentido, dentre outros: SOBRINHO, Mário Sérgio. Op. cit., p. 45; SCARANCA FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 250; SILVA, Eduardo Araújo da. Op. cit., p. 87-88; PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**, p. 147. Em sentido contrário, Cássio Roberto Conserino menciona existir posicionamento que entende que não se podem aplicar analogicamente as disposições da Lei 9.296/96 por se tratar de analogia *in malam partem*, vedada. Haveria assim violação ao princípio da legalidade, já que não haveria lei regulamentando a infiltração policial e, portanto, não seria possível a execução de tal medida no Brasil (CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 84).

¹³³ ROBLES, Sílvia Planet. **Políticas de seguridad y prevención en el Estado Español en matéria de delincuencia organizada**, p. 174, ao comentar a introdução na legislação espanhola, através da L. O. 5/99, da figura do agente encoberto, assevera que *como conclusión puede decirse que la ley viene a regular una situación que se venía dando en la práctica (con carácter excepcional) y que requería una regulación conforme con el principio de legalidad y los postulados de un Estado social y democrático de derecho, con el fin de establecer las condiciones y los requisitos básicos en materia de protección de los derechos y garantías constitucionales tanto para el funcionario policial como para los ciudadanos, así como dotar a todo el proceso penal de las garantías necesarias y el correspondiente control jurisdiccional de este tipo de actividades. Además, esta ley puede considerarse como un instrumento eficaz en la lucha contra la delincuencia organizada y constata un proceso a evolución en las políticas de seguridad en esta materia.*

¹³⁴ BRAUM, Stefan. **La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario**, p. 3-24, em particular na p. 7, também ao comentar a legislação espanhola, associa a figura do agente infiltrado a um processo penal autoritário e apregoa a inconstitucionalidade da medida por ferir o princípio da legalidade processual.

¹³⁵ Ver comentários em: GEMAQUE, Silvio César Arouck; RUSSO, Luciana. **Crime organizado em Portugal**, p. 294-296.

¹³⁶ ARGENTINA. *Ley* 23.737/1989. Disponível em:

<<http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/cdrogadiccion/ley23737.htm>>. Acesso em: 08 de junho de 2011.

¹³⁷ Ver comentários em: LEÃO DE SOUZA, Diego Fajardo Maranhá; MACHADO, André Augusto Mendes. **O crime organizado na Colômbia**, p. 110-112; RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. Op. cit., p. 89-91.

item 1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional também faz referência às operações de infiltração, dentre as técnicas especiais de investigação.¹³⁹

A redação original do projeto de Lei nº 3.275/00, que deu origem a Lei nº 10.217/01, proibia ao agente infiltrado qualquer coparticipação delituosa, salvo o disposto no artigo 288 do código penal, ou em qualquer tipo análogo, ou da mesma espécie, de cuja ação ficaria excluída a antijuridicidade, porém tal previsão foi objeto de veto presidencial. Apesar do veto, é evidente que não haverá tipicidade em relação ao crime de quadrilha (artigo 288 do CP) ou de associação para o tráfico (artigo 35 da Lei nº 11.343/06) em face da ausência de vontade livre e consciente para prática destes crimes, ou caso assim não se entenda, o policial estará agindo amparado pela causa de exclusão da ilicitude do estrito cumprimento de dever legal.

O agente que for se infiltrar na organização criminosa deverá simular ser integrante dela com o objetivo de conseguir o maior número de informações sobre o seu funcionamento, sendo vedada a provocação da prática de crimes. Resta, no entanto, analisar se caberia alguma responsabilização criminal ao policial pela prática de outros crimes nas mesmas circunstâncias, já que inicialmente também estaria agindo com o intuito de conseguir provas em relação à organização criminosa. Não há solução legal no direito penal brasileiro, porém é aconselhável que o policial infiltrado, antes de praticar qualquer crime, comunique ao juiz que autorizou a medida, para que haja um pré-exame quanto a sua conveniência e, apenas quando tal cautela seja impossível, que reste ao juiz *a posteriori* a análise quanto à proporcionalidade entre o crime praticado e a finalidade da investigação, com vista a apurar eventual excesso que tenha ocorrido. Para a completa integração do policial na organização criminosa, é bem

¹³⁸ No direito norte-americano, o instituto é denominado *undercover agent* e é o instrumento de investigação mais usado no combate ao crime organizado, sendo que a sua utilização se dá mediante sofisticado aparato de espionagem e, a maioria das leis estaduais, exige ordem judicial. Além de policiais, admite-se que a infiltração seja realizada por informantes, sob o argumento de que são mais prontamente aceitos pelo grupo criminoso investigado do que policiais. Admite-se o cometimento de crimes pelo agente infiltrado, desde que haja prévia autorização de seu superior. São impostos os seguintes limites aos agentes infiltrados: não obter benefício pessoal dos delitos que deve cometer; não vulnerar direitos constitucionais protegidos por leis, salvo mediante prévia autorização; não oferecer nem receber favores sexuais no exercício de suas funções; não intimidar ou ameaçar os investigados; não provocar o cometimento de crimes pelos investigados. O agente infiltrado ainda só poderá agir com prévia autorização para: utilização de identidade suspeita; permitir que um confidente participe de um delito; utilizar equipamentos eletrônicos de vigilância; utilizar fundos do governo, empresários e artistas (BECHARA, Fábio Ramazzini; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América**, p. 161-162).

¹³⁹ Artigo 20.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional: “Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as **operações de infiltração**, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.” (destaque nosso)

provável que acabe tendo que praticar crime(s) e, diante disso, caberá ao Estado buscar um meio termo entre a repressão eficaz ao crime organizado e as eventuais infrações que vierem a ser praticadas pelo agente infiltrado. Assim é que deve ser avaliado, sob a luz da proporcionalidade, o crime praticado pelo policial e a finalidade perseguida pela investigação, não sendo, por exemplo, aceitável que um agente infiltrado possa matar pessoas para colher provas de crimes contra o meio ambiente.¹⁴⁰

Nereu José Giacomolli¹⁴¹ questiona a constitucionalidade da figura do agente infiltrado, pois a eficácia da medida requer a comissão de crimes e assim o Estado estaria utilizando uma técnica investigatória de duvidosa eticidade, já que estaria violando o mínimo ético do conteúdo do devido processo, uma vez que, para esclarecer o delito, estaria se igualando ao criminoso, praticando, através de seus agentes, fatos tipificados criminalmente. Ainda questiona qual seria o alcance da licitude da conduta do agente que praticasse crime e se o Estado possui condições de assegurar a vida de seus agentes e familiares. Finalmente, ainda questiona quem seria o tal agente de inteligência mencionado na Lei nº 9.034, concluindo que, por não haver delimitação legal, este agente não poderá ser alheio aos quadros da Polícia¹⁴², além de que, para ter eficácia, este agente precisará de treinamento, proteção, querer realizar a tarefa, permanecer oculto inclusive a seus colegas de investigação e

¹⁴⁰ Conserino menciona a existência de dois posicionamentos doutrinários quanto a não-responsabilização do agente infiltrado pela prática de algum delito: uma primeira corrente entendendo haver exclusão da culpabilidade em face de inexigibilidade de conduta diversa, enquanto outra corrente apregoa haver exclusão da ilicitude pelo estrito cumprimento do dever legal. O autor ainda cita que na Alemanha essa situação dá ensejo ao estado de necessidade justificante ou inculpável (CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 86).

¹⁴¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 120.

¹⁴² No mesmo sentido Rafael Pacheco, o qual acredita ser de duvidosa constitucionalidade a atuação de agentes de inteligência como infiltrados, pois que, tais agentes não possuem, em regra, atribuições de Polícia Judiciária e assim não estariam legitimados a coletar provas para subsidiar um futuro processo penal. O Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) é composto, além da própria Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), por membros altamente heterogêneos desde o Ministério da Saúde até o Ministério da Previdência, sendo que, as agências ou setores de inteligência não visam colher provas para o processo penal, mas sim, nos termos do artigo 2º do Decreto 4.376/02, levar aos governos e instituições informações de diversas áreas, com a finalidade principal de prevenir alterações no *status* vigente. Conclui afirmando que apenas os agentes de inteligência dos quadros de uma instituição policial que acumule funções de Polícia Judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal), ou demais instituições militares na apuração de crimes militares (função de Polícia Judiciária militar), é que poderão atuar infiltrados com fins de investigação e formação de prova. O artigo 2º do Decreto 4.376/02 dispõe que: “Para efeitos deste decreto, entende-se como inteligência a atividade e análise de dados e informações e de produção e difusão de conhecimentos, dentro e fora do território nacional, relativos a fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, a ação governamental, a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.” (PACHECO, Rafael. Op. cit., p. 114-117). Por outro lado, Conserino, embora ressaltando entendimento contrário, menciona que o agente de inteligência poderá ser qualquer agente e de qualquer corporação que de uma forma ou de outra atue na área de segurança pública e combata o Crime Organizado, sendo permitida a infiltração de agentes de inteligência fiscais estaduais, federais, agentes de inteligência da Polícia Civil, Militar, Rodoviária etc., uma vez que a lei não limitou ou especificou quem seriam estes agentes de inteligência, e onde não há limitação, não caberia ao intérprete fazê-lo (CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 87).

que há necessidade de se delimitar o tempo de duração, porém ainda surgiria a dúvida se o Estado tem condições de treinar eficientemente este agente.

Dentre outras questões, ainda há outros detalhes importantes acerca do agente infiltrado: deverá receber ensinamentos sobre a linguagem e os jargões da organização, precisa ter a sua disposição comunicação segura e eficiente com os responsáveis pela operação, proteção de outros policiais para resguardar sua segurança, montagem de um passado que resista a averiguações por parte do grupo investigado, além de recursos financeiros para o cotidiano da ação.¹⁴³

Choclán Montalvo¹⁴⁴, ao discorrer sobre o artigo 282, *bis* da *Ley Orgánica 5/1999* da Espanha, menciona que não se pode vincular a técnica de investigação do agente infiltrado com o delito provocado, mas que, ainda que o agente infiltrado provoque o delito, apesar das opiniões em contrário, ele não deve ser responsabilizado criminalmente, embora as provas decorrentes devam ser tidas como nulas. Neste sentido, assim se manifesta:

La Ley quiere expresamente que no se vincule este método de investigación con la problemática del delito provocado. Se trata, pues, de una técnica de investigación distinta a la inducción a cometer un delito, por lo que su encuadramiento sistemático no se reduce al terreno de la participación.

Pero a pesar del tenor literal del precepto, no puede ser entendido este precepto en el sentido de que el agente provocador deba ser castigado penalmente en caso de provocación al delito. Los problemas que plantea el delito provocado no se refieren tanto a la penalidad del agente provocador, pues, toda vez que el inductor debe perseguir la consumación del hecho principal, si sólo pretende que se llegue a la tentativa del hecho principal, como en el caso del agente provocador (agent provocateur), que sólo pretende obtener las pruebas de la autoría, de acuerdo con la posición mayoritaria, el hecho quedará impune, como al problema del delito provocado.

En puridad, como la tentativa de delito constituye ya un hecho jurídico-penalmente relevante, en principio, cabe participar en él conforme a la teoría de la participación en lo ilícito, por lo que, desde este punto de vista, no hay razón para la impunidad del agent provocateur. Sin embargo, debe ser tenido en cuenta que si para ser castigado por tentativa el autor debe tener el dolo de consumación, parece razonable exigir también esa voluntad del inductor. Además, en la inducción a la tentativa concurren dos causas de extensión de la pena (la norma de la tentativa y la de la inducción), de modo que se burlarían los límites inmanentes de ambas causas de extensión de la pena si fuere suficiente un dolo de inducción dirigido únicamente a la comisión de una tentativa. Otros autores como RUIZ ANTÓN resuelven el problema prescindiendo del dolo. Así, fundamenta la impunidad en la no contribución efectiva a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico por haber adoptado precauciones para evitar la lesión. No obstante, un sector de la doctrina propone la punición del agente provocador considerando que se dan los presupuestos de la inducción punible.

Hay acuerdo en que el delito provocado es impune. Para ello se han esgrimido diversos argumentos. Desde la perspectiva del bien jurídico, se ha esgrimido la idea de la <<menor peligrosidad objetiva>> del autor provocado, cuando la ejecución del hecho es controlada por la policía. Más convincentes son las razones

¹⁴³ PACHECO, Rafael. Op. cit., p. 144.

¹⁴⁴ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Op. cit., p. 64-65.

relativas a la nulidad de las pruebas obtenidas mediante la inducción al hecho por un agente provocador (así, STS de 15 de julio de 1992) y a la consiguiente invalidación del proceso por la creación de un delito por las propias autoridades que tienen la misión de perseguirlo, lo que conduce a una pérdida de la legitimidad del Estado para castigar (así STS de 14 de junio de 1993). La STEDH de 9 de junio de 1998 ha establecido que la comisión de un hecho por incitación policial afecta sustancialmente al derecho a un juicio justo y equitativo, que consagra el art. 6.1 del Convenio.

Em princípio, a infiltração policial parece ser um meio eficiente para se colher elementos de prova das organizações criminosas, porém, como acima exposto, corre-se o risco de o agente infiltrado ter que praticar crimes para que não seja descoberto, uma vez que deve agir como se fosse um membro da organização. Em regra, a autorização judicial não abrange delitos graves, todavia, até para que continue vivo, o agente infiltrado pode ser levado a praticar crimes graves, como um homicídio. Ainda há o risco de o policial infiltrado passar a ser um membro real da organização criminosa e comece a trabalhar para ela, inclusive revelando dados sobre a própria Polícia. É possível ainda se questionar o instituto frente o respeito à dignidade humana, especificamente em relação à intromissão na vida privada das pessoas, uma vez que o agente infiltrado participará da vida de outras pessoas nem sempre ligadas às atividades criminosas, como, por exemplo, parentes dos membros da organização. Outra questão, diz respeito à invalidade das confissões obtidas pelo agente infiltrado em relação aos membros da organização criminosa, já que essas confissões teriam sido obtidas sem o respeito às regras do interrogatório, especificamente o direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo. Importante ainda mencionar que, após a infiltração, em razão do desmantelamento da organização criminosa, poderá o policial e seus familiares ficarem em risco, e assim deverem ser beneficiados com uma proteção especial, nos mesmos moldes da que é dispensada a vítimas, testemunhas e colaboradores, inclusive com alteração de fisionomia e de nome¹⁴⁵. Todas essas questões merecem ser disciplinadas minuciosamente em lei, a fim de possibilitar maior segurança ao agente infiltrado e também para evitar várias discussões quanto à validade das provas obtidas.¹⁴⁶

Maria Jamile José, reclamando a edição de lei específica regulamentando a figura do agente infiltrado, assevera:

¹⁴⁵ Na Espanha, de acordo com o artigo 282 *bis* da L.O. 5/99, os funcionários da Polícia Judiciária, que tiverem atuado em uma investigação com identidade falsa (os agentes encobertos), poderão manter dita identidade quando testemunhem no processo que possa derivar dos fatos que tenham atuado e sempre que assim se acorde mediante decisão judicial motivada, sendo também de aplicação o previsto na L.O. 19/1994.

¹⁴⁶ SCARANCA FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 18-19.

No entanto, para que se possa, de fato, compatibilizar a atuação do agente infiltrado com os direitos fundamentais garantidos por nossa Constituição da República, faz-se urgente a edição de novo diploma legal para melhor regulamentar este meio de investigação, determinando o prazo máximo para a infiltração, os objetivos da medida, os limites para o cometimento de delitos por parte do infiltrado, a forma como se dará o controle judicial sobre a operação, o modo de valoração do resultado probatório obtido pelo agente, a troca de identidade do agente e as medidas de proteção a que este tem direito, a forma de sigilo dos autos, o procedimento para oitiva do infiltrado, entre outros. Imprescindível, ainda, que se elabore um conceito jurídico-penal de crime organizado. Entendemos que apenas com essas reformas legislativas é possível combater a delinquência organizada de maneira eficiente, com respeito ao princípio da legalidade e às garantias constitucionais do indivíduo.¹⁴⁷

A infiltração de agentes policiais não deve ser vista como uma forma de investigação para qualquer hipótese fática. A vulgarização deste instituto deve ser impedida, tanto em razão da complexidade operacional, quanto para a tutela de sua credibilidade como meio de obtenção de prova. Trata-se, definitivamente, de método investigativo absolutamente não convencional e de difícil aplicação prática, mas que pode conduzir à obtenção de provas úteis ao desmantelamento de organizações criminosas sofisticadas.¹⁴⁸

3.3 ACESSO A DADOS, DOCUMENTOS E QUEBRA DOS SIGILOS FISCAL, BANCÁRIO, FINANCEIRO E ELEITORAL

O inciso III do artigo 2º da Lei nº 9.034/95 estabeleceu o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias,¹⁴⁹ financeiras e eleitorais como uma das formas de obtenção da prova em relação às atividades desenvolvidas pelas organizações

¹⁴⁷ JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada**, p. 178-179.

¹⁴⁸ PACHECO, Rafael. Op. cit., p. 142.

¹⁴⁹ Maria Jamile José chama a atenção para o fato de que a doutrina tem o hábito de utilizar a expressão “sigilo bancário”, a qual não seria a mais correta, mas sim a expressão “sigilo financeiro”, em razão de que o artigo 1º, § 1º da Lei Complementar 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações financeiras, considera como instituições financeiras, além dos bancos de qualquer espécie, também as distribuidoras de valores mobiliários; as corretoras de câmbio e de valores mobiliários; as sociedades de crédito, financiamento e investimentos; as sociedades de crédito imobiliário; as administradoras de cartão de crédito; as sociedades de arrendamento mercantil; as administradoras de mercado de balcão organizado; as cooperativas de crédito; as associações de poupança e empréstimo; as bolsas de valores e de mercadorias e futuros; as entidades de liquidação e compensação; e outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional (JOSÉ, Maria Jamile. Op. cit., p. 67). Apesar da posição da citada autora, entende-se que a expressão “sigilo bancário” é apenas mais restrita, já que abrange somente as operações financeiras dos bancos de qualquer espécie, sendo assim espécie do gênero “sigilo financeiro”. Desta forma, ambas as expressões podem ser utilizadas a depender do que se pretende, se somente as operações financeiras dos bancos de qualquer espécie, ou se as operações financeiras de quaisquer instituições financeiras. Também neste sentido: “Ante a extensão deste rol, nota-se que a nova lei tratou conjuntamente das quebras dos sigilos bancário e financeiro, pois na verdade o estabelecimento bancário é espécie do gênero instituição financeira” (SILVA, Eduardo Araújo da. Op. cit., p. 107-108).

criminosas.¹⁵⁰ Tal medida não é exclusiva para a investigação dos crimes praticados por organizações criminosas, mas também para a apuração de outros crimes, a exemplo daqueles contra as finanças públicas. Em outros países, também se observa a previsão de medidas semelhantes.¹⁵¹

Em razão dos sigilos bancário e financeiro, os bancos e as demais instituições financeiras, salvo quando há justa causa, estão obrigados a não revelarem informações que obtiveram nas suas atividades profissionais. O sigilo fiscal refere-se ao sigilo em relação à situação tributária dos contribuintes, sejam estas pessoas físicas ou jurídicas.

¹⁵⁰ De forma bastante didática, Conserino explica os conceitos de informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais: a) Informações fiscais: são aquelas prestadas ao fisco federal, estadual ou municipal, pelas pessoas físicas e jurídicas. b) Informações bancárias: são aquelas relacionadas com a movimentação bancária, ou seja, extratos de contas-correntes, de poupanças, de aplicações em fundos de investimentos, inclusive ações. O pedido é encaminhado ao Banco Central, que após prévia pesquisa encaminha à autoridade judicial solicitante os dados bancários positivos. Ou então este acesso é feito via *site* próprio do Banco Central, na Internet, através do Sistema Bacenjud, que permite aos juízes solicitar, por meio de senha, informações sobre movimentações bancárias dos clientes das instituições financeiras eliminando, portanto, a necessidade da expedição de ofício e requisições na forma de papel para o Banco Central. A requisição eletrônica é enviada diretamente para os bancos que cumprem a ordem e retornam informações ao Juiz. c) Informações financeiras: são aquelas referentes à movimentação financeira do investigado, por exemplo, empréstimos financeiros, gerenciamento de risco de crédito ou investimentos, crediários, consórcios, movimentação da extinta contribuição provisória de movimentação financeira (CPMF), informações extraídas do cartão de crédito do investigado etc. d) Informações eleitorais: são relacionadas com resumo simples ou completo de cada pleito eleitoral, com número de eleitores, abstenções, votos nulos, em branco, inválidos e a votação de cada candidato e partido e em cada uma das zonas eleitorais dos respectivos municípios, há também a possibilidade de conhecer o perfil de cada candidato com conhecimento de nível de escolaridade, ocupação, bem como resultado das eleições ocorridas em determinado período, além do conhecimento da prestação de contas à Justiça Eleitoral; enfim, uma gama de informações relacionadas com eleições. Na sequência, o citado autor conclui que as três primeiras informações são suscetíveis de sigilo e, consequentemente, exigem autorização judicial para seu levantamento, enquanto para a informação de caráter eleitoral não há necessidade de ordem judicial para conhecimento já que são do domínio público e não há sentido um homem público pretender a ocultação de, por exemplo, a prestação de contas de sua campanha eleitoral (CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 57-58). Há entendimento em sentido contrário, entendendo que também os dados, informações e documentos eleitorais necessitam de autorização judicial: neste sentido, pode-se citar, dentre outros, Élio W. de Siqueira Filho, o qual se apóia nas resoluções 13.582/87 e 15.148/89, ambas do Tribunal Superior Eleitoral (SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Op. cit., p. 57-58).

¹⁵¹ Apenas à título exemplificativo: na Espanha, com apoio principalmente na Convenção de Viena de 1988, da ONU contra o Crime Organizado de 2000 e contra a Corrupção de 2003 e no Convênio Internacional para a Supressão do Financiamento ao Terrorismo de 1999, em investigações ligadas à detecção e ao embargo de bens oriundos do crime organizado, há a proibição de se invocar o sigilo bancário em requisições judiciais (COGAN, Marco Antônio Pinheiro Machado; JOSÉ, Maria Jamile. Op. cit., p. 140); em Portugal, com base na Lei 5/2002, há previsão da quebra dos segredos bancário e fiscal, por ordem de autoridade judiciária ou administrativa competente, na investigação de processos relativos a crimes de terrorismo, branqueamento de capitais e outros ligados à criminalidade organizada e econômico-financeira (artigo 2º), assim como o controle de conta bancária (artigo 4º), mediante ordem judicial e por prazo determinado, “quando tiver grande interesse para a descoberta da verdade”, em que haverá um monitoramento acerca da movimentação da conta, podendo incluir uma ordem de suspensão destes movimentos (GEMAQUE, Silvio César Arouck; RUSSO, Luciana. Op. cit., p. 300-301); na Colômbia há previsão nos artigos 233 e 244 do *Código de Procedimiento Penal*, respectivamente, da *retención de correspondência* e da *busqueda selectiva em bases de datos*, sendo também possível neste país o *levantamiento de secreto bancario* (RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. Op. cit. p. 85, 92 e 100).

Os sigilos: fiscal, bancário e financeiro são decorrências do direito à intimidade previsto no artigo 5º, inciso X¹⁵² da Constituição Federal, uma vez que os dados a eles concernentes referem-se a particularidades sobre a intimidade e a vida privada do investigado¹⁵³, porém não se trata de direito absoluto, devendo ceder frente ao interesse público na apuração criminal. O artigo 5º, inciso XII¹⁵⁴ da Constituição Federal, em princípio, só permitiria a violação da comunicação telefônica. Referido inciso, declara a inviolabilidade de dados^{155 156}, mas tem-se entendido que, em casos excepcionais, com base no princípio da proporcionalidade e mediante autorização judicial, é possível a violação, quando necessária

¹⁵² Artigo 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

¹⁵³ Há entendimento minoritário de que a intimidade prevista no artigo 5º, X da CF não abrange as pessoas jurídicas restringindo-se, pois, às pessoas físicas, pois o artigo 5º, *caput* da CF teria feito referência apenas às pessoas físicas e também porque pessoa jurídica possui intimidade própria decorrente de sua atividade, como os segredos industriais ou *know-how*, que não se confundiria com o sigilo referente a movimentações bancárias. Assim, o próprio Ministério Público, independentemente de ordem judicial, poderia, no exercício de suas funções, requisitar extratos e documentos de informações bancárias, diretamente aos bancos, quando referentes a pessoas jurídicas (neste sentido: MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 145-146). No entanto, prevalece o entendimento de que as pessoas jurídicas também são destinatárias dos direitos e garantias individuais, não só com base na própria Constituição, mas também no artigo 198 do Código Tributário Nacional, que previu o sigilo sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado *de seus negócios ou atividades* (CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 57).

¹⁵⁴ Artigo 5º, XII: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

¹⁵⁵ Há discussão se o artigo, 5º, XII garante a inviolabilidade da comunicação de dados e dos dados propriamente ditos ou se somente da primeira. O debate está calcado na redação defeituosa do artigo 5º, XII, que, após ter mencionado o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, ao se referir a dados não utilizou novamente a expressão “comunicações”, a qual volta a ser usada na sequência para as comunicações telefônicas. Fazendo-se uma interpretação sistemática do inciso se poderia entender que apenas a comunicação de dados foi protegida e não os dados propriamente ditos (SCARANCA FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 22). Entende-se como a melhor posição a de que tanto a comunicação dos dados, quanto os dados propriamente ditos foram objeto de proteção constitucional.

¹⁵⁶ Ainda em relação aos dados, também há discussão se os dados a serem protegidos são somente aqueles referentes a informações codificadas, ligadas principalmente aos meios informáticos ou eletrônicos modernos, ou se abrangem também as anotações particulares de uma pessoa, como as de um diário. De qualquer forma, mesmo que se entenda que abrangem somente os dados que estão codificados, os registros particulares estariam protegidos pelo artigo 5º, X da Constituição Federal, o qual garante a inviolabilidade da vida privada (Id. Ibid. p. 22-23). Assim, sempre será necessária a autorização judicial para a extração e conhecimento dos dados armazenados em computador. O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que, no caso de apreensão de computador, haverá a necessidade de lacrá-lo, imediatamente depositá-lo em juízo e, após autorização judicial, submetê-lo à perícia, a fim de evitar qualquer violação à intimidade alheia, já que a máquina poderá conter informações pessoais e não apenas profissionais (STF, AP 307). Em relação aos agentes de fiscalização tributária, há discussão se é possível ou não, sem autorização judicial, ingressar em escritórios e empresas e apreender arquivos magnéticos ou eletrônicos contidos em computadores, prevalecendo o entendimento de que é preciso a ordem judicial. De qualquer forma, ainda que, com apoio no artigo 195 do Código Tributário Nacional (“Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.”), os agentes de fiscalização tributária, sem autorização judicial, ingressem numa empresa e apreendam tais objetos, será indispensável autorização judicial para o conhecimento dos dados do computador, sob pena de produção de prova ilícita (CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 65-67).

para salvaguardar outro bem, superior ao valor do sigilo, e que também tenha sido objeto de proteção pela Constituição, entendimento que também vale para a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas.

Em relação ao sigilo bancário e financeiro, a Lei Complementar nº 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, prevê no artigo 3º que serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado seu caráter sigiloso mediante acesso restrito as partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide, sendo que a quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração da prática de qualquer crime praticado por organização criminosa, dentre outras hipóteses previstas no artigo 1º, § 4º da Lei Complementar nº 105/01¹⁵⁷ ¹⁵⁸. A Lei Complementar nº 105/01, no entanto, não disciplinou vários assuntos referentes à quebra de sigilo (procedimento, requisitos, legitimidade para o pedido etc.), fazendo com que mais uma vez se utilize, por analogia, da Lei nº 9.296/96, no que couber, observação que também vale em relação ao sigilo fiscal, que vem previsto nos artigos 198 e 199¹⁵⁹ do Código Tributário

¹⁵⁷ Artigo 1º, § 4º da Lei Complementar 105/01: “A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de extorsão mediante sequestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; **IX – praticado por organização criminosa.**” (destaque nosso)

¹⁵⁸ Há uma enumeração exagerada dos crimes que admitem a quebra de sigilo no artigo 1º, § 4º da LC 105/01, como se pode observar das expressões “crimes de terrorismo”, “contra o sistema financeiro nacional”, “contra a administração pública”, “contra a ordem tributária” e “praticado por organização criminosa”. No entanto, não se pode admitir a quebra de sigilo para todo e qualquer crime ali previsto. A ordem judicial dependerá da análise de mérito, da característica do próprio tipo penal. Assim, por exemplo, o crime de prevaricação previsto no artigo 319 do código penal, em que o funcionário público age *para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*, embora seja crime contra a administração pública, não possui motivo plausível que autorize a citada quebra de sigilo, já que o agente não atua visando obter algum valor monetário, mas sim satisfação pessoal. A quebra de sigilo bancário e financeiro, portanto, deve restringir-se às hipóteses de crimes em que o agente possa ter se locupletado financeira e indevidamente. Diante disso, o requerente da medida deve demonstrar a correspondência entre o fato investigado e a espécie de crime tratada (MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 142).

¹⁵⁹ Artigo 198: “Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. § 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: **I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;** II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. § 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. § 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a: I – representações fiscais para fins penais; II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; III – parcelamento ou moratória. Art. 199. A Fazenda Pública

Nacional. Diante disso, para decretar a quebra dos sigilos bancário, financeiro e fiscal deve o juiz verificar se existem indícios suficientes de autoria ou participação nos crimes investigados e desde que a prova não possa ser obtida por outros meios disponíveis (artigo 2º, I e II da Lei nº 9.296/96).¹⁶⁰ A decisão judicial deve ser devidamente motivada (artigo 93, IX da Constituição Federal),¹⁶¹ ainda mais porque a medida atinge direitos fundamentais, e também deverá indicar quais pessoas serão atingidas, quais contas ou aplicações serão violadas, quais instituições financeiras deverão fornecer as informações e sobre qual período recairá a violação.¹⁶²

Nos termos do artigo 6º da LC 105/01¹⁶³, que foi regulamentado pelo Decreto 3.724/01, agentes e fiscais tributários poderão, desde que haja procedimento administrativo ou fiscal em curso, quebrar sigilo fiscal, bancário e financeiro. Nos termos do artigo 2º, § 1º da LC 105/01¹⁶⁴, as autoridades administrativas do Banco Central, no exercício de suas atribuições de apuração de irregularidades e fiscalização, também poderão quebrar tais sigilos, independentemente de autorização judicial. A Comissão Parlamentar de Inquérito, que possui poderes de investigação próprios das autoridades judiciais nos termos do artigo 58, § 3º da Constituição Federal, também pode determinar a quebra dos sigilos bancário, fiscal e financeiro, desde que o faça motivadamente.¹⁶⁵

Em relação ao Ministério Público, discute-se se ele possui legitimidade para requisitar dados bancários, financeiros e fiscais diretamente às respectivas instituições. Tem prevalecido que não poderá requisitar diretamente estes documentos, porque seu poder de

da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.” (destaque nosso)

¹⁶⁰ Artigo 2º, I e II da Lei 9.296/96: “Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis.”

¹⁶¹ Artigo 93, IX da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”

¹⁶² SILVA, Eduardo Araújo da. Op. cit., p. 108.

¹⁶³ Artigo 6º da LC 105/01: “As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.”

¹⁶⁴ Artigo 2º, § 1º da LC 105/01: “O sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil: I – no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras; II – ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial.”

¹⁶⁵ CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 58-59.

requisição não tem prevalência sobre documentos que guarnecem a intimidade e a vida privada das pessoas, que possuem proteção constitucional. Deve assim, requerer a quebra ao Poder Judiciário. Cabe, no entanto, citar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela possibilidade do *parquet* quebrar sigilo de informações bancárias, independentemente de autorização judicial, desde que a investigação esteja relacionada com o desvio de dinheiro público e, conseqüentemente, dano ao erário.¹⁶⁶ Em relação às operações envolvendo cartões de crédito e débito, considerando que a administradora de cartão de crédito é considerada instituição financeira, nos termos do artigo 1º, VI da LC 105/01, estas quebras não poderão ser feitas diretamente pelo Ministério Público¹⁶⁷, mas sim dependerão de autorização judicial.¹⁶⁸

Importante destacar que o artigo 3º da lei do crime organizado (Lei nº 9.034/95) foi declarado, por maioria, inconstitucional pelo STF, no julgamento da ADIn 1570-2 (DJU 22.10.2004) no que se refere aos dados fiscais e eleitorais e a sua ineficácia na regulação dos sigilos bancário e financeiro que já são disciplinados pela Lei Complementar nº 105/01, em razão de ofensa a garantia de imparcialidade do juiz, corolário do devido processo legal, e também por ofensa ao princípio da publicidade, pois havia previsão para que a violação do sigilo de dados ocorresse por diligência pessoal do juiz, impondo-lhe o mais rigoroso segredo. Não é possível que se admita prova secreta suscetível de ser utilizada na sentença judicial. No sistema de livre convencimento, o juiz pode dar a cada prova o valor que julgar adequado, embora toda decisão deva ser motivada nos termos do artigo 93, IX da Constituição Federal. Por outro lado, na garantia de ampla defesa, está contida a autodefesa, não sendo possível que o acusado seja privado do acesso ao material probatório, não bastando apenas o conhecimento por parte do seu advogado. O artigo 3º ainda acarretava manifesta quebra de imparcialidade do juiz, o qual depois de ter se vinculado à prova, por ele mesmo produzida, não teria a isenção necessária para julgar o réu. Finalmente, pode-se dizer que também havia ofensa ao modelo acusatório, uma vez que os juízes têm competência para processar e julgar, mas não

¹⁶⁶ Tratava-se de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público, sendo que se referia à violação do sigilo de pessoa jurídica, no caso específico de empresas do setor sucroalcooleiro (STF, MS, 21729/DF). Cabe ainda lembrar que, conforme já citado na nota de rodapé 120 acima, existe entendimento que a intimidade prevista no artigo 5º, X da CF não abrangeria as pessoas jurídicas, o que também pode ter influenciado a decisão do STF.

¹⁶⁷ Em sentido contrário, Mendroni entende que o Ministério Público pode requisitar diretamente as informações referentes a cartões de crédito, pois, conforme a Lei 4.595/64, as administradoras de cartões não seriam instituições financeiras (MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit. p. 147-148). Em que pese a opinião do citado autor, a redação do artigo 1º, VI da LC 105/01, que é lei posterior, é clara no sentido oposto.

¹⁶⁸ CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 61-63.

para investigar no âmbito extraprocessual, e que as atividades da acusação e da defesa são funções essenciais ao exercício da jurisdição.¹⁶⁹

A quebra dos sigilos fiscal, bancário e financeiro dos investigados tem grande importância em relação aos crimes ligados à criminalidade organizada, uma vez que as organizações criminosas possuem, em regra, grandes rendimentos financeiros de origem ilícita, os quais são ou “lavados”¹⁷⁰ para retornar “lícitos” ao meio circulante, ou “desaguados” em contas bancárias localizadas, em regra, em “paraísos fiscais”.¹⁷¹

¹⁶⁹ SCARANCA FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 23-24.

¹⁷⁰ Segundo o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, lavagem de dinheiro é o processo pelo qual o criminoso transforma recursos ganhos em atividades ilegais em ativos com uma origem aparentemente legal. Essa prática geralmente envolve múltiplas transações, usadas para ocultar a origem dos ativos financeiros e permitir que eles sejam utilizados sem comprometer os criminosos. A dissimulação é, portanto, a base para toda operação de lavagem que envolva dinheiro proveniente de um crime antecedente. Pela definição mais comum, a lavagem de dinheiro constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados a atos ilícitos. Em termos mais gerais, lavar recursos é fazer com que produtos de crime pareçam ter sido adquiridos legalmente. Especialistas estimam que cerca de US\$500 bilhões em "dinheiro sujo" – cerca de 2% do PIB mundial - transitam anualmente na economia. Ainda de acordo com o COAF, os setores que se destacam no processo de lavagem de dinheiro são: 1) Instituições financeiras – no Brasil controladas pelo Banco Central (BACEN), compõem um dos setores mais visados pelas organizações criminosas para realização de operações de lavagem de dinheiro. A razão disso é que as novas tecnologias e a globalização dos serviços financeiros imprimem uma velocidade sem precedentes à circulação do dinheiro. Recursos em busca de taxas de juros mais atraentes, compra e venda de divisas e operações internacionais de empréstimo e financiamento misturam-se num vasto circuito de transações complexas. Nessas transações, o dinheiro sujo se mistura com quantias que essas instituições movimentam legalmente todos os dias, o que favorece o processo de dissimulação da origem ilegal. As redes mundiais que interligam computadores, a exemplo da Internet, favorecem amplamente este processo, ampliando as possibilidades de movimentação dos recursos, conferindo maior rapidez e garantindo o anonimato das operações ilegais. Este setor é, portanto, o mais afetado e o mais utilizado nos processos de lavagem de dinheiro, mesmo quando as operações criminosas não são realizadas pelas próprias instituições financeiras. Elas acabam sendo o “meio” por onde transitam os recursos até a chegada ao mercado – ocorrendo a integração, última etapa do processo de lavagem. 2) Paraísos fiscais e centros *off-shore* – preliminarmente, cabe dizer que paraísos fiscais são países que oferecem oportunidades mais vantajosas para empresas e pessoas físicas movimentarem recursos, além do escudo propiciado pelo sigilo, em alguns casos, sendo que atualmente, mais de 40 países em todo o mundo são considerados paraísos fiscais. Os centros *off-shore* são centros bancários extraterritoriais não submetidos ao controle das autoridades administrativas de nenhum país e, portanto, isentos de controle. Tanto os paraísos fiscais quanto os centros *off-shore* compartilham de uma finalidade legítima e uma certa justificação comercial. No entanto, os principais casos de lavagem de dinheiro descobertos nos últimos anos envolvem organizações criminosas que se aproveitaram, de forma generalizada, das facilidades oferecidas por eles para realizarem manobras ilegais. 3) Bolsas de valores – no Brasil, o controle e a fiscalização dessas instituições é responsabilidade da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). As bolsas de valores visam a facilitar a compra e venda de ações e direitos. Nas bolsas de valores é possível a realização de operações em cinco modalidades: (i) a vista; (ii) a prazo; (iii) a termo; (iv) a futuro e (v) por opção. Enquanto nas quatro primeiras formas se negociam ações, no mercado de opções o que se negocia é o direito sobre essas ações. Os investidores, porém, não compram ações diretamente em uma bolsa. Compram-nas através das sociedades corretoras membros daquela entidade. O cliente emite uma ordem de compra ou venda à sua corretora e esta se encarrega de executá-la no pregão. Para isto as corretoras mantêm, no recinto de negociação, seus operadores, que são habilitados por meio de um exame de qualificação. Para fechar uma operação na bolsa, qualquer pessoa, banco ou empresa tem que usar os serviços de uma corretora, que recebe uma taxa de corretagem por realizar essa transação. As bolsas de valores oferecem condições propícias para se efetuarem operações de lavagem de dinheiro, tendo em vista que: a) permitem a realização de negócio com características internacionais; b) possuem alto índice de liquidez; c) as transações de compra e venda podem

Cabe assinalar que tem se entendido ser possível a utilização de um dado proveniente de uma quebra bancária, financeira ou fiscal em outra investigação criminal ou processo criminal contra o mesmo investigado, desde que haja autorização do Poder Judiciário para trasladar a prova para o procedimento investigatório ou processo criminal respectivo. Soa desarrazoado quebrar novamente o sigilo do investigado quando já se possui os dados, os quais foram obtidos com respeito aos requisitos legais.¹⁷²

Em relação aos documentos, preliminarmente, cabe dizer que, nos termos do artigo 232 do Código de Processo Penal, são considerados documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. No entanto, o acesso aos documentos, precisa ser analisado sob dois pontos de vista, quais sejam: em relação aos documentos públicos e em relação aos documentos particulares.

Para os documentos públicos, combinando-se os artigos 22, 23 e 24 da Lei nº 8.159/91¹⁷³, infere-se que há o acesso pleno a eles e assim não haverá necessidade de

ser efetuadas em um curto espaço de tempo; d) as operações são realizadas, em sua grande maioria, por intermédio de um corretor; e, existe muita competitividade entre os corretores. 4) Companhias seguradoras – o mercado de seguros, capitalização e previdência privada aberta, fiscalizado no Brasil pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), é outro setor vulnerável à lavagem de dinheiro. Quer em relação aos acionistas, quer em relação aos segurados, subscritores, participantes e intermediários pode haver a tentativa de “limpeza” de recursos: a) os acionistas podem usar seu poder de deliberação realizando investimentos que possibilitem a prática de lavagem de dinheiro; b) os segurados, por sua vez, podem lavar recursos mediante a apresentação de avisos de sinistros falsos ou fraudulentos, o mesmo ocorrendo com os subscritores e participantes, os quais podem, respectivamente, transferir a propriedade de títulos de capitalização sorteados e inscrever pessoas inexistentes ou falecidas em planos de previdência privada aberta; e c) a intermediação, materializada na corretagem, também pode ensejar a malfadada lavagem nas transações envolvendo terceiros ou clientes não residentes. 5) Mercado imobiliário – a lavagem de dinheiro é uma prática muito frequente no setor imobiliário. Por meio da transação de compra e venda de imóveis e de falsas especulações imobiliárias, os agentes criminosos lavam recursos com extrema facilidade, principalmente se eles utilizam recursos em espécie. A criatividade das organizações criminosas faz com que suas atuações no setor sejam extremamente dinâmicas, dificultando o trabalho de detecção das ilegalidades. A ausência de controle do setor imobiliário também facilita a ação dos criminosos. 6) Jogos e sorteios – são conhecidos os casos de lavagem de dinheiro por meio de jogos e sorteios, como bingos e loterias. As principais características dos processos criminosos envolvem a manipulação das premiações e a realização de alto volume de apostas em uma determinada modalidade de jogo, buscando fechar as combinações. Em muitos casos, o agente criminoso não se importa em perder uma parte dos recursos, contanto que consiga finalizar o processo de lavagem com êxito. Há diversas outras operações comerciais realizadas internacionalmente que facilitam a lavagem de dinheiro e, por essa razão, merecem exame permanente e detalhado. Entre essas operações estão, por exemplo, a compra e venda de jóias, pedras e metais preciosos e objetos de arte e antiguidades. Este comércio mostra-se muito atraente para as organizações criminosas, principalmente por envolverem bens de alto valor, que são comercializados com relativa facilidade. Além disso, essas operações podem ser realizadas utilizando-se uma ampla gama de instrumentos financeiros, muitos dos quais garantem inclusive o anonimato. Disponível em: <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/downloads/cartilha.pdf>>, p. 1-8. Acesso em: 19 de junho de 2011.

¹⁷¹ JOSÉ, Maria Jamile. Op. cit., p. 66-67.

¹⁷² Neste sentido, dentre outros: CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 64-65.

¹⁷³ Lei 8.159/91: Art. 22. “É assegurado o direito de acesso pleno aos documentos públicos. Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos. Art. 24. Poderá o Poder Judiciário, em qualquer instância, determinar a

autorização judicial para o conhecimento por parte dos órgãos que atuam no combate ao crime organizado, uma vez que não se trata de hipótese de sigilo, salvo em relação a documentos públicos sigilosos (regulamentado pelo Decreto nº 2.134/97).

Para os documentos privados, se não comprometer a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do investigado, o acesso a eles independe de prévia autorização judicial.

Em relação à interceptação de cartas particulares de presos dentro de estabelecimentos prisionais, o Supremo Tribunal Federal entende que, mediante ato motivado do diretor do presídio nos termos do artigo 41, parágrafo único da Lei nº 7.210/84¹⁷⁴, a Administração Prisional, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência, uma vez que a inviolabilidade do sigilo epistolar não pode servir como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (STF, HC 70.814). Neste sentido, ainda mais nos dias atuais, em que boa parte das facções criminosas possui ramificações dentro dos próprios presídios, pode se constituir em medida útil para evitar, por exemplo, que membros de organizações criminosas se comuniquem com o ambiente externo, se bem que, a grande maioria das comunicações e, portanto o maior desafio, ocorre a partir de telefones celulares.

Em relação aos dados cadastrais¹⁷⁵ dos usuários de operadoras de telefonia, o entendimento majoritário, do qual se comunga, é o de que os dados são sigilosos, porque integram a esfera de vida privada do indivíduo, estando protegidos nos termos do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal e também nos termos do artigo 3º, incisos VI e IX da Lei nº 9.472/97¹⁷⁶. Assim, este sigilo somente poderá ser quebrado mediante prévia autorização judicial. O entendimento minoritário apregoa que apenas o teor das chamadas telefônicas, dos extratos telefônicos (relação das ligações efetuadas e recebidas em determinado lapso temporal por um terminal telefônico) e a identificação das ERBs – Estação Rádio Base (possibilita fazer uma análise da movimentação física do investigado através das antenas de transmissão das ligações, as quais indicam o local aproximado e o horário em que o detentor

exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte.”

¹⁷⁴ Lei 7.210/84: Art. 41. “Constituem direitos do preso: XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.”

¹⁷⁵ Dados cadastrais são os dados fornecidos pelos próprios consumidores, guardados em bancos de dados de pessoas jurídicas e se referem principalmente ao nome completo, filiação, RG, CPF, endereço profissional e residencial, número de telefone e *e-mail*.

¹⁷⁶ Lei 9.472/97: Art. 3º. “O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: VI - à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso; IX - ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço.”

do aparelho telefônico móvel esteve) estariam protegidos pelo sigilo, uma vez que o interesse público na investigação criminal e subsequente processo penal se sobrepõe ao interesse privado, além de que a proteção descrita no artigo 5º, XII da Constituição Federal não abrangeria os dados cadastrais documentais.¹⁷⁷

Especificamente no que se refere à bilhetagem ou extratos telefônicos, que nada mais são do que o registro das ligações telefônicas¹⁷⁸, ainda é possível delinear dois entendimentos. Uma primeira posição entende que o artigo 5º, XII da Constituição Federal assegura a inviolabilidade dos dados referentes ao conteúdo ou teor das comunicações, não incluídos aí os dados ligados aos registros delas e assim, tais extratos poderiam ser requisitados pelo Ministério Público ou pela Polícia, independentemente de autorização judicial.¹⁷⁹ A outra posição¹⁸⁰, que se entende correta e que tem sido a prevalente na

¹⁷⁷ CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 69-70.

¹⁷⁸ Na bilhetagem (extrato telefônico) consta o dia, hora, tempo de ligação e o terminal telefônico destinatário, podendo ser fornecida em tempo real, via *e-mail*. Através dela, podem-se cruzar informações em relação à identificação dos participantes de uma organização criminosa com o objetivo de conhecer as suas ramificações e contatos. Comparando-se a relação das chamadas efetuadas e recebidas pelos números telefônicos em determinado período com os dados cadastrais dos referidos terminais telefônicos, é possível obter os nomes dos proprietários dessas linhas, os quais muitas vezes são os próprios usuários delas. É ainda possível constatar os números das linhas telefônicas mais recorrentes e assim, aos poucos, ir individualizando todos os membros do grupo, além de ser importante para a ampliação das investigações ou mesmo para reduzi-la ou acabá-la, pois, eventualmente, o investigado pode ter cessado a utilização daquele número. A partir da análise dos números, também se pode verificar que o telefone é utilizado para contatos com familiares ou outros afazeres e não para contato com pessoas ligadas à criminalidade. Importante consignar que, a constatação, através da bilhetagem, de que alguém telefonou, por exemplo, para um traficante, por si só, não gera a conclusão de que também está envolvido com o tráfico de drogas, servindo apenas como um elemento de prova dependente de complementação por outras evidências.

¹⁷⁹ Partidário dessa corrente, Mendroni acrescenta que numa carta ou telegrama, todos aqueles que os manusearem terão conhecimento do destinatário e do remetente, que vêm escritos do lado de fora do envelope, sem que se alegue qualquer violação à intimidade de ninguém, já que o conteúdo deles, este sim protegido constitucionalmente, não foi devassado, sendo que este raciocínio deveria ser transportado para as comunicações telefônicas, que merecem tratamento equivalente, já que uma forma de comunicação não poderia ser mais protegida que outra. O autor ainda exemplifica com a hipótese de que um policial ou um detetive particular tenha sido incumbido de seguir alguém para ver toda a sua movimentação durante dias, registrando com anotações, fotografias e filmagens os horários em que esta pessoa saiu de casa, para onde se dirigiu, com quem conversou, lugares em que esteve etc. Terá, ao fim de cada dia, um relatório completo de toda a sua movimentação, sabendo inclusive com quem conversou, embora sem saber o conteúdo da conversa, e que nisto não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade por violação à intimidade. Na sequência, questiona por que é possível seguir alguém, e até fotografar e filmar, e com isso obter os dados (registros) de sua movimentação, mas não seria possível obter os registros de sua “movimentação” por telefone? As situações têm a mesma finalidade (investigação criminal), e devem receber igual tratamento. Finalmente, alude que a Lei 9.296 utiliza a expressão “interceptação de comunicações”, o que demonstra mais claramente o seu alcance, pois não é possível “interceptar” registro de chamadas – as quais, tampouco, são “comunicações” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 125-128).

¹⁸⁰ Também neste sentido Eduardo Araujo da Silva, que alega que, o registro das ligações telefônicas, embora não esteja compreendido na tutela das comunicações telefônicas, é resguardado pelo direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, inciso X da Constituição), uma vez que qualquer violação neste sentido pode revelar atos da privacidade do investigado que não interessam ao Estado, impondo, assim, tratamento semelhante ao previsto pela Lei 9.296/96. No entanto, o autor é partidário da posição de que os dados cadastrais do titular da linha telefônica não estão cobertos pelo sigilo, podendo a eles ter acesso tanto o representante do Ministério

jurisprudência, defende que, nos termos do artigo 5º, X da Constituição, os extratos telefônicos fazem parte da vida privada do investigado e, portanto, o acesso a eles depende de prévia ordem judicial, além de que, quando no curso de uma interceptação telefônica autorizada judicialmente, não seria permitido o franqueamento de senhas genéricas de consultas de bilhetagens a agentes policiais, por período temporal aleatório, sem qualquer limite ou controle, pois isto daria margem a uma varredura nas bilhetagens de alguém que, em tese, poderia não estar envolvida no crime que se busca investigar.

Também em relação aos dados cadastrais bancários, que abrangem a qualificação completa dos correntistas e o número da conta corrente, há duas posições. A primeira, com a qual se concorda, entende ser necessária autorização judicial para o acesso a tais dados, porque são de uso confidencial do banco, não podendo ser cedidos a terceiros, sob pena de afronta ao direito à intimidade e vida privada. Para o outro entendimento, os dados cadastrais bancários não se confundiriam com as informações ligadas a movimentação bancária propriamente dita (extratos de contas-correntes, de poupanças, aplicações financeiras, ações etc.), esta sim, protegida pelo sigilo, já que ligada à intimidade do correntista, mas não os primeiros, o que inclusive fomentaria o interesse público na persecução criminal.¹⁸¹

Em relação a outros dados cadastrais, como os referentes a determinado imóvel ou empresa ou relacionados ao proprietário de certo automóvel, tem se entendido serem informações públicas, portanto exigíveis independentemente de ordem judicial. Assim, o município e respectivos cartórios de registro de imóveis na primeira hipótese e o Departamento de Trânsito na última, não poderão sonegar as informações. Também as Juntas Comerciais não poderão se negar a fornecer informações ligadas ao quadro societário e respectivas alterações de certas empresas. O mesmo raciocínio tem prevalecido para o endereço de IP (*internet protocol*) de um determinado computador, que assim poderá ser exigido diretamente do servidor. Portanto, todos estes dados cadastrais podem ser obtidos através de requisição da Polícia ou do Ministério Público.¹⁸²

Público, como a autoridade policial, independentemente de autorização judicial (SILVA, Eduardo Araujo da. Op. cit., p. 97).

¹⁸¹ Id. Ibid. p. 70-71.

¹⁸² SILVA, Eduardo Araujo da. Op. cit., p. 71.

3.4 INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL

Inicialmente, para não gerar confusão, deve ser feita a diferença entre a interceptação ambiental, a escuta ambiental e a gravação clandestina ambiental: a) na interceptação ambiental ocorre a captação da “conversa e dos atos praticados”, “sem” o conhecimento dos indivíduos que estão no ambiente alvo e é indispensável que exista prévia “autorização judicial”; b) na escuta ambiental¹⁸³ há a interceptação de “conversa” entre o emissor e o receptor feita por um terceiro “com” o conhecimento de um ou outro participante da conversa, “sem”¹⁸⁴ que seja necessária ordem judicial para a execução dela, pois não há lesão à intimidade, a qual está sendo compartilhada; c) na gravação clandestina ambiental¹⁸⁵ o

¹⁸³ Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que não há irregularidade na captação, por meio de fita magnética ou similar, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada escuta ambiental, que foi feita por terceiro, com a autorização de um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento do outro (STF, HC 74.678).

¹⁸⁴ Em sentido contrário, embora não se referindo à escuta ambiental, mas sim à escuta telefônica: IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha (STF, HC 80.949/RJ).

¹⁸⁵ “Lícitude de prova consistente em gravação de entrevista de indiciados com autoridades policiais, a qual incrimina terceiros. Precedentes do STF: HC 69818 – Prova extrajudicial que tem apoio na prova colhida em juízo. Ademais, ainda que assim não fosse, as circunstâncias relativas à prova extrajudicial concernente à gravação em causa, que foi objeto de amplo contraditório em juízo, bastariam para a condenação, por não terem sido infirmadas pela prova obtida na fase judicial, mas, ao contrário, se ajustado a ela (STF, HC 73513/SP).”

“Prova obtida por meios ilícitos: invocação do artigo 5º, LVI da Constituição: Improcedência: precedentes inaplicáveis. À espécie - gravação de conversa pessoal entre indiciados presos e autoridades policiais, que os primeiros desconheciam – não se poderia opor o princípio do sigilo das comunicações telefônicas – base dos precedentes recordados – mas, em tese, o direito ao silêncio (CF, artigo 5º, LXIII), corolário do princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual entretanto, “não aproveita a terceiros, objeto da delação de corrêus” (STF, HC 69818/SP).”

Importante consignar que os dois julgados do STF acima apenas consideraram “válida a prova colhida em relação a terceiros, mas não em relação ao próprio interlocutor indiciado que não sabia da gravação”, pois que, do contrário, haveria desrespeito ao direito ao silêncio e ao privilégio contra a auto-incriminação. No mesmo sentido, pode-se citar ainda outro precedente do STF: “III. Gravação clandestina de “conversa informal” do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado

“próprio indivíduo” grava sua “conversa e ações” que esteja mantendo com terceiro em um determinado ambiente alvo, *sem* que precise de autorização judicial. Argumenta-se nessa última hipótese, que seria ilegal a violação de conversa alheia e não própria e que o máximo que o outro interlocutor poderia esperar seria a manutenção do sigilo da conversa que teve com o indivíduo que a gravou. O mesmo raciocínio tem sido aplicado na hipótese de gravação clandestina telefônica¹⁸⁶.

A interceptação ambiental, segundo Eduardo Araujo da Silva,

trata-se de um meio de obtenção da prova previsto em leis de diversos países, que tem possibilitado uma atuação mais eficiente dos agentes estatais na apuração do crime organizado. Na Itália, a adoção dessa estratégia possibilitou a prisão do mafioso Toto Riina, procurado há mais de 27 anos, após a indicação de seus passos em Palermo por um *pentito*. Segundo o Ministério da Justiça italiano, no ano de 1996 foram autorizadas 44.176 medidas de vigilância eletrônica envolvendo instalações de câmaras e telefones, o dobro das medidas autorizadas em 1992. Na França, em agosto de 1995, a vigilância eletrônica permitiu a prisão do líder máximo na Europa da Tríade chinesa, especializada na importação de heroína pura, o que possibilitou a prisão de uma extensa rede de traficantes.

Na Alemanha, onde a medida somente pode ser decretada para a apuração de crimes graves (tráfico de drogas, tomada de reféns, sequestro, terrorismo, assassinio com agravantes e infrações suspeitas de ligação com o crime organizado), um colégio de três juízes autoriza a instalação dos equipamentos, com duração limitada a quatro semanas, sem prejuízo de eventual renovação. Nos Estados Unidos da América, em razão da frequente utilização dessa estratégia de investigação e para afastar a desconfiança geral da população, foi criado o *Wire Tape Report*, que determina a publicação trimestral pela Justiça Federal de um relatório

seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na Polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, *contra si mesmo*, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não (STF, HC 80.949/RJ)." O artigo 186 do CPP, após alteração que sofreu com a Lei 10.792/03, passou a prever expressamente no parágrafo único que o silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

"É legal a gravação de conversa por um dos interlocutores, ainda que sem o conhecimento do outro interlocutor, se a gravação é feita com a finalidade de documentar a conversa em caso de posterior negativa. Crime de corrupção passiva, consistente no fato de ter recebido trinta mil dólares para intermediar um negócio do FGTS, o que tudo foi registrado em gravação que a perícia atesta ser autêntica (STF, Inq 657/DF)."

¹⁸⁶ "Licitude. *Habeas Corpus*. Sequestro seguido de morte. Gravação de conversa telefônica feita no aparelho da família do sequestrado. Equiparação à gravação feita por um dos interlocutores. Provas autônomas. Confissão. Inviabilidade de reexame de provas na via do *Habeas Corpus*. Precedentes HC 73461 e RHC 73.463 (STF - 2ª T., HC 76.171/SP)."

"Licitude. É lícita a gravação de conversa feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, ou qualquer tipo de chantagista (STF - 2ª T., HC 75.338/RJ)."

"Licitude. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal (STJ - 5ª T., HC 7216/SP)."

"Não é considerada ilícita prova resultante de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, se a ela são anexados outros elementos probatórios (STJ, RHC 5.944/PR)."

"A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores é prova lícita para comprovação do crime de extorsão (TACRIM/SP AP 1029.245/7)."

pormenorizado sobre todos os casos de vigilância eletrônica, os motivos para sua implantação, duração, número de pessoas vigiadas, detenções e de condenações obtidas por este meio de vigilância.^{187 188}

No Brasil, o artigo 2º, inciso IV da Lei nº 9.034/95, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.217/01, prevê como procedimento de investigação e formação de provas da ação praticada por organizações criminosas, a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.

Pela interceptação ambiental, também denominada vigilância eletrônica, poderão policiais, com base em prévia autorização judicial, instalar aparelhos de captação de som e imagem (câmeras e potentes microfones, por exemplo) em ambientes fechados (casas, prisões, mesas de restaurantes, interior de veículos, locais de trabalho etc.) ou abertos (ruas, praças, etc.), com o intuito de gravar as conversas (interceptação dos sons ou dos sinais acústicos) e filmar as condutas dos investigados (interceptação visual ou dos sinais óticos). Também podem fazer a captação, apreensão e registro de sinais relacionados à eletricidade ou magnetismo com a finalidade de tomar conhecimento da comunicação feita por aparelhos que se utilizam de tais sinais, como rádios transmissores (sinais eletromagnéticos¹⁸⁹).

Em relação às imagens, não há necessidade de autorização judicial para a gravação de filmagens quando em local público e, em consequência, para serem utilizadas como provas, a exemplo, de imagens relacionadas ao tráfico de drogas em via pública. O mesmo

¹⁸⁷ SILVA, Eduardo Araujo da. Op. cit., p. 103.

¹⁸⁸ Na Espanha, a Suprema Corte, em 06 de março de 1993, decidiu que a captação de imagens é autorizada pela lei no curso de uma investigação criminal sempre que se limite à gravação do que se passa em espaços públicos, fora do limite inviolável do domicílio, onde prevalece a intimidade. Para que se proceda ao emprego de aparatos de filmagem e de escuta em ambiente reservado da intimidade das pessoas, faz-se necessário mandado judicial (COGAN, Marco Antônio Pinheiro Machado; JOSÉ, Maria Jamile. Op. cit., p. 139). Na Inglaterra, há duas espécies de vigilância: a vigilância dirigida e a vigilância invasiva. Ambas possuem os requisitos da necessidade e proporcionalidade; tem prazo de duração de três meses, prorrogáveis nas mesmas condições da autorização; incluem o monitoramento, a observação e a escuta de pessoas, seus movimentos, suas conversas e outras atividades ou comunicações do investigado, além da gravação do material monitorado (PEREIRA, Fábio Franco; HÖHN JUNIOR, Ivo Anselmo. **O combate ao crime organizado e ao terrorismo na Inglaterra**, p. 225-226). No Peru, há previsão da videovigilância no artigo 207 do CPP, a qual é permitida nas investigações por delitos violentos, graves ou contra organizações delitivas, sendo que a autorização judicial só será necessária quando for realizada no interior de imóveis ou outros locais fechados. Só poderá ser utilizada quando indispensável para cumprir os fins da investigação e pode abranger outras pessoas que estejam em conexão com o investigado (VILARES, Fernanda Regina; PIZA, Lia Verônica de Toledo. **Crime organizado no Peru**, p. 277).

¹⁸⁹ A comunicação feita por aparelhos que se utilizam de sinais eletromagnéticos, tecnicamente, não se compreende no conceito de comunicação telefônica, informática ou telemática, referida no artigo 1º da Lei 9.296/96. Ao que parece, a intenção do legislador no artigo 2º, IV da Lei 9.034/95 foi prevenir-se para quaisquer outros aparelhos existentes ou a serem inventados, que porventura possam realizar a mesma finalidade de captação de imagens e sons através do eletromagnetismo (MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 125).

entendimento vale para imagens gravadas em locais abertos ao público, onde também não há prevalência da privacidade, como num teatro ou antessala de cinema. Por outro lado, caso a imagem seja gravada num local privado ou onde alguém exerce sua profissão, ofício ou trabalho, haverá a prévia necessidade de ordem judicial ou a concordância das pessoas gravadas, sob pena de produção de prova ilícita, uma vez que, por analogia, o artigo 246 do Código de Processo Penal exige autorização judicial para busca e apreensão nestes locais, que são considerados “casa” nos termos do artigo 150, § 4º do Código Penal.

No que se refere à captação e utilização de imagens obtidas a partir do *site* Youtube, redes sociais como o Orkut, câmeras municipais em locais públicos e câmeras instaladas nas fachadas dos edifícios, traz-se à colação os ensinamentos de Conserino:

Expõe-se, outrossim, acerca da legalidade ou não das imagens obtidas, por exemplo, no *site* Youtube. Neste caso, dependerá de como as imagens foram obtidas. Se as imagens foram obtidas em transgressão à intimidade ou vida privada do filmado, evidentemente, não poderão ser utilizadas em processo criminal sem a devida autorização judicial, sob pena de afronta ao direito constitucional da privacidade; de outro lado, se as imagens foram produzidas em local público, ou acessível ao público e sem qualquer restrição do filmado, não haverá qualquer óbice na utilização daquela filmagem no processo criminal, tornando-se desnecessário o aval do Poder Judiciário.

Exemplifica-se: se a imagem comprometedoramente produzida e lançada na Internet no *site* Youtube for derivada de uma câmera oculta que esteja dentro da residência de um integrante de organização criminosa, inserida naquele recinto clandestinamente, sem dúvida, as imagens não poderão ser utilizadas em posterior processo penal; de outro lado, se a imagem comprometedoramente e reveladora de comprometimento, vínculo, contato e união entre integrantes de organizações criminosas, lançada na Internet no *site* Youtube seja proveniente de uma câmera que esteja dentro de um restaurante ou charutaria não haverá qualquer problema na utilização daquelas imagens, sem ordem judicial, já que estavam se reunindo em local exposto ao público¹⁹⁰, não havendo que se preservar a intimidade de quem quer que seja.

Quanto às imagens extraídas da rede social denominada Orkut entende-se que não haverá a necessidade de ordem judicial para a sua utilização dentro do processo criminal, porque a partir do momento em que a pessoa se vincula à rede social, cria uma conta e se expõe no *site*, estará *dispensando* a sua intimidade e privacidade. Se quisesse resguardar as imagens, não as colocaria no referido *site*. Não pretendeu resguardá-las. Portanto, não tem condições de, posteriormente, reclamar se alguém as colheu no *site* e as utilizou contra o detentor da conta. O mesmo raciocínio se aplica às fotografias e informações entalhadas no aludido *site*.

Em relação às imagens captadas por câmeras municipais em locais públicos, igualmente, poderão ser requisitadas pelas autoridades e utilizadas em processos

¹⁹⁰ Parece mais adequado se entender que restaurante ou charutaria retratam hipóteses de locais “abertos ao público.” Locais “públicos” seriam aqueles onde todas as pessoas têm acesso, como as ruas, praças, parques etc. Locais “abertos ao público” são aqueles onde qualquer pessoa pode entrar, ainda que sujeita a condições, como pagamento de ingresso, a exemplo de cinema, teatro, metrô, estádio de futebol etc. Locais “expostos ao público” são locais privados passíveis de serem vistos por um número indeterminado de pessoas que se encontram num local público ou aberto ao público, como o interior de um automóvel, a varanda de uma casa, interior de uma casa visível através de uma janela aberta etc. Adotando-se estes conceitos, para os locais públicos ou abertos ao público não há necessidade de ordem judicial para captação e utilização de imagens, enquanto que para os locais expostos ao público, por serem locais privados, haveria a necessidade de ordem judicial.

criminais. Exemplo: câmeras municipais que fiscalizam a orla da praia, uma praça pública, um parque municipal e que flagram cenas criminosas.

Por derradeiro, em relação às câmeras instaladas nas fachadas dos edifícios (guaritas, principalmente) com visão para o lado externo da edificação, ou seja, para as ruas e leito carroçável, igualmente, poderão ser requisitadas pelas autoridades e, possivelmente, utilizadas em processos criminais que versem sobre criminalidade organizada. O objetivo dessa prova é, invariavelmente, a verificação dos contatos pessoais entre integrantes de organizações criminosas. De outro lado, se a câmera estiver instalada em dependências internas do edifício com visão para o lado privado da edificação, entende-se conveniente para fins de obtenção das imagens a prévia autorização judicial visando, exclusivamente, não quebrar a intimidade de nenhum condômino não envolvido no fato investigado.¹⁹¹

Autores como Mário Sérgio Sobrinho¹⁹² e Eduardo Araujo da Silva¹⁹³ entendem que a interceptação ambiental seria inconstitucional, pois tal medida não encontraria amparo na Constituição Federal, que somente teria admitido a interceptação telefônica nos termos do artigo 5º, inciso XII, e ainda acarretaria violação do direito à intimidade, à vida privada e à imagem das pessoas investigadas. Ainda, segundo essa posição, o legislador ordinário teria ampliado demasiadamente os limites previstos no texto constitucional. Por outro lado, a exemplo de Marcelo Batlouni Mendroni¹⁹⁴, poderia se argumentar que nenhum direito individual é absoluto e que a interceptação ambiental, embora acarrete limitação do direito à intimidade, à vida privada e à imagem do investigado, seria possível mediante prévia e motivada decisão judicial e que o procedimento a ser adotado para o seu deferimento deve ser o da Lei nº 9.296/96 por analogia¹⁹⁵.

¹⁹¹ CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 76-77.

¹⁹² SOBRINHO, Mário Sérgio. Op. cit., p. 46.

¹⁹³ O autor assevera que não se desconhece que o legislador ordinário tenha competência para disciplinar matéria restritiva de direitos fundamentais, sob pena de a Constituição virar um depósito de inúmeras situações não previstas pelo legislador constituinte, porém, na hipótese da interceptação ambiental, o legislador ordinário não poderia ter ampliado os limites previstos no texto constitucional. Acrescenta que a Constituição brasileira é omissa na disciplina de limites para a atuação do legislador ordinário, porém, pode-se aplicar por analogia o artigo 18, nº 2 da Constituição portuguesa que exige como um dos requisitos para a produção legislativa “que a restrição esteja expressamente admitida na Constituição”. Ainda critica a lei brasileira que, assim como ocorreu com a infiltração de agentes, não disciplinou suficientemente o instituto, apenas exigindo prévia e motivada decisão judicial, ao contrário da tendência mundial, a exemplo da França, Alemanha e Itália. Finalmente, conclui que, caso ela seja considerada constitucional, deverá ser aplicado por analogia e no que couber o procedimento previsto na Lei 9.296/96 (SILVA, Eduardo Araujo da. Op. cit., p. 104-105).

¹⁹⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit. p. 123-124.

¹⁹⁵ A aplicação analógica da Lei 9.296/96 seria possível tomando-se por base o artigo 3º do Código de Processo Penal, que a autoriza. Enquanto a interceptação telefônica tem por finalidade captar e apreender conversações telefônicas, na interceptação ambiental, igualmente, objetiva-se captar e apreender conversas entre presentes e ações. Os desejos de ambas caminham num mesmo sentido. São similares. Entretanto, há uma lacuna na legislação quanto à previsão da existência de um procedimento para a interceptação ambiental, nada impedindo que, por analogia, seja utilizado o procedimento da Lei 9.296/96. A interceptação ambiental assim estaria sujeita aos seguintes requisitos: só poderá ser utilizada em investigação criminal ou instrução processual penal; seu deferimento está condicionado à demonstração de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão; será necessário demonstrar a necessidade e indispensabilidade do monitoramento eletrônico, sendo que essa prova não poderá ser obtida por nenhum

O Supremo Tribunal Federal, adotando o segundo posicionamento, entendeu que não há inconstitucionalidade ou irregularidade na interceptação ambiental desde que exista autorização judicial e seja para a produção de prova em investigação criminal ou instrução processual penal, podendo ela inclusive ser utilizada em procedimento administrativo disciplinar contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos os elementos probatórios, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam surgido a partir dessa prova (STF, Inq 2424/RJ).^{196 197}

3.5 INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Em vários países há previsão da interceptação telefônica como instrumento para a investigação criminal. Assim, a título exemplificativo, ocorre na Argentina¹⁹⁸, Colômbia¹⁹⁹, Inglaterra²⁰⁰, Itália²⁰¹ e Portugal²⁰².

outro meio; dependerá de circunstanciada autorização judicial e estará resguardada pelo sigilo; o prazo será de 15 dias, admitida a prorrogação por igual prazo (CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 79-80).

¹⁹⁶ “7. PROVA. Criminal. Escuta ambiental. Captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. Meio probatório legalmente admitido. Fatos que configurariam crimes praticados por quadrilha ou bando ou organização criminosa. Autorização judicial circunstanciada. Previsão normativa expressa do procedimento. Preliminar repelida. Inteligência dos arts. 1º e 2º, IV, da Lei nº 9.034/95, com a redação da Lei nº 10.217/95. Para fins de persecução criminal de ilícitos praticados por quadrilha, bando, organização ou associação criminosa de qualquer tipo, são permitidos a captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, bem como seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. 8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito deste local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão (STF, Inq 2.424/RJ).”

¹⁹⁷ Scarance Fernandes afirma que a admissão do princípio da proporcionalidade pela maior parte da doutrina e dos tribunais tem servido para justificar a constitucionalidade de normas como o inciso IV do artigo 2º da Lei 9.034/95, que prevê a interceptação ambiental, com o argumento da excepcionalidade e necessidade para a apuração de crimes organizados. Todavia, por invadirem sobremaneira as vidas privadas das pessoas investigadas, certas medidas – como as instalações de microfones ou outros artefatos em residências ou outros locais de uso particular para gravar vozes e imagens com a captação de diálogos e a filmagem das pessoas e de seus atos – devem ser vistas com muita reserva. Trata-se de grave restrição que, se eventualmente admitida, deverá estar cercada de maiores cuidados. Não basta, para este fim, a previsão de autorização judicial, como consta da lei (SCARANCA FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 24-25).

¹⁹⁸ Na Argentina há previsão na Lei 25.520/2001, a qual prevê os seguintes requisitos: autorização judicial com instruções precisas e detalhadas (critica-se a subjetividade da lei, ao possibilitar ao juiz o estabelecimento de regras para a conduta dos agentes encarregados da interceptação); indicação precisa de números; sigilo; prazo não maior que 60 dias prorrogáveis por mais 60 dias, sendo que, uma vez terminado o prazo, se não houver processo criminal imediato para incriminação dos investigados, as gravações deverão ser apagadas ou destruídas; o DOJ – *Dirección de Observaciones Judiciales* – é o único órgão do Estado competente para e capaz de efetuar as atividades de interceptação telefônica. A doutrina argentina distingue a observação, a intervenção e a interceptação. A observação consiste em tomar conhecimento do destino da comunicação, da identidade do destinatário da comunicação, mas não permite o conhecimento do conteúdo da referida

Paula Andrea Ramírez Barbosa, ao comentar o instituto da interceptação telefônica previsto no artigo 235 do CPP colombiano, pondera que:

Su eficacia resulta manifiesta, y como se ha evidenciado en la práctica es uno de los instrumentos que más se usa para luchar contra el crimen organizado. A través

comunicação, sendo que, ainda que o observador tome conhecimento do conteúdo, este fica secreto, ou seja, é uma escuta sem registro. Na intervenção ocorre o conhecimento do conteúdo da conversação com sua gravação em suporte físico e possibilidade de ser reproduzida posteriormente. Para a interceptação há dois significados: um primeiro que significa impedir a comunicação de uma pessoa por qualquer meio e, um segundo significado, mais usual, referente ao conhecimento da comunicação que outras pessoas mantêm privativamente pelo telefone, como no caso da legislação brasileira. Em que pese a legislação argentina utilizar o termo *interceptación*, há possibilidade de o juiz, ao determinar a atividade, limitá-la somente à observação (VILARDI, Rodrigo Garcia; GÍDARO, Wagner Roby. Op. cit., p. 81-83).

¹⁹⁹ De acordo com o artigo 235 do CPP, o fiscal (equivalente, no Brasil, ao promotor de justiça) poderá ordenar, por escrito e motivadamente, a interceptação das comunicações telefônicas, radiofônicas e similares, pertinentes à persecução, com a finalidade de conseguir elementos probatórios da prática delitiva. Proíbe-se, de forma absoluta, a interceptação das comunicações do defensor. O prazo da interceptação é de até 3 meses prorrogável por igual período, a juízo do fiscal, se subsistirem motivos para tanto. Observa-se assim, que na lei colombiana, a interceptação telefônica independe de autorização judicial. No entanto, de acordo com o artigo 237 do CPP, no prazo de 24 horas seguintes à realização da ordem de interceptação, o fiscal deverá comparecer perante o juiz de garantias para audiência de revisão de legalidade, em que o juiz decidirá sobre a validade do procedimento ordenado pelo fiscal. Conforme artigo 192 do CP, é crime a violação ilícita das comunicações telefônicas (LEÃO DE SOUZA, Diego Fajardo Maranhã; MACHADO, André Augusto Mendes. Op. cit., p. 107-108).

²⁰⁰ A interceptação telefônica ocorre por ordem fundamentada do Secretário de Estado, desde que ela seja necessária e proporcional ao objetivo pretendido, sendo que diversas autoridades podem se dirigir ao Secretário solicitando a expedição de um mandado que autorize a medida, dentre as quais, as que estão ligadas aos órgãos de investigação policial. O *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* diz que a interceptação pode ocorrer no interesse da segurança nacional, para prevenir ou detectar crimes graves, para proteger o bem estar econômico do Reino Unido ou em razão de acordo internacional de colaboração no combate a crimes graves, sendo o prazo de duração variável, conforme a hipótese, de 3 a 6 meses, podendo haver sucessivas prorrogações. É medida excepcional cabível desde que a investigação não possa ser realizada com igual eficiência por outros meios (PEREIRA, Fábio Franco; HÖHN JUNIOR, Ivo Anselmo. Op. cit., p. 224-225).

²⁰¹ As principais peculiaridades que existem no sistema italiano são: a) há um rol de crimes que admitem a medida no artigo 266 do CPP; b) nos termos do artigo 267 do CPP, em caso de urgência, o próprio Ministério Público pode decretar a medida que, no prazo de 24 horas, deverá ser comunicada ao juiz para convalidá-la ou não; c) a execução da interceptação ocorre em aparelhagem instalada na Procuradoria da República (art. 268 do CPP); d) de acordo com o art. 270 do CPP, há a impossibilidade de utilização dos dados captados na interceptação em outros procedimentos, salvo na hipótese de tratar-se de processo para a apuração de crime em que a prisão em flagrante é obrigatória (VAGGIONE, Luiz Fernando; SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães. Op. cit., p. 247).

²⁰² Está prevista no artigo 187.º e seguintes do CPP português. Só pode ser determinada por ordem judicial e há um rol de crimes que a admitem, dentre os quais, os puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; relativos ao tráfico de estupefacientes; contrabando; injúria, ameaça, perturbação da paz e do sossego, quando cometidos por meio de telefone; terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada e associações criminosas do art. 299.º do CP. Alguns destaques: deve ser avaliada a efetiva necessidade da medida (princípio da proporcionalidade); não é possível proceder a interceptação das conversas do defensor com seu cliente, salvo se houver fundadas razões para crer que elas são objeto ou elemento de crime; qualquer pessoa que tenha sido interceptada poderá examinar o auto de transcrição, inteirar-se das gravações e adquirir cópias, à sua custa, dos elementos obtidos. O art. 190.º prevê a aplicação da sistemática das interceptações telefônicas para a interceptação de correio eletrônico, de telemática e à interceptação ambiental. Em relação aos chamados “conhecimentos fortuitos”, obtidos por intermédio de uma interceptação telefônica legalmente admissível, mas sobre fatos diversos dos que a fundamentam, só serão admissíveis se disserem respeito eles mesmos a um dos crimes do rol que admitem a interceptação (GEMAQUE, Silvio César Arouck; RUSSO, Luciana. Op. cit., p. 292-294).

de los operativos e investigación judicial, las autoridades competentes logran diseñar estrategias de interceptación encaminadas a esclarecer los hechos y detectar presuntos responsables. Pese a ello, su práctica debe ajustarse al respeto de los derechos y garantías establecidas por el legislador y que implican la menor injerencia en las esferas íntimas del ciudadano, salvo casos de evidente conexidad con el delito.

(...)

El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la Constitución. El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal.²⁰³

No Brasil²⁰⁴, o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal prevê a possibilidade de violação das comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Este dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 9.296/96, que no artigo 2º exige que haja indícios razoáveis da autoria ou participação (*fumus bonis iuris*) em infração penal punida com reclusão (requisito da proporcionalidade em sentido estrito) e que a prova não possa ser feita por outros meios disponíveis (requisito da necessidade, da alternativa menos gravosa ou da subsidiariedade), além de que deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. Evidentemente que, por se tratar de medida cautelar, cujo objetivo é analisar a conversação entre investigados, o *periculum in mora* também deverá ser avaliado pelo juiz.

²⁰³ RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. Op. cit., p. 86.

²⁰⁴ Embora no Brasil a interceptação telefônica não seja um instrumento específico para a apuração da criminalidade organizada, ela tem demonstrado ser eficiente para a investigação de crimes praticados por organizações criminosas. Segundo Mendroni: “Estatísticas revelam que algo em torno de 20% das interceptações e escutas telefônicas chegam a resultados satisfatórios, considerando que as pessoas envolvidas com a criminalidade organizada ou grave evitam conversas por telefone ou em locais que reputam não serem seguros. Entretanto, ainda assim, estudadas as propostas de medidas investigativas, acaba se tornando uma importante ferramenta para a obtenção de prova. Obtida a prova legalmente, dificilmente pode ser contestada em seu conteúdo” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 122). No mesmo sentido Conserino: “Trata-se de excelente recurso de investigação através do sistema de vigilância eletrônica. Monitoram-se redes e organizações criminosas, identificam-se os agentes responsáveis pelos crimes, identificam-se contas bancárias através de diálogos interceptados, detectam-se as ações de cada integrante da organização criminosa; enfim, descobre-se o *modus operandi* com todas as ramificações e articulações do crime organizado” (CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 145). A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XII, na ponderação entre a intimidade e a vida privada de uma pessoa diante de suas comunicações telefônicas e a atividade de persecução penal do Estado, deu prevalência a esta última, já que, do contrário, estaria sobrevalorizando o interesse de uns em detrimento do interesse de muitos.

Importante destacar que, apesar da previsão constitucional da interceptação telefônica, até o surgimento da Lei nº 9.296/96, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era no sentido da impossibilidade de interceptação telefônica, mesmo com autorização judicial, em investigação criminal ou instrução processual penal, em face da não recepção do artigo 57, inciso II, da Lei nº 4.117/62 – Código Brasileiro de Telecomunicações – e a ausência de lei regulamentadora do artigo 5º, XII, originando, em consequência, a produção de prova inválida (STF, HC 73351/SP).

Muitas críticas, no entanto, têm sido feitas a vários dispositivos da Lei nº 9.296/96, a começar pelo parágrafo único do artigo 1º, que estendeu a aplicação da lei “à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”, o que, segundo boa parte da doutrina, teria ampliado demasiadamente o alcance da norma constitucional prevista no artigo 5º, XII, comprometendo sua validade.

Não se desconhece que, hodiernamente, um dos meios de comunicação mais utilizados pelas pessoas é o *e-mail*²⁰⁵, sigla de *eletronic-mail*, que em português significa correio eletrônico. Através dele as pessoas podem se comunicar facilmente, ainda que em países ou continentes diversos, bastando apenas estarem conectadas à internet. Evidentemente, que ele também pode ser utilizado pelas organizações criminosas ao praticarem crimes, por exemplo, capturando senhas de contas bancárias.

Entre os crimes mais cometidos pela internet, pode-se citar o furto pela *internet banking*, estelionato (*phising* – subpáginas em *e-mail* que possibilitam ao *hacker* subtrair os dados, senha ou outras informações), pedofilia, etc. Neste sentido, mediante determinação judicial, a quebra de sigilo de *e-mail* pode servir para demonstrar o conluio entre integrantes de diversas organizações criminosas, para se descobrir o *modus operandi* dos agentes e todos os desmembramentos da organização, sendo complementar ou acessória em relação à interceptação telefônica. Com amparo na Lei nº 9.296/96, pode-se admitir a interceptação de comunicações via fax e mensagens de texto de telefones celulares e, através da aplicação analógica do artigo 1º, parágrafo único²⁰⁶, a interceptação de mensagens divulgadas pelos

²⁰⁵ O *e-mail* é um processo que permite elaborar, confeccionar, enviar, encaminhar e receber mensagens através de sistemas eletrônicos de comunicação. A expressão *e-mail* vale tanto para os sistemas que utilizam a internet com base no protocolo SMTP, como para os sistemas conhecidos como *intranets* que permitem a troca de mensagens dentro de uma empresa ou organização (CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 153).

²⁰⁶ Artigo 1º, parágrafo único da Lei 9.296/96: “O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.” Informática é o conjunto de conhecimento técnico e científico propalado através de computadores, enquanto telemática consiste na utilização e divulgação dos dados informáticos. A telemática é uma ciência que trata da manipulação de dados e informações, conjugando o computador e sistemas de informática com os meios de comunicação telefônicos ou não. A interceptação das

sistemas *Twitter*, *Facebook* e *Myspace*, redes sociais de comunicação, permuta de informações, fotografias e perfis dos usuários.²⁰⁷

Em relação às comunicações realizadas em *sites* de conversação em tempo real ou redes sociais de comunicação, quando as conversas forem de “livre acesso ao público”, a apreensão das comunicações independerá de autorização judicial.

Com a interceptação, os provedores de internet fornecem os *logs* de dados de acesso, que constituem os registros dos eventos de um sistema computacional, propiciando a descoberta do IP do computador do usuário (*internet protocol*) e assim, é possível identificar a máquina utilizada para enviar os *e-mails*, pois o IP nada mais é do que o conjunto de números que representa o local de um equipamento em uma rede pública ou privada. O armazenamento destes *logs* (documentos enviados e recebidos pelo usuário) é de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, em alguns servidores, a informação fica resguardada por meses.²⁰⁸

Conserino, reclamando da falta de uma legislação adequada no Brasil para tratar do assunto, assim se manifesta:

Ocorre, todavia, que há uma grande dificuldade em obter informações dos servidores, porquanto não há legislação positiva no ordenamento jurídico brasileiro que obrigue o armazenamento e a preservação das informações e, em caso de desrespeito, impinja uma pena. Certo, outrossim, que a dificuldade principalmente se majora quando o provedor é *estrangeiro*, à medida que as informações estão em outro país e muitas vezes falta cooperação.

Os provedores de acesso deveriam ser obrigados a guardar os dados por três anos, no entanto não temos lei. E se não tivermos o apoio ou consenso, não conseguiremos as informações, apesar da autorização judicial. Assim emerge um grande obstáculo quando os integrantes de uma organização criminosa usem provedor estrangeiro, já que geralmente não se preserva a informação por um período razoável para fins investigatórios.

É lamentável, pois, que apesar de ordem judicial para o conhecimento das informações contidas no *e-mail*, os servidores não preservem as informações, e à falta de Lei nada se pode fazer. Destarte fica uma questão: como concretizar este mecanismo de combate ao crime organizado se as informações estão em outro país e não há na legislação doméstica, meios ou modos para obrigar o encaminhamento das informações contidas no *e-mail*. Na Europa e nos EUA, por outro lado, há uma regulamentação específica e uma padronização acerca das interceptações de *e-mail*, de modo a torná-las verdadeiramente eficazes.²⁰⁹

De qualquer forma, conforme acima referido, discute-se quanto à constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96. Por um lado, pode-se

comunicações telemáticas requer o preenchimento dos requisitos da Lei 9.296/96 e pode ocorrer simultaneamente com a interceptação das comunicações telefônicas (CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 157).

²⁰⁷ Id. Ibid. p. 154.

²⁰⁸ Id. Ibid. p. 154.

²⁰⁹ CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 154-155.

dizer que a interceptação de *e-mail* é inconstitucional, uma vez que o artigo 5º, XII da Constituição Federal só previu a interceptação das comunicações telefônicas, não fazendo qualquer menção à interceptação de endereço eletrônico ou similar, além de que tal dispositivo constitucional, por se tratar de hipótese restritiva de direito, deve merecer interpretação restritiva. Por outro lado, é possível argumentar que, quando da edição da Constituição Federal em 1.988, a informática estava dando os primeiros passos, ainda mais em países taxados como de terceiro mundo. Não se imaginava o tamanho do avanço tecnológico que ocorreria nos anos noventa, principalmente com a disseminação da internet pelo mundo todo. Atento a essa evolução, em 1.996, época da Lei nº 9.296, o legislador, além de regulamentar a interceptação telefônica, estendeu a possibilidade de interceptação ao fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, nos termos do parágrafo único do artigo 1º. Valeu-se o legislador de uma interpretação progressiva e histórica, seguindo o desenvolvimento da tecnologia, que não é estática ou imóvel, e colocando-se assim de acordo com as transformações ocorridas ao longo do tempo^{210 211}.

Quando a Lei nº 9.296/96, no artigo 2º, I, exige “indícios razoáveis” da autoria ou participação em infração penal, isso significa que não serão suficientes “meras suspeitas” sem amparo fático ou conjecturas desvinculadas da realidade. Há necessidade de vinculação de alguém a fato criminoso específico. Não está a lei exigindo prova segura de autoria ou participação, mas notícias indiretas ou ilações de outros fatos que autorizem a conclusão de que está envolvido com o crime apurado. Serão assim necessários elementos indicativos de que o investigado praticou ou está praticando um crime ou participa de sua execução, sendo oportuno lembrar que, muitas vezes, os membros das organizações criminosas se escondem nas sombras da clandestinidade para praticar seus crimes, o que, aliado a “lei do silêncio” que impera nas organizações, dificulta a obtenção da prova quanto a suas participações.²¹²

Atinente ao requisito da necessidade, da alternativa menos gravosa ou da subsidiariedade exigido pelo artigo 2º, II, no sentido de que a interceptação telefônica

²¹⁰ Id. Ibid. p. 157-158.

²¹¹ Permite-se então a utilização do sistema de interceptação de comunicação por rádio, de mensagens por correio eletrônico (*e-mail*), e por programas de computador, do tipo *msn* ou *skype*. A Internet, por sua natureza, globaliza a comunicação e a cada dia incentiva-se e incrementa-se a sua utilização, por ser rápida e eficiente. Evidentemente que também as comunicações criminosas passam por este meio e, uma vez que a Polícia conheça este fato, nada impede, ao contrário, tudo favorece, seja utilizada a interceptação de comunicação realizada através de *e-mails*, que evidentemente também exigindo autorização judicial, tem a grande vantagem de já conter os dados transcritos simplesmente pela impressão, ao contrário das conversas por telefone que requerem gravação de fitas ou CD-ROMs – conforme o método utilizado (MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit. p. 120).

²¹² SILVA, Eduardo Araujo da. Op. cit., p. 97-98.

somente deve ser deferida quando a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis, deverá o juiz frente a um caso concreto verificar todas as demais formas aptas a atingir o resultado buscado pela interceptação telefônica, para apenas depois concluir pela sua possibilidade como meio necessário para obtenção da prova pretendida. A interceptação telefônica deve ser vista como *ultima ratio* probatória, como o último meio a ser utilizado, mesmo que a gravidade do fato investigado possa aparentemente justificá-la. Se qualquer dos meios pesquisados for menos gravoso e suficiente para a finalidade buscada pela investigação, a violação dos direitos através da interceptação telefônica será tida como desnecessária.²¹³ Deve-se, por outro lado, ponderar que não se trata de tarefa simples para o juiz avaliar, em cada hipótese, se há outro meio igualmente eficaz para se atingir o objetivo visado com a interceptação, fazendo com que ele decida amparado nos meios que são de seu conhecimento. De qualquer forma, a excepcionalidade da medida de interceptação telefônica não pode ser desvirtuada a ponto de a ela se recorrer por comodidade, sem antes exaurir outros meios de obtenção da prova.

No que se refere ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito previsto no artigo 2º, III, da Lei nº 9.296/96, que autoriza a interceptação telefônica a todos os crimes apenados com reclusão²¹⁴, critica-se a lei em razão dela ter ampliado em demasia a utilização da interceptação telefônica, uma vez que se trata de medida constitucional excepcional que deveria ter sido disciplinada restritivamente pelo legislador apenas para investigação de crimes graves. Não se justifica a utilização da interceptação telefônica para a investigação de muitos crimes punidos com reclusão, podendo-se inclusive questionar a constitucionalidade da medida diante do princípio da reserva legal proporcional. Por outro lado, a medida que poderia ser necessária, acaba não sendo possível para a investigação de infrações como a contravenção do jogo do bicho ou para crimes de ameaça ou injúria praticados por telefone. Talvez a opção legislativa mais acertada, a exemplo do que já ocorre no artigo 187º do CPP

²¹³ Id. Ibid. p. 98. Conserino, ao se pronunciar acerca da prorrogação da interceptação telefônica, expõe que: “Há de haver, conforme preceito legal, demonstração da indispensabilidade do meio de prova e tal demonstração não pode ser objeto de exegese rígida ou inflexível, sob a pena de inviabilizar toda a diligência. Havendo, portanto, indicação plausível da autoridade policial ou do responsável pela diligência no que concerne à necessidade da manutenção da diligência, robustecida pela explicação ou transcrição de algumas conversas comprometedoras, é o quanto basta para a continuidade. Os pedidos de renovação ficam em apenso aos autos principais da interceptação” (CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 151).

²¹⁴ Conserino acrescenta que, em tese, nos moldes da lei, é possível a interceptação telefônica de um crime apenado com reclusão em concurso com algum crime apenado com detenção, como por exemplo, algum crime da lei de licitações (8.666/93) em concurso com o crime de quadrilha, sob o argumento de que, quando há concurso de crimes apenados com reclusão e detenção, a fim de resguardar a ampla defesa, costuma-se seguir o procedimento ordinário, que é mais vasto e complexo (CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 147).

português e 266 do CPP italiano, fosse a adoção de um rol de infrações que pudessem admitir a utilização da interceptação telefônica.

Em relação ao parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 9.296/96, que exige a descrição com clareza da situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada, caberá ao juiz que autorizar a interceptação delimitar os seus precisos termos, não permitindo o uso desmedido da interceptação para a investigação de fatos desconexos ao que se está apurando ou ligados a terceiros estranhos à investigação, além de que a medida somente deve ser permitida para a apuração de infrações penais já ocorridas ou ainda em andamento, não se autorizando que ela se preste para a apuração de fatos que ainda nem iniciaram a sua execução, como uma forma de se prevenir a ocorrência de alguma infração.

O procedimento para interceptação telefônica também vem disciplinado na Lei nº 9.296/96, sendo que o artigo 5º diz que a medida “não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”, o que levou à discussão se a lei possibilitaria apenas uma renovação do prazo. Se fosse prevalecer essa posição, a interceptação telefônica seria na grande maioria dos casos ineficaz para a apuração dos crimes praticados por organizações criminosas, que em razão de sua complexidade exige longos períodos de investigação. Felizmente, tem prevalecido o entendimento que o juiz pode autorizar tantas prorrogações quantas forem necessárias para a investigação. Toda essa discussão acerca do significado da expressão “uma vez”, poderia ter sido evitada se existisse uma vírgula após a palavra “tempo”.

Conserino busca sintetizar os diversos posicionamentos existentes na jurisprudência nos seguintes termos:

O Superior Tribunal de Justiça, consoante recente orientação adotada pela 6ª Turma, no HC 76.686/PR prestigiou três interpretações possíveis para a prorrogação: 1) máximo de 30 dias (15 prorrogáveis uma vez por igual período, consoante redação literal do art. 5º da Lei 9.296/96); 2) de 60 dias (prazo máximo possível para a medida em caso de decretação de Estado de Defesa, cf. art. 136, § 2º da Carta Política de 1988; ou 3) pelo prazo necessário à elucidação das investigações, desde que ele não exceda o princípio da razoabilidade e, necessariamente, a imperiosidade das sucessivas prorrogações seja exaustivamente fundamentada (STJ, HC 116375/PB).

Já o Supremo Tribunal Federal entendeu que o texto legal não limitou o número de prorrogações e permitiu, assim, a prorrogação do grampo telefônico, desde que o pedido de renovação da interceptação telefônica viesse acobertado pelo atributo da necessidade ou indispensabilidade da continuação deste meio de prova (STF, RHC 88.371/SP).

Afinal, nem poderia deixar de ser diferente, uma vez que é absolutamente impossível impor período temporal para o desfecho de uma diligência tal qual a interceptação telefônica. Invariavelmente, investigações bem-sucedidas são ornamentadas por períodos longos de monitoramento entre inúmeros interlocutores

e com um sem número de eventos, especialmente em se tratando de organizações criminosas cuja complexidade é singular...

...O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou positivamente em relação à possibilidade das numerosas e sucessivas interceptações, mormente quando o fato seja complexo a exigir investigação diferenciada e contínua (STF, HC 83.515/RS). E, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça manteve o mesmo posicionamento escorando-se, sobremodo, na questão da necessidade da prorrogação. Assim decidiram: *nos autos, devido à complexidade da organização criminosa, com muitos agentes envolvidos, demonstra-se, em princípio, a necessidade dos diversos pedidos para prorrogação das interceptações telefônicas. Tal fato, segundo o Min. Relator, não caracteriza nulidade, uma vez que não consta da Lei 9.296/1996 que a autorização para interceptação telefônica possa ser prorrogada uma única vez; o que exige a lei é a demonstração da sua necessidade. De igual modo, assevera que a duração da interceptação telefônica deve ser proporcional à investigação efetuada. No caso dos autos, o prolongamento das escutas ficou inteiramente justificado porquanto necessário à investigação. Com este entendimento, a Turma ao prosseguir o julgamento, denegou a ordem, pois não há o alegado constrangimento ilegal descrito na inicial* (STJ, HC 133.037-GO).²¹⁵

Ainda em relação ao prazo de quinze dias da interceptação telefônica, evidentemente que se trata de prazo corrido, sem interrupção, e incluindo-se sábados, domingos e feriados. Importante consignar que, para que não ocorra sobrestamento da medida, é salutar que o pedido de prorrogação seja feito um ou dois dias antes do término do prazo, sendo que tal pedido deve vir instruído de relatórios fundamentados e circunstanciados, inclusive com alguns trechos significativos e incriminadores das conversas captadas, a fim de se demonstrar que há necessidade de que a medida continue.

Nos parágrafos 1º e 2º do artigo 6º da Lei nº 9.296/96 constam que em sendo possível a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição e que, uma vez cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas. Questiona-se quanto à necessidade de juntada da degravação do conteúdo integral das interceptações telefônicas, já tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado que é suficiente a transcrição literal e integral das gravações em que se apoiou a denúncia, sendo garantido à defesa acesso a todo o conteúdo sonoro armazenado em meio magnético.²¹⁶

²¹⁵ CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 151-152. Ainda é possível mencionar a seguinte decisão do STF: “É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua (STF, Inq 2.424/RJ).”

²¹⁶ “PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Transcrição da totalidade das gravações. Desnecessidade. Gravações diárias e ininterruptas de diversos terminais durante período de 7 (sete) meses. Conteúdo sonoro armazenado em 2 (dois) DVDs e 1 (hum) HD, com mais de quinhentos mil arquivos. Impossibilidade material e inutilidade prática de reprodução gráfica. Suficiência da transcrição literal e integral das gravações em que se apoiou a denúncia. Acesso garantido às defesas também mediante meio magnético, com reabertura de prazo. Cerceamento de defesa não ocorrente. Preliminar repelida. Interpretação do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96. Precedentes. Votos vencidos. O disposto no art. 6º, § 1º, da Lei federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, só

Outra questão é se a degravação (transcrição) precisa ser feita por peritos oficiais ou se ela pode ser feita pelos próprios policiais, tendo prevalecido o entendimento que não há necessidade dela ser feita por peritos oficiais, pois o parágrafo 1º do artigo 6º da Lei nº 9.296/96 não a exige, e também, porque tal tarefa pode ser feita até mesmo por leigos.²¹⁷

A Lei nº 9.296/96, no artigo 8º, prevê que a interceptação telefônica ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas, com o objetivo de garantir a privacidade do investigado ou de pessoas que tenham participado de forma incidental das gravações. Todavia, este sigilo jamais deve prolongar-se para a fase processual, sob pena de ofensa ao devido processo legal, que compreende o livre acesso das partes aos autos do processo. Apenas em relação a terceiros estranhos ao processo, poderá ser aplicado, por analogia, o disposto no artigo 792, § 1º do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade da audiência, da sessão ou do ato processual ser realizado a portas fechadas, se deles puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem.²¹⁸

Importante observar o acerto do artigo 10 da Lei nº 9.296/96, ao prever como crime a conduta de realizar interceptação telefônica, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, pois que, pouco adiantaria a previsão de uma série de requisitos legais a serem observados em relação à execução da medida, se não houvesse o tipo incriminador para reprimir os abusos.

Atinente à perícia de confronto e autenticidade de voz, conhecida por espectrograma, o Supremo Tribunal Federal tem entendido, em homenagem a garantia contra a auto-incriminação e ao direito ao silêncio, que o réu não está obrigado a fornecer os padrões

comporta a interpretação sensata de que, salvo para fim ulterior, só é exigível, na formalização da prova de interceptação telefônica, a transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer sobre os fatos da causa sub iudice (STF, Inq 2424/RJ)."

"É desnecessária a juntada do conteúdo integral das degravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois bastam que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República) (STF, HC 91207 MC/RJ)."

No mesmo segmento de ideia, o STJ decidiu que é descabida a perícia em todo o material produzido pela autoridade policial quando da interceptação telefônica sob a simples alegação, sem provas, de parcialidade: "A simples alegação, sem provas, de que as investigações policiais estariam eivadas de parcialidade, não tem o condão de desconstituir a presunção de veracidade de que são revestidos os atos praticados por agentes dotados de fé pública. Não é motivo, também, para a realização de perícia em todo o material produzido pela autoridade policial, a fim de apurar eventual "tratamento digital" das gravações, supostamente realizado no intuito de atribuir a autoria de conversas a outros que não seus reais emissores (STJ, HC 30545/PR)."

²¹⁷ CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 150.

²¹⁸ SILVA, Eduardo Araujo da. Op. cit., p. 102.

vocais para subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável.²¹⁹ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, ainda que haja pedido de desistência do exame pericial por parte da defesa, desde que o juiz entenda que a prova é necessária, pode determinar a sua realização, porém assegurando-se ao réu o direito de dela não participar.²²⁰ De qualquer forma, no entanto, caso fundamentadamente requerido o exame de confronto e autenticidade de voz, ele deverá ser feito, ainda mais quando tal pedido tenha partido da defesa e não tenha havido desistência, sob pena de nulidade do processo por violação ao princípio constitucional da ampla defesa.²²¹

Considerando que a interceptação telefônica é possível apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, ela não será cabível, por exemplo, num procedimento em trâmite na Vara de Família visando à constatação de infidelidade do cônjuge, ou no curso de um procedimento administrativo disciplinar com o objetivo de apurar eventual transgressão do servidor público. No entanto, em relação a este último, o STF tem admitido a utilização da prova obtida regularmente através de interceptação telefônica no curso de investigação criminal ou instrução processual penal, para instrução em processo administrativo disciplinar.²²² Por extensão, também tem prevalecido na doutrina e

²¹⁹ O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável (STF, HC 83096/RJ).

²²⁰ Julgando o magistrado ser necessária a perícia de confronto de voz, a despeito do pedido de desistência da defesa, não há ilegalidade na determinação de sua efetivação, ressalvando-se, contudo, o direito de o paciente dela não participar (STJ, HC 25108/RJ).

²²¹ CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit. p. 148-149. O autor, todavia, ressalva que se o investigado estiver identificado na própria gravação da interceptação telefônica, com dados concretos acerca de sua identificação, e as testemunhas sob o crivo do contraditório e ampla defesa corroborarem a sua qualificação, o exame de espectrograma não se mostrará fundamental.

²²² Neste sentido: A cláusula final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal - "... na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal" - não é óbice à consideração de fato surgido mediante a escuta telefônica para efeito diverso, como é exemplo o processo administrativo-disciplinar (STF, RMS 24956/DF).

"Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas (STF, Pet 3683 QO/MG)."

"Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova (STF, Inq 2424 QO-QO/RJ)."

No mesmo sentido, também já se manifestou o STJ: "1. É cabível o uso excepcional de interceptação telefônica em processo disciplinar, desde que seja também observado no âmbito administrativo o devido processo legal, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como haja expressa autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, de sua remessa e utilização pela Administração. 2. São nulos o desenvolvimento de sindicância e a instauração de processo administrativo

jurisprudência a possibilidade de utilização dessa prova para instruir, no juízo civil, a ação civil pública por improbidade administrativa, com base nos mesmos fatos que foram apurados criminalmente.²²³ Deve-se registrar que, em todas essas hipóteses, a utilização da prova emprestada pelo juízo destinatário dependerá de autorização do juízo onde a prova foi produzida.

Ainda em relação à prova emprestada, tem se entendido não haver qualquer irregularidade na utilização de prova emprestada de interceptação telefônica no processo penal, desde que haja autorização judicial neste sentido e que ambas as partes dela tenham ciência e que sobre ela lhes seja oportunizado o exercício do contraditório.²²⁴ Também, caso a prova tenha sido adequadamente produzida no âmbito da Justiça Federal ou Estadual, por Juízo Criminal competente no momento da autorização da interceptação, nada impede que, em havendo alteração da competência, ela possa ser aproveitada no juízo destinatário.²²⁵

3.6 DELAÇÃO PREMIADA

Outra forma de se obter provas de infrações penais praticadas por organizações criminosas é através da colaboração de seus próprios membros, já que têm conhecimento de muitos detalhes que as investigações, por melhor que sejam feitas, muitas vezes não conseguem descobrir. A delação premiada²²⁶ ajuda a romper a “lei do silêncio” imposta aos

disciplinar com base exclusivamente em fita cassete e degravação oriundas de interceptação telefônica, se o envio e a utilização das referidas provas não forem autorizados pelo Juízo Criminal (STJ, RMS 16429/SC).”

²²³ Neste sentido: MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 128-130.

²²⁴ “STJ, HC 93521/SP: 2. É possível a utilização de prova emprestada no processo penal, desde que ambas as partes dela tenham ciência e que sobre ela seja possibilitado o exercício do contraditório. Precedentes. 3. Nessa hipótese, inviável a declaração da nulidade da sentença cujo édito condenatório também se esteou em vasto conteúdo probatório colhido perante o Juízo da causa, servindo a prova emprestada apenas para corroborá-lo. Precedentes. 4. É válida a prova advinda de interceptação telefônica autorizada contra o agente por Juízo diverso buscando apurar outro crime, de idêntica natureza, caso sejam eventualmente colhidos indícios de autoria do delito em apuração na ação penal ora vergastada, notadamente quando lícita a prova originariamente colhida. 5. Reconhecida a validade da utilização da prova emprestada, impossível a declaração da nulidade por derivação das demais provas dela advindas.

²²⁵ Não se mostra ilícita a prova colhida mediante interceptação telefônica, se evidenciado que, durante as investigações pela Polícia Federal, quando se procedia à diligência de forma regular e em observância aos preceitos legais, foram obtidas provas suficientes para embasar a acusação contra os Pacientes, sendo certo que a posterior declinação de competência do Juízo Federal para o Juízo Estadual não tem o condão de, por si só, invalidar a prova até então colhida. Precedentes do STF e do STJ (STJ, HC 56222/SP).”

²²⁶ Nos Estados Unidos há a barganha penal (*plea bargain*), onde o Ministério Público tem amplos poderes transacionais e cabe a ele formular os termos da proposta ao acusado, o qual, aceitando ‘testemunhar’ em favor da acusação, é incluído num *witness profession program*, em que poderá usufruir de uma nova identidade, alojamento, dinheiro e outra profissão (SILVA, Eduardo Araujo da. Op. cit., p. 78). Ainda em relação aos Estados Unidos, o acordo entre o Ministério Público e a defesa será submetido a homologação judicial, sendo que o juiz, antes de homologá-lo, deverá dirigir-se publicamente ao acusado para verificar a voluntariedade de

membros das organizações criminosas e é estimulada através da oferta de benefícios ao corréu, como por exemplo, o perdão judicial e a redução da pena em relação ao crime delatado, desde que preenchidos os requisitos legais para sua concessão. Embora a delação do corréu seja mais comum durante a investigação criminal, nada impede que ela também ocorra durante a instrução processual. Através dela, coautores poderão vir a ser presos e outros crimes evitados.

Segundo Mendroni:

Ao que tudo indica, a delação premiada encontra a sua origem no “Acordo” de vontade entre as partes, mas sem ser “acordo” propriamente dito revela sua característica e como tal opera efeitos. Não pode ser considerado acordo porque envolve a decisão por uma terceira parte – o Juiz, que não participa da “negociação”. A situação da revelação dos dados existe entre o acusado, diretamente ou por seu advogado, com o Promotor de Justiça e, ainda que com a expressa concordância por parte deste, a decisão final caberá ao Juiz, por conceder ou não algum benefício como troca.

Sua natureza decorre, entendemos, da aplicação do chamado “Princípio do Consenso”, que, variante do Princípio da Legalidade, permite que as partes entrem em consenso a respeito do destino da situação jurídica do acusado que, por qualquer razão, concorda com a imputação. No Brasil, pelo teor da legislação, esta aplicação do Princípio do Consenso pode atingir aquele que colaborou eficazmente com a administração da justiça.²²⁷

Desde já, é necessário registrar que a delação premiada não se confunde com a chamada colaboração processual. A delação premiada é instituto de direito material com consequências penais que, em regra, são o perdão judicial ou a redução da pena, sendo concedida privativamente pelo juiz. Na colaboração processual, também denominada cooperação processual (processo cooperativo), que é figura de direito processual, o acusado confessa seus crimes e impede que outros venham a ser praticados, ainda durante a etapa da investigação criminal (colaboração preventiva), e auxilia a Polícia a coletar provas contra os demais envolvidos no crime, possibilitando assim suas prisões (colaboração repressiva), cabendo ao Ministério Público, mediante análise prévia acerca das vantagens decorrentes, assumir o compromisso com o colaborador de, por exemplo, dispor da ação penal. A colaboração processual foi introduzida na legislação brasileira pelo artigo 32, § 2º da Lei nº 10.409/02²²⁸, a qual posteriormente acabou sendo integralmente revogada pela Lei nº

suas palavras, ou seja, se não são oriundas de coação ou promessas feitas pelo Ministério Público que não possam ser cumpridas (BECHARA, Fábio Ramazzini; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Op. cit., p. 163).

²²⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 81.

²²⁸ Art. 32, § 2º da Lei 10.409/02: “O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância

11.343/06, que não voltou a prever o instituto. Sendo assim, atualmente inexistente no direito brasileiro a colaboração processual.²²⁹ A colaboração processual²³⁰, ocorrendo na fase investigatória, possibilitava o arquivamento do inquérito policial, ou a redução da pena quando da sentença, a depender do maior ou menor grau de colaboração. No caso de redução da pena, a ação penal seria promovida, porém o compromisso de redução da pena era registrado em acordo entre o Ministério Público e a defesa, assim como constaria da própria denúncia.

A delação premiada apareceu na legislação brasileira com o artigo 7º da lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90) que inseriu o § 4º no artigo 159 do Código Penal permitindo a redução de um a dois terços da pena ao corréu do crime de extorsão mediante sequestro, praticado em quadrilha, que delatasse os fatos à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado. Com a Lei nº 9.269/96, essa hipótese de delação premiada deixou de exigir

ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.” Tal dispositivo era complementado pelo artigo 37, inciso IV que previa que “o Ministério Público poderá deixar, justificadamente, de propor ação penal contra os agentes ou partícipes do delito”. Eduardo Araujo da Silva ao comentar os artigos disse que, preliminarmente, o emprego da expressão “processo” no artigo 32, § 2º foi equivocado, pois o dispositivo trata da colaboração na fase pré-processual, sendo que o correto seria o emprego da expressão “sobrestamento do inquérito ou da investigação”, já que a colaboração na fase processual estava disciplinada no § 3º do mesmo artigo. O autor ainda criticava a singeleza com que o instituto da colaboração processual foi tratado pela lei, a qual não previa, por exemplo, como se daria a formalização do acordo nem seu conteúdo. O tratamento simplório da lei era incompatível com a magnitude do instituto, em afronta ao princípio da legalidade (SILVA, Eduardo Araujo da. Op. cit., p. 81).

²²⁹ Em vários outros países há previsão da colaboração processual. À título exemplificativo, na Colômbia está prevista no artigo 324.5 do Código de Processo Penal e autoriza o fiscal (no Brasil equivalente ao membro do Ministério Público) a suspender ou interromper a persecução penal ou renunciar a ela quando o acusado colaborar eficazmente para evitar a consumação do delito ou a realização de outros, ou fornecer informações essenciais à desarticulação de grupos de delinquência organizada (LEÃO DE SOUZA, Diego Fajardo Maranhã; MACHADO, André Augusto Mendes. Op. cit., p. 114). Na Espanha, são tecidas várias críticas ao instituto da *conformidad* (conformidade ou concordância em português). Neste sentido: VILAR, Silvia Barona. **La conformidad en el proceso penal y la justicia negociada**. In: *La Criminalidad Organizada ante la justicia*, p. 85-106.

²³⁰ Mário Sérgio Sobrinho enumera uma série de questionamentos em relação à colaboração processual que, em certos termos, também se aplicam à delação premiada: a) desprezo ao limite ético da intervenção dos órgãos da Polícia, do Ministério Público e do juiz, além da possibilidade de violação do princípio da dignidade da pessoa humana, já que, na busca por eficiência e por provas, policiais e membros do Ministério Público correm o risco de ultrapassar este limite caso empreguem ou permitam o emprego da tortura moral ou física, ou façam promessas que não possam ser cumpridas, pois o juiz não está obrigado a conceder os benefícios decorrentes da colaboração processual, até porque não participou da formalização dela; b) risco de se beneficiar os líderes das organizações criminosas, pois somente eles têm conhecimento de informações úteis à investigação e ao processo, além de incentivar que alguns exponham apenas verdades parciais em troca de vantagens pessoais; c) necessita de minuciosa regulamentação e não deve ser supervalorizada, a fim de não se estimular o cometimento de excessos durante seu emprego e transformá-la em “rainha das provas”, semelhantemente à confissão no período da inquisição; d) a credibilidade do instituto está diretamente vinculada à necessidade da existência da confissão do colaborador, pois, sem que ele admita a prática delitiva, é impossível extrair convencimento de suas palavras, sendo que essas informações são prestadas no seu interrogatório, onde não se compromete em falar a verdade e não está obrigado a apresentar prova que lhe prejudique; e) a colaboração processual, durante o período em que vigorou a Lei 10.409/02, não estimulou o surgimento de outros textos legais que adotassem o instituto, talvez diante da multiplicação de dispositivos legais reguladores da delação premiada (SOBRINHO, Mário Sérgio. Op. cit., p. 46-49).

que o crime de extorsão mediante sequestro tenha sido praticado por quadrilha e passou a permiti-la quando do mero concurso de pessoas. Também a Lei nº 8.072/90, no artigo 8º, parágrafo único previu a possibilidade de delação premiada ao participante da quadrilha que a denunciar à autoridade, possibilitando seu desmantelamento.

Posteriormente, várias outras leis também passaram a prever o instituto da delação premiada: art. 16, parágrafo único da Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo)²³¹, art. 6º da Lei nº 9.034/95 (lei do crime organizado)²³², art. 25, § 2º da Lei nº 7.492/86 introduzido pela Lei nº 9.080/95 (crimes contra o sistema financeiro nacional)²³³, art. 1º, § 5º da Lei nº 9.613/98 (crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores)²³⁴, arts. 13 a 15 da Lei nº 9.807/99 (lei de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas e de proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração)²³⁵, art. 41 da Lei nº 11.343/06 (lei de

²³¹ Art. 16, parágrafo único da Lei 8.137/90: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).”

²³² Art. 6º da Lei 9.034/95: “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.” Neste caso, houve uma impropriedade terminológica na lei, já que a redação mais adequada seria “nos crimes praticados por organização criminosa” ao invés de “em organização criminosa”, que dá a ideia de que a lei está a se referir ao crime praticado no âmbito espacial da organização criminosa, o que, evidentemente, não foi o objetivo da lei.

²³³ Art. 25, § 2º da Lei 7.492/86: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).”

²³⁴ Art. 1º, § 5º da Lei 9.613/98: “A pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

²³⁵ Lei 9.807/99: Art. 13: “Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único: A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.”

Art. 14: “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).”

Art. 15: “Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. § 1º. Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos. § 2º. Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei. § 3º. No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.”

drogas)²³⁶. Os diplomas legais retro citados foram generosos em utilizar expressões sinônimas para se reportar à delação, porém o certo é que a sua finalidade é premiar o autor, coautor ou partícipe de delito que colaborou com a autoridade policial ou judicial e permitiu que fossem apuradas eficazmente a infração penal e sua autoria.

Sem entrar no mérito de cada dispositivo legal que prevê a delação premiada, pode-se dizer que genericamente o instituto possui os seguintes requisitos: a) necessidade da existência de uma delação, em que o agente descreve o modo de agir da organização criminosa e quem são seus membros; b) voluntariedade/espontaneidade: a maioria das hipóteses legais exige a espontaneidade, que significa que além de ser voluntária (ter ocorrido sem a intervenção humana), ainda precisa partir do próprio delator, de livre vontade, sem a instigação ou induzimento de terceiros. No entanto, a exemplo do que ocorre nos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99 e 41 da Lei nº 11.343/06, em havendo apenas a menção a voluntariedade, nada impede que a delação ocorra mediante instigação ou induzimento pela vítima ou terceiro; c) a delação precisa ter contribuído decisivamente para a elucidação dos crimes, incluindo identificação dos autores ou ainda, eventualmente, a recuperação do produto do crime.

Conforme acima referido, a delação premiada pode ocorrer durante o inquérito policial ou durante a instrução processual, sendo, no entanto, mais comum que ocorra durante o primeiro. No que se refere ao momento da delação premiada na fase processual, há duas posições: uma que entende que ela deve ocorrer até o interrogatório do réu, a fim de que seja possível a devida apuração e comprovação por parte da Polícia e do Ministério Público, ainda no decorrer do processo e, outra posição, que entende que a delação poderá ocorrer até a sentença, pois é neste momento que o delator será agraciado com o prêmio. Neste sentido, Conserino faz a seguinte observação:

Diante da recente modificação do art. 400 do Código de Processo Penal em que o interrogatório do acusado ocorrerá depois da audiência de instrução e julgamento acredita-se que o instituto da delação premiada acabou intimidado. Ninguém se aventuraria, por exemplo, a fazer uma delação premiada na fase processual depois de ouvir as provas produzidas em juízo na medida em que dependendo do que foi construído, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, é muito mais salutar silenciar ou deturpar os fatos a delatá-los. Dessa forma, depois da referida modificação dificilmente ocorrerá delação premiada no curso do processo, salvo se o agente queira falar antes de seu interrogatório judicial.²³⁷

²³⁶ Art. 41 da Lei 11.343/06: “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.”

²³⁷ CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit., p. 114. O artigo 400, *caput* do CPP, com a redação que lhe foi dada pela lei 11.719/08, prevê que: “Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60

Alguns pontos da delação premiada são alvo de críticas: a) quando o corréu delator beneficiou-se apenas com a diminuição de sua pena, pode acabar sofrendo represálias, no estabelecimento prisional que estiver por parte dos outros membros da organização criminosa; b) quando o delator beneficia-se com o perdão judicial, pode acabar tendo uma vantagem desproporcional em relação a sua colaboração, que pode não atingir os chefes da organização criminosa. Por outro lado, o benefício pode atingir exatamente os líderes da organização criminosa quando eles forem os delatores.²³⁸ Ainda há o perigo de que haja falsidades ou omissões nas suas declarações sem que muito se possa fazer em relação a isso, pois o delator, na condição de corréu, não presta o compromisso de dizer a verdade;²³⁹ c) não se pode pretender a condenação dos outros supostos membros da organização criminosa com base exclusivamente nas declarações do delator desacompanhadas de outras provas, principalmente quando essas declarações foram feitas apenas na fase do inquérito policial, onde não há previsão do contraditório e da ampla defesa;²⁴⁰ d) em qualquer hipótese em que haja delação, deve ser buscada uma forma de proteção do delator e/ou seus familiares, o que muitas vezes acaba não ocorrendo; e) na busca por eficiência, a Polícia e o Ministério Público devem tomar o cuidado para não se excederem com o emprego de tortura física ou psicológica no intento de conseguir a colaboração do corréu, além de que não devem fazer promessas a ele que não possam ser cumpridas, até porque o juiz não está vinculado a acordos extraprocessuais de que não tenha participado; f) houve uma ampliação desproporcional nos artigos 13 e 14 da Lei nº

(sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.”

²³⁸ No Peru, o artigo 7º da lei 27.378 exclui a possibilidade de chefes e dirigentes de organizações criminosas serem beneficiados pela colaboração eficaz, assim como o artigo 21.º do Decreto Legislativo 824/1996 impede que a delação premiada seja aplicada aos dirigentes, chefes e cabeças de bandos ou organizações criminosas (VILARES, Fernanda Regina; PIZA, Lia Verônica de Toledo. Op. cit., p. 263 e 272).

²³⁹ Na Argentina, a delação premiada vem prevista no artigo 2º da lei 25.241/2000, que define os atos de terrorismo, e no artigo 29 da lei 23.737/89, relativa ao combate ao tráfico de entorpecentes. Especificamente na lei 23.737 há previsão de um tipo legal, no qual se estabelece pena a quem fizer afirmações falsas ou que proporcionem dados inexatos sobre terceiros, justamente para evitar que o instituto seja utilizado indevidamente ou com qualquer informação somente para gerar o benefício (VILARDI, Rodrigo Garcia; GÍDARO, Wagner Roby. Op. cit. p. 70).

²⁴⁰ Neste sentido: “No que concerne ao desrespeito a garantias individuais, o principal problema está na admissibilidade de condenação com base em declarações de colaboradores não tomadas em audiência mediante contraditório e participação da defesa e, ainda, na aceitação de depoimento indireto de policiais, os quais contam sobre o que souberam dos colaboradores. Há a respeito forte resistência da doutrina na Itália e na Espanha. A par disso tudo, construiu-se orientação de que a condenação não pode escorar-se somente no depoimento isolado do colaborador, pois está sempre envolto em dúvidas e incertezas” (SCARANCA FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 20). O autor ainda menciona que o Supremo Tribunal Federal segue orientação semelhante, entendendo ser insuficiente para a condenação a chamada de corréu desacompanhada de outras provas e cita os seguintes precedentes do STF: HC 74.368, HC 81.172 e HC 84.517.

9.807/99, os quais previram a delação premiada para todo e qualquer delito, desde que preenchidos os requisitos neles contidos.^{241 242}

Nereu José Giacomolli, ao comentar o artigo 6º da Lei nº 9.034/95, afirma que a delação premiada é de duvidosa eticidade. O Estado, ao conceder o benefício da redução da pena ao agente que entregou seu comparsa ou outros crimes, demonstra toda sua incompetência e inocência, uma vez que a delinquência organizada não está propensa à colaboração, vigorando a lei do silêncio. Há pouco espaço para negociação entre o Estado e o investigado/acusado, além do que o Estado mostra a sua fraqueza moral, sua carência ética no devido processo legal. É indiferente que ela ocorra com ou sem arrependimento, porém deve ser espontânea, não provocada e eficaz, isto é, possibilitar a descoberta de outros delitos e outros autores. Faz ainda uma série de questionamentos, dentre outros: qual seria o procedimento a ser seguido para a realização da delação, qual a garantia que o delator terá que realmente não será acusado, se é necessária a presença do juiz neste “acordo” e se ele pode ser verbal, se a iniciativa da colaboração é do próprio suspeito ou de seu defensor ou do Ministério Público.²⁴³

Por outro lado, Mendroni procura rebater algumas críticas: a) em relação à delação premiada ser uma prática antiética, afirma que ela está prevista em lei e objetiva tornar mais eficiente a aplicação da justiça em relação aos crimes mais graves e que acabam abalando de forma mais intensa a ordem pública, sendo que a ética seria um valor moral de menor agressividade do que a prática de um crime e assim, na hipótese de confronto de ambos, não seria incoerente sacrificar tópicos de ética em troca da restauração da ordem pública abalada

²⁴¹ Para Mário Sérgio Sobrinho “a delação premiada, prevista em diversas leis brasileiras, não atende a exigências éticas, requisito cuja presença é essencial ao ordenamento jurídico e deve orientar a totalidade das ações do Estado e dos seus agentes. Especialmente, na forma regulada pela Lei 9.807/99, também não respeita o princípio da proporcionalidade, porque pode ser aplicada a todos os crimes, sem distinção, desde que presentes os requisitos para sua concessão. Assim, mostra-se necessário discutir sobre a base ética da delação premiada e, notadamente, debatê-la nas situações em que a preservação da vida humana está em jogo. Nessas hipóteses, parece conveniente permitir sua aplicação aos casos relacionados à criminalidade organizada, observado o princípio da proporcionalidade, apesar da questão ética ressaltada” (SOBRINHO, Mário Sérgio. Op. cit., p. 51).

²⁴² *El problema del <<arrepentido>> surge de un pacto entre dos partes interesadas: de un lado, los órganos encargados de la persecución penal, que necesitan de <<colaboradores de la justicia>> para obtener un conocimiento suficiente acerca del funcionamiento interno de complejas estructuras criminales; de otro, el arrepentido, que busca un beneficio personal y la vuelta a la normalidad social en régimen de libertad. Desde luego no es exigible una actitud altruista del arrepentido (finalidad de colaborar en la lucha contra el crimen organizado), ni un estado psicológico de arrepentimiento, sólo que objetivamente realice un aporte serio y eficaz que permita resultados útiles en la lucha frente a esta clase de criminalidad. El ofrecimiento de atenuación de la pena hecho al colaborador de la justicia constituye, de este modo, un importante instrumento político-criminal para la lucha contra la criminalidad organizada, pero también favorece falsos arrepentimientos y conductas de fraude procesal* (CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Op. cit., p. 65-66).

²⁴³ GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 119-120.

pela prática do crime grave; b) não haveria afronta aos princípios da proporcionalidade e igualdade em face da aplicação diferenciada de punição contra dois criminosos que praticaram exatamente a mesma conduta, pois a aplicação da pena deve ser feita sempre de acordo com o princípio da individualização da pena atendendo a situações peculiares de cada um dos acusados; c) as possíveis “falsas delações” por parte de acusados que buscam prejudicar outros comparsas, poderia ser enquadrada como crime de denúncia caluniosa ou calúnia ou, caso se entenda não configurar nenhum crime, daria ensejo a não aplicação do benefício ao delator e ainda faria com que tivesse um agravamento em sua pena em face da maior reprovabilidade de sua conduta e sua maior periculosidade.²⁴⁴

De qualquer forma, em sendo o caso de aplicação da delação premiada em qualquer uma das hipóteses previstas nas diversas leis que prevêm o instituto, será de bom alvitre que sejam aplicadas ao delator as providências contidas nos artigos 15 e 7º da Lei nº 9.807/99²⁴⁵, ou seja, estes artigos devem servir como regras gerais, sob pena da delação premiada tornar-se cada vez mais rara. Tratam basicamente de medidas que tem por escopo a preservação do sigilo e segurança do delator. Nestas hipóteses, para que a delação premiada seja regularmente válida, será necessário informar ao delator detalhadamente a respeito das características da delação premiada e das consequências penais e processuais penais a que estará sujeito, bem como das garantias de sua segurança e de seus familiares, além de lhe ser assegurada entrevista reservada com seu advogado. Cumpridas essas formalidades, não haverá violação ao direito de não se autoincriminar (princípio *nemo tenetur se detegere*), uma vez que o delator estará de forma consciente e voluntária abrindo mão dessa prerrogativa para alcançar outras prerrogativas dentro do processo penal.²⁴⁶

²⁴⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 82.

²⁴⁵ Considerando que o artigo 15 da lei 9.807/99 já foi acima transcrito, resta citar o artigo 7º: “Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais; V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; VII - apoio e assistência social, médica e psicológica; VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal. Parágrafo único. A ajuda financeira mensal terá um teto fixado pelo conselho deliberativo no início de cada exercício financeiro.”

²⁴⁶ CONSERINO, Cássio Roberto. Op. cit. p. 116-122.

3.7 INTERROGATÓRIO E PARTICIPAÇÃO A DISTÂNCIA DO RÉU NA INSTRUÇÃO

Durante algum tempo se discutiu sobre a possibilidade do réu preso ser interrogado e participar de outros atos processuais a distância mediante a utilização de recursos tecnológicos de som e imagem em tempo real. Argumentava-se, por um lado, que, principalmente em situações envolvendo presos pertencentes a organizações criminosas, isso evitaria que tivesse que ser mobilizado um grande aparato de segurança para o deslocamento e escolta do preso, geraria economia para os cofres públicos, evitaria o perigo de fuga e/ou resgate, não haveria dificuldades com o transporte nos casos de grandes distâncias aliada à possibilidade de acidentes automobilísticos, além de que o risco imposto à sociedade como um todo diminuiria sensivelmente. Aduzia-se que o sistema de vídeo possibilitaria colocar o acusado diante do juiz, ainda que não na mesma sala, não havendo assim subtração do direito de defesa, além de que a oitiva do acusado a distância estaria acompanhando a evolução tecnológica, a qual não pode ser desprezada, mas sim aproveitada para atender aos fins do processo, sem falar que no sistema processual brasileiro vigora o princípio da liberdade na produção de provas. Por outro lado²⁴⁷, dizia-se, com fulcro no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Pacto de São José da Costa Rica, que era dever do juiz ouvir pessoalmente o preso, além de que isso iria em sentido oposto ao da aproximação do Poder Judiciário com o sistema prisional e que a utilização do sistema de videoconferência primeiramente precisaria estar disciplinada em lei.

Segundo Eduardo Araujo da Silva,

o fundamento básico para a introdução dessa tecnologia de comunicação no processo penal prende-se à busca da eficiência processual, notadamente na apuração do crime organizado, cujas características (participação de inúmeros indivíduos na organização e diversificada exploração de atividades ilícitas) implicaram inevitavelmente a dilatação do número de acusados e dos crimes a eles imputados, contribuindo para o aumento excessivo do volume e da complexidade

²⁴⁷ O STF, no HC 88914/SP, julgado em 14.08.2007, entendeu pela impossibilidade de realização do interrogatório por videoconferência, sob o argumento, dentre outros, da inexistência de lei regulamentando o instituto: “EMENTA: AÇÃO PENAL. Ato processual. Interrogatório. Realização mediante videoconferência. Inadmissibilidade. Forma singular não prevista no ordenamento jurídico. Ofensa a cláusulas do justo processo da lei (due process of law). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade. Falta, ademais, de citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma do ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do processo desde o interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º, LIV, LV, LVII, XXXVII e LIII, da CF, e 792, caput e § 2º, 403, 2ª parte, 185, caput e § 2º, 192, § único, 193, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu.”

dos processos judiciais que se destinam a sua apuração. Denominado pela doutrina italiana de *gigantismo processuale*, este fenômeno não compromete apenas a atividade de persecução penal estatal, mas a ampla defesa dos acusados em razão do elevado número de atos processuais praticados.²⁴⁸

A Lei paulista nº 11.819/05 e a Lei fluminense nº 4.554/05 buscaram regulamentar a utilização da videoconferência nos interrogatórios e audiências de presos. A lei paulista teve a sua constitucionalidade questionada perante o STF, que, por maioria, decidiu incidentalmente em sede de *habeas corpus*²⁴⁹ que ela era formalmente inconstitucional, pois essa matéria seria de atribuição do Congresso Nacional. Com a edição da Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009²⁵⁰, foi expressamente previsto no artigo 185 do Código de Processo Penal a possibilidade de utilização da videoconferência para o interrogatório do acusado preso.²⁵¹

²⁴⁸ SILVA, Eduardo Araujo da. Op. cit., p. 125-126.

²⁴⁹ STF, HC 90.900/08. “EMENTA Habeas corpus. Processual penal e constitucional. Interrogatório do réu. Videoconferência. Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade formal. Competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. Art. 22, I, da Constituição Federal. 1. A Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo viola, flagrantemente, a disciplina do art. 22, inciso I, da Constituição da República, que prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. 2. Habeas corpus concedido.”

Ressalte-se que, na defesa da constitucionalidade da lei paulista, argumentou-se que ela estava disciplinando matéria de procedimento nos termos do artigo 24, inciso XI da Constituição Federal, o qual diz que *compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI – procedimentos em matéria processual*.

²⁵⁰ Antes da lei 11.900/09, duras críticas foram feitas pela imprensa ao chamado “turismo judiciário”, referência à expressão usada na Itália há mais de 14 anos quando se adotou o sistema de videoconferência para evitar deslocamentos de presos que deveriam participar de audiências judiciais, na ocasião em que Fernandinho Beira-Mar, conhecido criminoso brasileiro, conseguiu ver reconhecido pelo STF o direito de assistir às audiências dos processos em que era acusado (SOBRINHO, Mário Sérgio. Op. cit., p. 57-58).

²⁵¹ Código de Processo Penal: Art. 185. “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. § 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de **videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real**, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por **videoconferência**, nos termos do art. 217 deste Código; IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. § 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por **videoconferência**, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. § 4º Antes do interrogatório por **videoconferência**, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código. § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por **videoconferência**, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. § 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de **videoconferência** será fiscalizada pelos corretores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. § 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na

Para o réu solto continua a regra do interrogatório pessoal a teor do art. 185, *caput* do CPP. Para o réu preso, no entanto, o art. 185, § 1º com a redação da Lei nº 11.900/09, em princípio, prevê que o interrogatório será em sala específica no próprio estabelecimento prisional, desde que haja segurança ao juiz, promotor e auxiliares e esteja garantida a presença do defensor e a publicidade do ato.

O § 2º, inovando no ordenamento jurídico nacional, veio autorizar, excepcionalmente, para o interrogatório do réu preso, a utilização de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, mediante decisão judicial, de ofício ou a requerimento das partes, fundamentada em uma das seguintes situações: a) risco à segurança pública motivado por suspeita do preso ser membro de organização criminosa ou de que possa evadir-se durante seu deslocamento; b) dificuldade para seu comparecimento em juízo em razão de enfermidade ou outra circunstância pessoal; c) evitar que a presença do réu possa causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou à vítima em situação que possa comprometer a verdade do depoimento e desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência; d) gravíssima questão de ordem pública. Importante mencionar que a tomada de declarações do ofendido, inquirição das testemunhas de acusação e defesa, eventuais esclarecimentos dos peritos, acareações e reconhecimentos de pessoas e coisas, que antecedem ao seu interrogatório e fazem parte da audiência una de instrução e julgamento, também poderão ser acompanhados por ele através de videoconferência, sendo garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação do preso com o defensor que esteja na sala de audiência do fórum e também para comunicação deste último com o defensor que esteja no estabelecimento prisional. Como existirá um defensor no presídio e outro na sala de audiência do fórum, pode-se questionar quanto às dificuldades econômicas do acusado para constituir estes defensores, além dos custos com deslocamentos destes advogados na hipótese das audiências serem realizadas em localidades diversas e distantes.

Em não sendo possível a realização do interrogatório do réu preso em sala própria do presídio onde estiver ou por videoconferência, aí então ele ocorrerá em juízo mediante requisição judicial. Importante também registrar que nos termos dos parágrafos 8º e 9º do art. 185 do CPP, também está autorizada a coleta excepcional da prova (inquirição de

forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo. § 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido. § 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor.” (destaques nossos)

testemunhas, tomada de declarações do ofendido, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, dentre outros atos processuais) sem a presença física do acusado preso em juízo, assegurando-se a ele, no entanto, o acompanhamento de tais atos por videoconferência, com acesso integral também ao seu defensor, tendo tais dispositivos aplicação também a quaisquer atos processuais que dependam da participação de pessoa presa.

Acrescente-se que desde a alteração ocorrida no artigo 217 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.690/08²⁵², é possível ao juiz, motivadamente, fazer a inquirição por videoconferência e impedir a permanência do acusado na sala de audiências ou no plenário de julgamento no caso de a presença do réu poder causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento. Neste caso, a oitiva da testemunha ou do ofendido será feita por videoconferência e, caso ela não seja possível, o juiz determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença de seu defensor. Em relação a este último aspecto, referente à determinação do juiz para que o réu se retire da sala, caso perceba que seu comportamento poderá influenciar negativamente no depoimento das testemunhas e nas declarações da vítima, trata-se de hipótese de testemunho oculto²⁵³ e, em que pese tratar-se de uma atenuação ao exercício da autodefesa pelo acusado, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que tal dispositivo não ofende a Constituição Federal.²⁵⁴

Também foi previsto no artigo 222, § 3º do CPP²⁵⁵ a possibilidade de oitiva da testemunha por videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e

²⁵² Código de Processo Penal: Art. 217. “Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.”

²⁵³ Será tratado no item 3.8 deste trabalho.

²⁵⁴ “Não ofende a Constituição nem traduz cerceamento ao direito de defesa a decisão do juiz que, suficientemente motivada, ordena a retirada do acusado da sala de audiência a pedido das vítimas e das testemunhas, que se sentiram atemorizadas com a presença do réu. Este poder de exclusão, deferido ao magistrado, tem por fundamento o art. 217 do Código de Processo Penal e, na concreção de seu alcance, objetiva assegurar às testemunhas e às vítimas a plena liberdade moral para deporem em juízo, sem qualquer receio ou temor. Para que essa extraordinária prerrogativa processual do magistrado não se converta em fonte de abusos e de práticas arbitrárias, torna-se imprescindível que o ato decisório seja fundamentado, que o juiz faça constar do termo as razões que motivaram a retirada do acusado e que a instrução criminal seja realizada na presença do defensor técnico do réu (RT 691/389).”

²⁵⁵ Código de Processo Penal: Art. 222. “A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para este fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes. § 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.”

imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento, quando a testemunha morar fora da jurisdição do juiz da causa.

A videoconferência tem sido aceita em outros países, como a Itália, a Alemanha, Argentina, Inglaterra, Peru e Portugal.²⁵⁶

Do exposto, verifica-se que a tendência contemporânea acerca do tema, é no sentido de se tolerar uma atenuação do direito de defesa do acusado quando confrontado com outros valores de igual magnitude, como é a busca da efetividade processual para a apuração do crime organizado.²⁵⁷ Tal apreciação deve ser feita à luz do princípio da proporcionalidade, o que significa que a utilização da videoconferência deve sempre ser marcada pela excepcionalidade.²⁵⁸ Entre o interesse público na colheita da prova e a atenuação do direito de defesa, sobrepõe-se, excepcionalmente, o valor constitucional do *ius puniendi* pela busca da regularidade processual de igual valor constitucional. Deve ser confrontado também a amplitude de defesa do réu com os interesses da vítima e testemunhas, que, embora em regra sejam relegadas a plano secundário no processo penal, da mesma forma devem ser tratadas como titulares de direitos, entre os quais o principal é o de prestar depoimento sem quaisquer constrangimentos e riscos para sua segurança e de seus familiares.²⁵⁹

²⁵⁶ Na Itália, a participação a distância do acusado na instrução, a colheita dos depoimentos a distância de testemunhas admitidas nos programas de proteção ou submetidas a essas medidas, assim como as declarações a distância dos arrependidos que colaboram com a Justiça, foi regulamentada pela Lei 11, de 7 de janeiro de 1998, que introduziu o art. 146-*bis* na lei processual italiana. Na Alemanha, segundo o § 247, *a*, StPO, poderão ser ouvidas a distância as testemunhas menores, vítimas de crimes, pessoas idosas com saúde precária ou doentes e as testemunhas ou corréus que colaboraram com a Justiça. (SILVA, Eduardo Araujo da. Op. cit., p. 127). Na legislação argentina não está regulamentada a utilização de videoconferência para interrogatório do acusado e sua participação nos demais atos processuais, no entanto o Tribunal Oral de La Plata no ano de 2000 aceitou a realização dos procedimentos por videoconferência sem que se vislumbrasse violação ao devido processo legal. O caso referia-se a acusados, denominados “doze apóstolos”, que tinham participado de uma violenta rebelião em 1996 em um estabelecimento penal situado em Sierra Chica (VILARDI, Rodrigo Garcia; GÍDARO, Wagner Roby. Op. cit., p. 84). A Inglaterra admite, em situações específicas, a oitiva de testemunhas por videoconferência e até mesmo por telefone, sendo que as hipóteses e o procedimento são tratados no *Crime Act 2003 – International Co-operation* (PEREIRA, Fábio Franco; HÖHN JUNIOR, Ivo Anselmo. Op. cit., p. 226). No Peru há previsão da declaração de testemunhas, peritos e vítimas serem feitas por videoconferência, conforme previsão do art. 12.º, 6 do Decreto Legislativo 922/2003, complementar a Lei 27.378 que estipula medidas de proteção para investigações preliminares e processos pelo delito de terrorismo (VILARES, Fernanda Regina; PIZA, Lia Verônica de Toledo. Op. cit., p. 277). Em Portugal há previsão da videoconferência para oitiva de testemunhas na Lei 93/1999 e no art. 318.º do CPP português (GEMAQUE, Silvío César Arouck; RUSSO, Luciana. Op. cit., p. 296).

²⁵⁷ SILVA, Eduardo Araujo da. Op. cit., p. 128.

²⁵⁸ Id. Ibid. p. 129.

²⁵⁹ Id. Ibid. p. 132.

3.8 TESTEMUNHAS ANÔNIMA E OCULTA. JUIZ E PROMOTOR SEM ROSTO

Com o intuito de se proteger vítimas e testemunhas e respectivos familiares, além de incluí-los em programas de proteção, discute-se se poderiam participar anonimamente de processos referentes ao crime organizado. Deve-se buscar a compatibilização do interesse do Estado e da própria sociedade em ver os delitos, principalmente ligados a criminalidade organizada, solucionados, o interesse da testemunha e do ofendido em poderem prestar depoimento sem serem alvo de ameaças a si e a seus familiares e finalmente o interesse do réu em saber detalhadamente a acusação que pesa contra sua pessoa para que possa eficazmente defender-se.

Preliminarmente, cabe esclarecer que oculto é o depoimento prestado pela testemunha que não é vista pelo acusado, a fim de não ser por ele intimidada, mas que tem a sua identidade conhecida, enquanto anônimo é o depoimento prestado pela testemunha cuja identidade é desconhecida do próprio juiz e/ou do acusado e seu defensor.

Em relação ao testemunho oculto, há previsão dele no artigo 217 do Código de Processo Penal, sendo que, conforme já acima citado no item 3.7, o Supremo Tribunal Federal já declarou ser constitucional tal modalidade de testemunho. Interessante observar que na prática a medida foi ampliada para que o réu nem ingresse na sala de audiência, quando a testemunha ou o ofendido demonstre receio com a sua presença.

Notadamente quando se trata de depoimentos de crianças, vítimas de crimes sexuais e referente a organizações criminosas, há uma tendência também em outros países a admitirem o testemunho oculto, como ocorre na Espanha, nos Estados Unidos e no sistema do *common law*.²⁶⁰

Já em relação ao testemunho anônimo, argumenta-se que haveria prejuízo para a defesa, que não teria acesso à qualificação da testemunha e assim não poderia, por exemplo, contraditá-la. Eduardo Araujo da Silva analisa a questão nos seguintes termos:

Contrariamente do que ocorre em relação ao testemunho oculto, em relação ao testemunho anônimo a defesa não tem acesso a seu nome, filiação, profissão, endereço etc., ocasionando inevitáveis limitações para o contraditório e a ampla defesa. Em razão da natureza da prova oral, não é prudente desconsiderar a possibilidade de vícios em sua origem, decorrentes da própria imperfeição humana: intenção da testemunha de prejudicar o acusado; pressões para que venha a depor em determinado sentido; interesse em beneficiar-se com os rumos do processo; objetivo de beneficiar alguns dos acusados; interesse em permanecer incluída no

²⁶⁰ A respeito da admissão do testemunho oculto na Espanha, Estados Unidos e no sistema do *common law*, ver SILVA, Eduardo Araujo. Op. cit., p. 138-139, principalmente as notas de rodapé 33 e 34.

sistema de proteção, entre outros. Daí por que as leis processuais de quase todos os países disciplinam mecanismos para que sejam afastados os testemunhos considerados suspeitos, que variam desde a previsão genérica de que o juiz deverá estar atento aos vícios inerentes a este meio de prova, até a enumeração taxativa das hipóteses de suspeição que impede seja a prova produzida.

A questão que se coloca, portanto, é como conciliar o direito de a defesa contraditar a testemunha com a impossibilidade de acesso a sua identidade e demais informações a respeito de sua vida social. Tais informações são imprescindíveis para a conclusão a respeito de sua relação com o acusado e seu eventual interesse no desenvolvimento do processo. Diversamente do que ocorre com a participação a distância do acusado ou da testemunha ameaçada, na qual apenas é vedado o acesso visual à pessoa arguida, a figura do testemunho anônimo afasta integralmente o acesso ao depoente, o que constitui uma limitação mais gravosa ao direito de defesa e, ante os riscos que dele podem resultar, afigura-se de rigor concluir pela conveniência de sua rejeição no processo penal.²⁶¹

Importante fazer uma observação em relação ao contido no artigo 9º da Lei nº 9.807/99 que prevê que “em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo”. Neste caso, não é retirada a identidade primitiva da pessoa protegida, já constante dos autos, mas apenas determinado que sua nova identidade não seja revelada. Desta forma, os efeitos da nova identidade são apenas produzidos posteriormente, possibilitando à defesa do réu averiguar a vida social da pessoa protegida e seu relacionamento com o acusado quando dos fatos delituosos apurados.²⁶²

Mesmo assim, no sistema do *common law* e nos Estados Unidos²⁶³ tem sido admitido o depoimento anônimo, porém não de forma absoluta, já que se permite que o réu demonstre ao juiz que o conhecimento da identidade da testemunha é fundamental para o exercício do seu direito de defesa, sob o argumento de que nenhum interesse público é tão

²⁶¹ Id. Ibid. p. 140. O autor ainda faz referência a uma posição intermediária, que permite o acesso, mediante prévia autorização judicial, ao nome e a eventual apelido da testemunha protegida, preservando-se seu endereço e local de trabalho, para que seu paradeiro não seja descoberto. Mesmo assim haveria limitação ao exercício da ampla defesa pelo acusado, porém, neste caso, presume-se que através do nome e do apelido da pessoa protegida, a defesa teria condições de contraditá-la. De qualquer forma, essa posição intermediária não afasta o risco de represálias contra familiares da testemunha identificada em juízo. Também para SCARANCA FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 25-26 “não se pode admitir um depoimento anônimo, pois ele impede o acusado e seu defensor de saber quem contribuiu para a sua condenação, não sendo possível, assim, mostrar aspectos que desmereceriam o depoimento: ser o declarante inimigo do acusado ou estar movido por sentimento de vingança; serem falsas as afirmações feitas.”

²⁶² SILVA, Eduardo Araujo da. Op. cit. p. 140.

²⁶³ Nos Estados Unidos a proteção ao testemunho anônimo está ancorada em duas teorias: a da proteção-inibição (*Protection/Inhibition Theory – PIT*) e a do fluxo contínuo de informação (*Continual Flow Theory – CFT*). A primeira considera que a testemunha pode ficar inibida para depor em juízo diante da ameaça a seus interesses particulares e econômicos; a segunda toma por base que a única forma de controlar a criminalidade é mantendo um fluxo de informação constante em relação a todos os aspectos objetivos e subjetivos do crime, sendo fundamental para incentivar essa colaboração contínua, a ocultação da identidade do informante (BECHARA, Fábio Ramazzini; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Op. cit., p. 168).

digno de proteção a ponto de poder produzir a condenação de uma pessoa inocente. No entanto, questiona-se sobre quais argumentos a defesa teria que produzir para convencer o juiz acerca da imprescindibilidade do conhecimento da identidade da testemunha, além de que essa decisão judicial estaria carregada de subjetivismo. Sendo assim, várias decisões têm entendido que nas hipóteses de testemunho direto, ou seja, de pessoa que tenha presenciado os fatos ou deles participado como agente infiltrado ou provocador, a identidade da testemunha sempre deve ser revelada, e que apenas nas hipóteses de testemunho indireto, em que as palavras não serão decisivas para eventual condenação do réu, é que não será necessária essa revelação.²⁶⁴

Embora haja a tendência em não se aceitar a condenação de alguém com base no testemunho anônimo, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem excepcionalmente admite essa prova desde que ela não seja a única a fundamentar uma condenação, argumentando que se deve privilegiar o interesse do Estado em dismantelar organizações criminosas frente ao eventual prejuízo que a defesa do réu possa sofrer pelo depoimento anônimo. Já o XVI Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), realizado em Budapeste, Hungria, em 1999, concluiu que o testemunho anônimo é incompatível com o direito de defesa.

Em relação à figura do “juiz sem rosto” e “promotor sem rosto”, na Colômbia, em razão de que vários juízes tinham sido vítimas de ações terroristas, no início dos anos noventa houve a criação do Estatuto para a defesa da Justiça, que previa a possibilidade de “juízes sem rosto”, “promotores sem rosto” e “testemunhas sem rosto”, a fim de proteger a justiça contra seus “inimigos”.²⁶⁵ A partir do Estado de Sítio decretado em 20.11.1990, foi instituída a chamada “Justiça Regional”, que tinha precipuamente a tarefa de combater os crimes ligados ao narcotráfico. De acordo com os Decretos 2.790/1990 e 2.700/1991, o andamento dos processos nessa Justiça seria feito sem que os juízes e *fiscais* (promotores) fossem identificados pelo réu e seu advogado, sendo que as decisões seriam assinadas por meio de códigos ou codinomes, o que também se repetiria nos tribunais em caso de recurso. Nas audiências, as testemunhas também deporiam sob anonimato, ocorrendo a produção da prova em salas especialmente projetadas com vidros espelhados e equipamentos para distorção de voz, de forma que ninguém fosse identificado. Essa Justiça recebeu muitas críticas dos juristas colombianos e da comunidade internacional, especialmente da Organização dos Estados

²⁶⁴ SILVA, Eduardo Araujo da. Op. cit., p. 141.

²⁶⁵ APONTE, Alejandro. **Derecho penal y lucha antiterrorista en Colombia: ¿una historia fallida?**, p. 34.

Americanos – OEA, que dizia haver neste sistema grave violação dos direitos individuais do acusado. No ano 2000, a sentença C-392 da Corte Constitucional colombiana decidiu que essa Justiça anônima deveria ser extinta por violação ao devido processo legal, donde se pode destacar o seguinte trecho:

*El art. 29 de la Constitución Política establece como una de las garantías del debido proceso, que éste ha de ser público. Este principio, conforme a la doctrina universal, implica el conocimiento por las partes de cuál es la persona que actúa como funcionario del Estado para instruir y para fallar el proceso, así como cuáles son las actuaciones que se surten en éste, pues, de otra manera no podría hacerse efectivo el derecho a la imparcialidad de los funcionarios judiciales, ni podría tampoco ejercerse el de impugnar las providencias que se consideren contrarias a la ley. Así, si se priva al sindicado del conocimiento de la identidad del funcionario a cuyo cargo se encuentra la instrucción o el juzgamiento, aún cuando existieran causales para recusarlo si no se declara impedido, el sindicado se vería impedido para plantear siquiera la recusación y, así, se expondría a que su causa fuera instruida por alguien que careciera de la indispensable condición de la imparcialidad que constituye una de las garantías mínimas a que se tiene derecho en un Estado Democrático, conquista esta que en la historia de la humanidad constituye pilar fundamental del debido proceso, no sólo para contener eventuales abusos en contra de los justiciables, sino, así mismo, para que la transparencia de las actuaciones de estos gane para las decisiones judiciales confiabilidad y respetabilidad en el marco social en que ellas produzcan.*²⁶⁶

Da mesma forma, houve em audiências no Peru a utilização de advogados e acusados numa sala, enquanto os juízes ficavam em salas vizinhas, onde viam e ouviam toda a audiência, mas não eram vistos.²⁶⁷

Não se podem aceitar figuras esdrúxulas como essa do “juiz sem rosto”, sob pena de vulneração ao contraditório, ampla defesa e imparcialidade do juiz. O mesmo se diga de um “promotor sem rosto”, onde não se conheceria o membro do Ministério Público. Nestes casos,

²⁶⁶ A justificativa que o Estado colombiano usava para a adoção da medida era o estado de beligerância ou de guerra civil em que se encontrava o país. De acordo com análises de entidades da sociedade civil e órgãos do próprio governo, grande parte das ações dessa Justiça especial recaía sobre a criminalidade comum, apesar de ter sido concebida precipuamente para combater a macro criminalidade relacionada ao narcotráfico. Poucos foram os grandes líderes de cartéis condenados pelos juízes sem rosto, além de que o crime organizado com frequência inovava nos mecanismos para descobrir a real identidade dos juízes e promotores, jogando por terra a intenção de proteção dos agentes do Estado (LEÃO DE SOUZA, Diego Fajardo Maranhá; MACHADO, André Augusto Mendes. Op. cit., p. 92-93).

²⁶⁷ O artigo 15.º do Decreto-Lei 25.475 estabelecia que a identidade dos magistrados e membros do Ministério Público, assim como dos auxiliares da Justiça que participassem do julgamento dos crimes de terrorismo, seria secreta. As decisões não levavam assinaturas, e para substituí-las deveriam ser usados códigos e senhas. O art. 16.º determinava que o processo tramitasse em salas especiais das penitenciárias, onde os funcionários, juízes e promotores não poderiam ser identificados visual ou auditivamente pelos acusados ou defensores. O art. 13.º, *h* ainda proibía a recusa dos magistrados ou demais auxiliares. Eram violadas diversas garantias previstas nos documentos internacionais de direitos humanos, inclusive na própria Constituição Peruana de 1979, então vigente. Posteriormente, o Decreto-Lei 26.671/1997 derogou todos os dispositivos do Decreto-Lei 25.475 que impediam que se conhecesse aqueles que intervinham no julgamento e o Decreto Legislativo 926/2003 anulou todos os processos de terrorismo conduzidos por juízes com identidade secreta (VILARES, Fernanda Regina; PIZA, Lia Verónica de Toledo. Op. cit., p. 257-258).

não haveria como questionar-lhes eventual impedimento ou suspeição. Em sendo o caso, deve o Estado encontrar meios de proteger tais autoridades e seus familiares, sem, no entanto, violar direitos fundamentais do réu.²⁶⁸

3.9 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DA ILICITUDE DE BENS OBTIDOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Com o objetivo de combater os vultosos ganhos ilícitos oriundos da prática de crimes pelas organizações criminosas, surgiu a medida de, em pedidos de restituição, inverter-se o ônus da prova da ilicitude de bens que tenham sido apreendidos, ou seja, cabe à defesa a prova de que eles têm origem lícita e não ao Ministério Público a prova de que foram obtidos ilegalmente.

No Brasil o assunto veio disciplinado no art. 4º, § 2º da Lei nº 9.613/98 (lei que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores) que previu que a liberação judicial dos bens, direitos e valores apreendidos ou sequestrados está condicionada à comprovação da licitude da origem.²⁶⁹ Há dispositivos semelhantes na legislação de outros países como França, Portugal, Alemanha, Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Suíça e México.²⁷⁰

Interessante salientar que a Convenção contra o Tráfico ilícito de entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, aprovada em Viena, Áustria, em 1.988, no âmbito das Nações Unidas, conhecida como Convenção de Viena, e ratificada no Brasil em junho de 1.991, no artigo 5º, nº 7 já previa a possibilidade de que cada País parte adotasse a inversão do ônus da prova.²⁷¹ No mesmo sentido também o artigo 12.7 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.²⁷²

²⁶⁸ No mesmo sentido: SCARANCA FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 26.

²⁶⁹ Do § 3º do art. 4º da lei 9.613 infere-se que quando o acusado, em qualquer momento processual, comparecer pessoalmente e comprovar a origem lícita dos bens, eles serão liberados. Caso não comprove, mas venha a ser condenado, como efeito da condenação será decretado o perdimento dos bens em favor da União, nos termos do art. 7º, I da lei. Considerando que a perda dos bens é efeito da condenação, caso venha a ser absolvido, o acusado terá seus bens de volta. Ressalte-se que, durante o processo, no caso do acusado não comprovar a origem lícita dos bens, direitos ou valores apreendidos, poderá ser nomeado pelo juiz um administrador até o trânsito em julgado da sentença.

²⁷⁰ Na Itália, já em 1982, a Lei 646 introduziu no ordenamento jurídico a possibilidade de sequestro de bens de integrantes de associações mafiosas, desde que presentes indícios de sua origem ilícita – servindo como indício a notável desproporção entre o nível de vida e os rendimentos aparentes ou declarados -, bem como do confisco de tais bens, incumbindo ao investigado a prova acerca da origem lícita deles (VAGGIONE, Luiz Fernando; SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães. Op. cit., p. 237).

²⁷¹ Art. 5º, nº 7 da Convenção de Viena: “Cada uma das partes considerará a possibilidade de inverter o ônus da prova com respeito à origem ilícita do suposto produto ou bens sujeitos a confisco, na medida em que isto seja

Marcelo Batlouni Mendroni, elogiando a instituição da inversão do ônus da prova na legislação brasileira pelo art. 4º, § 2º da Lei nº 9.613/98, pontua que:

A dificuldade da investigação, decorrente da complexidade de situações geradas pelos lavadores do dinheiro, obrigou as autoridades de vários países do mundo a, em conjunto, criar mecanismos rigorosos e eficientes para o seu combate, exatamente no intuito de proteger a sociedade de malefícios que lhe podem causar. Basta considerar que o dinheiro lavado é normalmente investido no incremento da própria empresa criminosa, gerando-lhe maior poder de ofensividade à sociedade. Evidentemente que não se trata de ofender os direitos e garantias individuais dos cidadãos, constitucionalmente previstos em todos os países. Trata-se, ao revés, de preservá-los através da viabilização do combate eficiente à criminalidade chamada de “colarinho branco”, modalidade de Crime Organizado, evitando-se o “hipergarantismo” dos “delinquentes de gravata”.

(...)

O dispositivo é ainda sábio quando se considera o seu efeito prático. Não seria possível ao Poder Público comprovar a origem ilícita daqueles valores e bens amealhados ao longo de rotineira atividade ilícita do agente. Os valores e bens, na maioria dos casos poderão estar misturados com outros de origem lícita. Em meio a um complexo “bolo” de ingredientes lícitos e ilícitos, somente o próprio agente pode ser capaz de efetuar a correta separação. Aquilo cuja origem honesta for demonstrada, receberá de volta, ao passo que o que não comprovar deverá ser apreendido para futuro perdimento. Mais que legal, é medida de Justiça.²⁷³

Por outro lado, Paula Andrea Ramírez Barbosa ao comentar a possibilidade de inversão do ônus da prova prevista na legislação colombiana para a ação de extinção de domínio,²⁷⁴ pondera com base em decisão da Corte Constitucional daquele país que, mesmo neste caso, o Estado não se exonera do dever de provar a origem ilícita dos bens, ocorrendo na verdade, uma distribuição da carga probatória entre o Estado e aquele que aparece como titular dos bens, o qual poderá trazer provas para se contrapor a pretensão estatal:

Respecto a este particular aspecto, es preciso anotar que la presunción de inocencia hace parte del debido proceso, y por tanto se articula en un Derecho fundamental previsto en el artículo 29 CN. En este orden de ideas, la carga de la prueba es un deber del Estado quien a través de las instancias judiciales

compatível com os princípios de seu direito interno e com a natureza dos seus procedimentos judiciais e outros procedimentos.”

²⁷² Art. 12.7 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional: “Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.”

²⁷³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 134-135. Ainda esclarece o autor que para o acusado comprovar a origem lícita dos bens, não será suficiente a mera comprovação da propriedade deles por meio de certidões, documentos, posse etc. Será necessário que o acusado demonstre que os bens têm *origem* lícita, ou seja, que o suspeito apresente provas de ligação entre os bens e o dinheiro que viabilizou a sua aquisição, e, evidentemente, que o dinheiro foi obtido licitamente. Desta forma, haverá a demonstração de uma correlação justa entre “ganhos” e “bens”.

²⁷⁴ A ação de extinção de domínio está regulada na Lei colombiana nº 793 de 2002 e é definida como a perda do direito de domínio a favor do Estado, sem contraprestação nem compensação de natureza alguma para seu titular. Equivale a um confisco realizado pelo Estado. A respeito da ação de extinção de domínio na Colômbia, ver RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. Op. cit., p. 79-82.

competentes debe constatar los elementos probatorios necesarios que posibiliten acreditar la comisión de un delito. Sin embargo, y como se anotó en líneas anteriores el ordenamiento jurídico colombiano en el ámbito de la acción de extinción de dominio permite la inversión de la carga de la prueba. Así, la Sentencia C-740 de 2003 la Corte Constitucional colombiana, puso de manifiesto con relación a la inversión de la carga de la prueba en los procesos de extinción de dominio: “Por otra parte, cuando el Estado ejerce la acción de extinción de dominio, en manera alguna se exonera del deber de practicar las pruebas orientadas a acreditar las causales que dan lugar a ella. (...) Nótese cómo no es que el Estado, en un acto autoritario, se exonere del deber de practicar prueba alguna y que, sin más, traslade al afectado el deber de acreditar la lícita procedencia de sus bienes. Por el contrario, aquél se encuentra en el deber ineludible de practicar las pruebas necesarias para concluir que el dominio ejercido sobre los bienes no tiene una explicación razonable derivada del ejercicio de actividades lícitas. Satisfecha esta exigencia, el afectado, en legítimo ejercicio de su derecho de defensa, puede oponerse a esa pretensión y allegar los elementos probatorios que desvirtúen esa fundada inferencia estatal. De no hacerlo, las pruebas practicadas por el Estado, a través de sus funcionarios, bien pueden generar la extinción de dominio, acreditando, desde luego, la causal a la que se imputa su ilícita adquisición. De acuerdo con esto, lejos de presumirse la ilícita procedencia de los bienes objeto de la acción, hay lugar a una distribución de la carga probatoria entre el Estado y quien aparece como titular de los bienes, pues este puede oponerse a aquella”.

En efecto, y en atención a las normas rectoras que erigen el sistema jurídico colombiano, puede señalarse que la carga de la prueba es un deber del Estado, y una garantía del ciudadano emanada del debido proceso y la presunción de inocencia. En consecuencia, la persecución de los delitos de carácter organizado no puede suponer la violación de los derechos emanados de la Carta constitucional so pretexto de posibilitar la persecución del delito. En un sistema garantista y respetuoso de los Derechos fundamentales, el Estado debe garantizar su observancia y limitar lo menos posible su alcance. No obstante, en instrumentos específicos de lucha contra la criminalidad organizada como la acción de extinción de dominio las disposiciones legales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional señalan que la carga de la prueba se halla dividida entre el Estado y quien aparece como titular de los bienes objeto de extinción.²⁷⁵

É possível apontar no mínimo três entendimentos sobre o assunto: a) não é possível a inversão do ônus da prova para qualquer finalidade, pois que, com base no princípio da presunção de inocência, cabe ao Ministério Público comprovar a origem ilícita de bens que tenham sido apreendidos com integrantes de organizações criminosas ou oriundos de lavagem de dinheiro; b) é possível a inversão do ônus da prova, sendo que se o réu não demonstrar a origem lícita de seus bens, poderá ser decretado judicialmente o perdimento deles; c) entendimento intermediário defende que é possível a inversão do ônus da prova durante o processo em pedidos de restituição de bens, mas que para ser decretada ao final a perda, haveria a necessidade de o Ministério Público provar a origem criminosa dos bens.

Realmente, parece ferir o princípio da presunção de inocência, obrigar o réu a provar que seus bens não possuem origem criminosa, antes mesmo de já ter sido condenado, ainda

²⁷⁵ RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. Op. cit., p. 95.

com o risco de afetar a imparcialidade do juiz, que pode ser influenciado pela discussão sobre os bens quando do julgamento do crime. Talvez uma boa saída seja postergar a discussão quanto à perda dos bens apreendidos para só depois do réu ter sido condenado, admitindo-se aí certa inversão do ônus da prova.²⁷⁶

3.10 BUSCA E APREENSÃO

Medida que pode se revelar bastante útil para a investigação de uma organização criminosa é a busca e apreensão, atualmente disciplina nos artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal.

Além dos tradicionais objetos apreendidos nas buscas, como drogas, armas e munições, hodiernamente também tem se mostrado bastante útil para as investigações, notadamente envolvendo organizações criminosas, que sejam apreendidos documentos ligados à prática de crimes de lavagem de dinheiro e materiais com dados gravados em meios magnéticos, como CDs, disquetes, *pen drives* e outros. No local onde ocorrer a busca, os agentes policiais e de outros órgãos eventualmente participantes da operação devem assegurar o mais que possível a idoneidade do material probatório. Devem recolher o material que será apreendido em bolsas, sacolas ou quaisquer compartimentos preparados, identificá-los e lacrá-los, colhendo a assinatura de funcionário ou morador, quando possível, no próprio lacre. Caso haja recusa de assinar, é aconselhável que o ato seja presenciado e certificado por pelo menos dois agentes públicos. Na sequência, representantes da casa ou empresa deverão ser intimados a comparecerem na repartição pública para onde o material será transportado e deslacrado, a fim de ser elaborado o respectivo auto de apreensão. Cabe assim aos agentes envolvidos na operação de busca zelar, o mais que possível, pela idoneidade do material colhido, tornando-o “prova idônea”, demonstrando, sem brechas, que são oriundos do local onde foi realizada a busca.²⁷⁷

Dependendo da complexidade da busca, pode ser recomendável que também dela participem conjuntamente com a Polícia, por exemplo, servidores das Receitas Federal e

²⁷⁶ No mesmo sentido: “Talvez, aí, um caminho a ser pensado. Depois de o acusado ser condenado haveria, no juízo criminal, fase destinada à discussão sobre a perda dos bens, sobre a sua origem ilícita e sua vinculação aos fatos criminosos, quando, então, poderia ser aceita atenuação ao ônus da prova do Ministério Público. Não, contudo, a perda como efeito direto da condenação” (SCARANCA FERNANDES, Antonio. Op. cit., p. 22).

²⁷⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 166.

Estadual, membros do Ministério Público, peritos criminais, além de funcionários de outros órgãos públicos. Neste sentido, é a observação de Mendroni:

A união dos órgãos públicos em força-tarefa, ainda que montada de forma informal, afigura-se capaz de analisar, entender e agir com a eficiência desejada pela população, constituindo-se na igualdade de armas. Enquanto os criminosos planejam e executam crimes de toda espécie, evidentemente sem se preocupar com as “questões legais”, o Poder Público, como não poderia deixar de ser, deve estar atento aos limites das leis, exatamente para não se igualar àqueles que precisa combater. Mas a luta é normalmente injusta e desigual. Os agentes criminosos usam dinheiro produto de crime, compram objetos ilícitos, sonégam, ameaçam, praticam um crime atrás do outro. Enquanto isso, os agentes “da lei” devem cumprir o exato teor da lei, só podem comprar por licitações, precisam de receitas etc. Então resta ao Poder Público unir seus órgãos, de maneira bem organizada, e principalmente sem vaidades. Cada setor deve cumprir a sua função e todos atuarem com o único objetivo do combate eficiente à criminalidade, para o bem-estar da população.²⁷⁸

No que se refere à busca e apreensão em escritórios de advocacia, cabe observar que diante de muitas críticas feitas em razão de excessos e abusos no cumprimento de mandados, a Lei nº 11.767/08 alterou a redação do artigo 7º, inciso II da Lei nº 8.906/94, além de ter incluído os parágrafos 6º e 7º no mesmo artigo.²⁷⁹ Referida lei destacou a inviolabilidade do escritório de advocacia e de seus instrumentos de trabalho (computadores, telefones, arquivos impressos, magnéticos, eletrônicos, mídias, comunicações telemáticas, correspondências escritas) relacionados à advocacia, assim como buscou evitar a expedição de mandados de busca e apreensão genéricos, os quais possibilitavam verdadeiras devassas nos escritórios.

3.11 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

O fenômeno da globalização vem produzindo grandes transformações em alguns setores, como na economia mundial, mas também tem trazido consequências na área do direito, especialmente para o campo penal. O crime organizado possui como uma de suas

²⁷⁸ Id. Ibid. p. 165-166.

²⁷⁹ Lei 8.906/94: Art. 7º. “São direitos do advogado: II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; § 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes. § 7º A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.”

características, embora não essencial, já que é possível que uma organização criminosa atue apenas dentro das fronteiras de um Estado, a transnacionalidade. As grandes organizações criminosas veem na globalização também a oportunidade de ampliarem seus negócios e com isso angariarem maior lucro. Diante dessa situação peculiar, o Estado não pode dar a mesma solução que quando está tratando de um delito intrafronteiras, exigindo assim uma resposta diferenciada em relação ao tráfico de drogas transnacional e a lavagem de dinheiro em paraísos fiscais, a título de exemplo. E este tratamento diferente do crime organizado além-fronteiras só será bem sucedido com a cooperação jurídica penal entre os diversos países, já que a lei penal ainda não faz parte de um ordenamento supranacional. Dentro dessa cooperação jurídica²⁸⁰, a extradição e a aplicação extraterritorial de leis penais nacionais são providências insuficientes para o enfrentamento do crime organizado, exigindo, por exemplo, que sejam encontrados meios de conciliar os direitos nacionais através de formas de resolução de conflitos de normas ou com a criação de um direito uniforme.

Deve-se desde já mencionar que a preocupação com o combate ao crime organizado internacional não é algo recente, mas sim que remonta ao século XIX em relação aos delitos de tráfico de escravos, pirataria e crimes de guerra, porém no direito internacional penal desta época não havia a previsão de normas processuais ou de cooperação jurídica processual, mas apenas cláusulas de competência autorizando o processo e julgamento de crimes em qualquer lugar em que fossem achados. Posteriormente, os cuidados foram para o tráfico de mulheres, tráfico de drogas e, mais recentemente, para a lavagem de dinheiro.

Diversos acordos internacionais vêm sendo celebrados pelo mundo inteiro. Nos acordos firmados pelo Brasil nos últimos anos é possível perceber uma flexibilização dos requisitos de dupla incriminação e reciprocidade, além de ter havido uma diminuição às objeções à realização de atos executórios. Neste sentido, pontua Baltazar Júnior:

Em função do já comentado caráter transnacional do crime organizado, surgem dificuldades na investigação criminal e na instrução processual, provocadas pelas diferenças de idioma, pelos limites de atuação das autoridades policiais e judiciárias, pelas diferenças de legislação e interpretação da lei penal nos diferentes países e pela lentidão dos mecanismos de cooperação internacional.

Por conta disso, começa a notar-se, ao lado da relativização do princípio da territorialidade e expansão do princípio de justiça universal, bem como da mitigação da exigência de dupla incriminação para extradição, uma tendência de uniformização relativa de legislações penais, em função de acordos internacionais,

²⁸⁰ A cooperação jurídica internacional tem sido considerada essencial ao esclarecimento das ações de grupos organizados, bem como para o bloqueio de bens e para a repatriação de ativos. Tais grupos, invariavelmente, valem-se de empresas ou instituições com sede em paraísos fiscais (DE SANCTIS, Fausto Martin. Op. cit., p. 65).

como no ramo do tráfico ilícito de entorpecentes, lavagem de dinheiro, corrupção transnacional e, mais recentemente, crime organizado.²⁸¹

No que diz respeito ao MERCOSUL, apesar de existir alguns acordos entre os países membros, percebe-se que ainda há uma longa caminhada a ser trilhada, principalmente porque ele ainda é tido como um universo intergovernamental, não tendo até agora alcançado o nível comunitário.

Importante ressaltar que qualquer acordo de cooperação penal internacional deve guardar respeito ao devido processo legal e às garantias mínimas do investigado ou acusado insculpidas nas várias declarações de direitos humanos, como por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Na área penal, o combate ao crime organizado transfronteiriço tem levado os Estados a se comprometerem a tipificar certas condutas, enquanto no plano processual penal tem feito com que haja a celebração de acordos de cooperação jurídica a fim de flexibilizar o princípio da territorialidade e possibilitar o cumprimento extraterritorial de medidas processuais oriundas de outro Estado. No intuito de se conseguir um eficaz enfrentamento ao crime organizado, a cooperação não deve ser apenas no âmbito judicial, que sempre exigiria a intervenção do Poder Judiciário, mas também entre autoridades policiais e ministeriais, prescindindo-se neste caso da interferência jurisdicional. De Sanctis²⁸² resume os institutos básicos da cooperação judiciária penal a extradição, auxílio judiciário (evita a expedição e o trâmite demorado de cartas rogatórias, uma vez que permite a transmissão direta), transferência de pessoas condenadas e transmissão de processos penais.

É possível se falar em cooperação jurídica penal internacional ativa, quando se pede algo a uma autoridade estrangeira, e passiva quando a autoridade estrangeira solicita algo. Em princípio, quando não houver tratamento diverso em lei própria, a cooperação que necessitar manifestação judicial exigirá que a comunicação seja feita através de carta rogatória e, quando não precisar de declaração judicial, que seja feita através da autoridade central prevista no acordo internacional (Ministro da Justiça ou Procurador-Geral da República, por exemplo). Podem ser citadas como formas de colaboração processual entre os Estados a extradição, execução de sentenças penais, acompanhamento e fiscalização de condenados ou em livramento condicional, entrega temporária de presos, remessa de valores ou documentos,

²⁸¹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 153.

²⁸² DE SANCTIS, Fausto Martin. Op. cit., p. 68.

explicação quanto ao direito aplicável, sentenças penais e antecedentes criminais, realização de notificações e intimações e transferência de processos penais.

Nessa linha da cooperação processual entre Estados, algumas considerações merecem ser feitas: a) quanto à forma, aplica-se a lei da parte requerente e quanto ao objeto, a lei da parte requerida; b) algumas formas de cooperação prescindem de manifestação judicial, podendo ser feitas através de uma autoridade central; c) a discussão quanto a eventual ofensa à soberania nacional em relação a execução de medidas decretadas por autoridades estrangeiras, pode ser equacionada na medida em que, necessariamente, a decisão judicial estrangeira deve passar por um exame de admissibilidade frente à legislação nacional para só depois ser cumprida, o que impede que a soberania seja afetada, porém, no que se refere à execução de pena privativa de liberdade há regras próprias de extradição e de homologação de sentença estrangeira, que devem ser respeitadas; d) pelo princípio de reciprocidade, a aplicação de lei estrangeira em outro Estado depende de consentimento deste sob condição de reciprocidade, porém já se tem começado a admitir a aplicação da legislação alienígena independentemente de reciprocidade quando, por exemplo, seja necessário para combater certas formas graves de criminalidade; e) o requisito da dupla incriminação, que consiste em a lei do Estado requerente produzir as mesmas consequências que a lei do Estado requerido nas mesmas circunstâncias, e que é tradicionalmente exigido para extradição e homologação de sentenças estrangeiras, merece alguma flexibilização para outras hipóteses de cooperação jurídica penal. Neste sentido, deve-se analisar não apenas o nome jurídico do crime, mas sim seus elementos, além de que, ainda quando não haja a dupla incriminação, será possível a assistência entre os Estados, desde que o fato que é tido como delito num Estado seja, ao menos, um ilícito civil no outro, como por exemplo, numa hipótese em que a lavagem de dinheiro seja tipificada como crime num Estado e, mesmo ainda não estando prevista como delito no outro, mas que contrarie seu ordenamento jurídico, e assim possa ser prestado o auxílio; f) deve haver compatibilidade entre os princípios gerais que regem os ordenamentos jurídicos de ambos os Estados que pretendem se valer da cooperação.

Pode-se citar as seguintes normas de cooperação jurídica penal envolvendo o Brasil: a) Código de Bustamante – Convenção de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos – que foi promulgado no Brasil pelo Decreto 18.871 em 13.08.1929, especialmente os livros III e IV nos artigos 296 a 437; b) Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657/42, nos artigos 12 e 17; c) artigos 780 a 790 do Decreto-Lei nº 3.689/41 - Código de Processo Penal; d) artigos 225 a 229 do Regimento Interno do STF; e) artigos 7º e 8º da Convenção de Viena de 20 de dezembro de 1988 contra o tráfico ilícito de

entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 162 de 14.06.1991 e promulgada pelo Decreto nº 154 de 26.06.1991; f) Convenção Interamericana sobre Prova e Informação Acerca do Direito Estrangeiro incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto nº 1.925 de 10.06.1996; g) artigos 77 e 78 da Lei nº 9.605/98 – cooperação em delitos contra o meio ambiente; h) artigo 8º da Lei nº 9.613/98 – cooperação no crime de lavagem de dinheiro; i) Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, inclusive Agentes Diplomáticos, promulgada pelo Decreto nº 3.167 de 14.09.1999; j) Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana de 17.10.1989, que foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 78 de 20.11.1992 e promulgado pelo Decreto nº 862 de 09.07.1993; l) Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa de 07.05.1991, que foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 77 de 19.11.1992 e promulgado pelo Decreto nº 1.320 de 30.11.1994; m) Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Colômbia, em 07.11.1997, que foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 41 de 18.06.1999; n) Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e a França de 28.05.1996, que foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 74 de 03.09.1999 e promulgado pelo Decreto nº 3.324 de 30.12.1999; o) Acordo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre o Brasil e o Uruguai de 28.12.1992, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 89 de 06.06.1995.

Ainda é possível mencionar o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais celebrado em Buenos Aires em 13.06.1996 entre o Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina, então membros do MERCOSUL, com o intuito de dar um primeiro passo rumo à harmonização das legislações na linha do compromisso firmado quando do Tratado de Assunção.

Em relação especificamente ao crime organizado, é importante destacar o Acordo de Cooperação na Luta Contra o Crime Organizado e o Tráfico de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, celebrado entre o Brasil e a Itália em 12.02.1997 e promulgado pelo Decreto nº 1.649 de 01.07.1998. Neste Acordo pode ser realçado o contido no artigo 7º, onde são previstas várias formas de colaboração entre os países, dentre elas, o intercâmbio de experiências e formas de luta contra o crime organizado; colaboração na investigação das causas, estruturas e forma como se manifesta o crime organizado; intercâmbio de informações operacionais às operações financeiras ilícitas, delitos ambientais, tráfico de substâncias tóxicas, armamento e explosivos.

Possivelmente o documento mais importante ligado ao combate ao crime organizado transnacional seja a Convenção de Palermo, da qual podem ser destacados os seguintes pontos ligados à cooperação jurídica entre os Estados-Partes: processos judiciais, julgamento e sanções (artigo 11); cooperação internacional para efeitos de confisco (artigo 13); jurisdição (artigo 15); extradição (artigo 16); transferência de pessoas condenadas (artigo 17); assistência judiciária recíproca (artigo 18); investigações conjuntas (artigo 19); técnicas especiais de investigação (artigo 20); transferência de processos penais (artigo 21); proteção das testemunhas (artigo 24); assistência e proteção às vítimas (artigo 25); medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei (artigo 26); cooperação entre as autoridades competentes para a aplicação da lei (artigo 27).

Um assunto que também merece ser abordado é o referente ao instituto do reenvio prejudicial. Nos dias de hoje, cada vez mais os juízes dos diferentes países são instados a aplicarem o direito internacional quando forem decidir. Neste passo, é imperioso, até mesmo para que seja garantida maior segurança jurídica, que não haja discrepâncias em relação à interpretação e aplicação dessas normas internacionais, a fim de que não sejam produzidos efeitos diferentes para a mesma norma em Estados que buscavam exatamente a harmonização de suas legislações. Diante disso, seria de grande serventia que se adotasse o instituto do reenvio prejudicial, pelo qual sempre que o juiz de um país ficasse em dúvidas quanto ao real sentido de uma norma comunitária, deveria formular questões prejudiciais e reenviá-las a um Tribunal Internacional, o qual, após interpretar a norma e fixar o seu alcance respondendo às questões prejudiciais, devolveria o processo ao juiz nacional para que, agora sim, aplique a norma ao caso concreto. O reenvio prejudicial, que já é largamente utilizado pelos Estados-Membros da União Europeia que mantém uma relação de cooperação com o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, sediado em Luxemburgo, também poderia ser aplicado no âmbito do MERCOSUL a fim de consolidar as normas internacionais deste bloco econômico e com isso possibilitar uma maior integração entre os países que dele fazem parte, além de gerar maior efetividade e credibilidade as suas normas. Evidentemente que a utilização do reenvio prejudicial no MERCOSUL passaria pela necessidade de se criar uma Corte Supranacional na região. Para concluir em poucas palavras: com a utilização do reenvio prejudicial será possível garantir uma aplicação e interpretação uniforme do Direito Comunitário.

Em relação à jurisdição penal internacional, vários questionamentos são levantados. Neste sentido, Antonio Cassese e Mireille Delmas-Marty²⁸³ analisando o tema da jurisdição penal internacional frente à soberania dos Estados dizem que:

O problema da soberania nacional está abertamente colocado diante da competência, mesmo teórica, de uma jurisdição penal internacional, pois “todos os aspectos da soberania encontram-se em primeiro plano: a ideia de uma jurisdição supranacional, o questionamento fático da competência territorial dos Estados, a hipótese de um direito penal internacional superior às leis nacionais, o desaparecimento da condição de nacional de um dado país, o surgimento de uma capacidade de sanção e talvez até mesmo de execução de um julgamento por autoridades internacionais”. Enquanto alguns regozijam-se por essa evolução, outros se inquietam, temendo a tutela política dos Estados que financiam o Tribunal sobre os juízes e duvidando da imparcialidade de um tribunal que corre o risco de ser “pelo direito contra a força” apenas “quando a força não é muito forte”, e de privilegiar assim os interesses, até mesmo militares, dos Estados financiadores. É verdade que, ao contrário das resoluções do Conselho de Segurança que conferem primazia às decisões dos Tribunais Internacionais *ad hoc*, o Estatuto de Roma preserva a competência dos Estados, afirmando já em seu preâmbulo que o Tribunal Penal Internacional é “complementar às jurisdições criminais internacionais”. No entanto, mesmo a competência universal das jurisdições nacionais pode apresentar delicados problemas de soberania. O paradoxo é que a jurisdição internacional surge, doravante, no campo penal, sobrepujando os Estados e podendo inclusive visar aos chefes de Estado no exercício do poder, quando o direito de punir, como as forças policiais que o sustentam, está tradicionalmente associado à soberania dos Estados.

João Davin, ao dissertar acerca da Cooperação Judiciária e Policial na União Europeia diante da criminalidade organizada transnacional, propõe as seguintes medidas:

- a) Cooperação sistemática entre os Estados-membros e coordenação com todas as autoridades competentes com vista a possíveis operações conjuntas no âmbito do combate à criminalidade organizada transnacional;
- b) A implementação e reconhecimento em todos os Estados-membros da UE de uma definição de criminalidade organizada;
- c) Ampla troca de informações entre as autoridades judiciárias e policiais quer a nível estritamente nacional quer a nível internacional;
- d) Utilização de técnicas de investigação mais aperfeiçoadas;
- e) Formação intensiva das autoridades judiciárias e policiais que se ocupam destas matérias;
- f) Fomento de programas de intercâmbio de magistrados e/ou Polícias para melhor conhecimento dos sistemas judiciais de outros Estados membros;
- g) A ratificação (prioritária) da Convenção Europeia de Auxílio Mútuo em Matéria Penal de 29 de maio de 2000;
- h) O firme apoio à Rede Judiciária Europeia, Eurojust, Europol e OLAF;
- i) A implementação das equipas de investigação conjuntas, com vista a actuação concertada e eficaz contra a criminalidade organizada, mormente aquela que actua/se dedica ao tráfico de estupefacientes, seres humanos e delitos sexuais envolvendo menores e/ou utilizando a Internet;

²⁸³ CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (coord). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**, p. XVI (introdução).

- j) A assinatura, ratificação e aplicação da nova Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.²⁸⁴

Em âmbito nacional, uma medida bastante útil seria a criação de Varas Criminais especializadas no combate ao crime organizado. Tal medida exigiria a especialização dos Juízes que nela atuassem e propiciaria uma dedicação exclusiva a estes processos ligados a organizações criminosas, que normalmente têm um grande número de réus e envolvem várias infrações penais e necessitam de uma análise diferenciada se comparados aos que envolvem os delitos corriqueiros. Neste sentido é a Recomendação n.º 3 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ²⁸⁵, que recomenda a especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas.

²⁸⁴ DAVIN, João. **A Criminalidade Organizada Transnacional. A Cooperação Judiciária e Policial na UE**, p. 104-105. Siglas utilizadas no texto: a) UE: União Europeia; b) Eurojust: tem por objetivo facilitar a coordenação adequada entre as autoridades repressivas nacionais e dar apoio às investigações criminais em processos de crime organizado, designadamente com base nas análises da Europol, bem como cooperar de forma estreita com a Rede Judiciária Europeia, em especial a fim de simplificar a execução das cartas rogatórias; c) Europol: visa facilitar o intercâmbio de informações entre os Estados-membros, recolhe e analisa informações oriundas das Polícias dos Estados-membros, comunica aos serviços competentes dos Estados-membros as informações que lhes digam respeito e informa-os imediatamente das ligações detectadas entre os fatos constituintes do crime em apreço, sendo que suas atribuições abrangem, entre outros crimes, a prevenção e a luta contra o terrorismo, o tráfico de estupefacientes, o tráfico de seres humanos, o tráfico ilícito de matérias radioativas e nucleares e o branqueamento de capitais; d) OLAF: sigla de Organismo Europeu de Luta Antifraude, sendo responsável por lutar contra fraudes aos interesses financeiros da União Europeia.

²⁸⁵ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12083&Itemid=675>. Acesso em: 16 de julho de 2011.

4 POLÍTICA CRIMINAL E SISTEMA PENAL: POSSIBILIDADES E GARANTIAS DE APLICAÇÃO PROPORCIONAL

O foco principal deste capítulo é apontar sugestões de combate ao crime organizado. Todavia, a luta contra o crime organizado, para ser bem sucedida, deve, necessariamente, também passar por atitudes ligadas à prevenção e à repressão num contexto mais amplo. Assim é que muitas das proposições a seguir formuladas não têm como destinatário específico o crime organizado. Deve-se deixar claro também, que não há, dentre as proposições, alguma proposta de endurecimento da legislação direcionada em tese, ao crime organizado, mas que na realidade vá acabar desaguando mesmo sobre a criminalidade tradicional, o que, conforme já anteriormente ressaltamos, seria equivocado. São apresentadas neste capítulo várias medidas preventivas e repressivas, nos campos social, político e legislativo.

Não se pode pensar, por outro lado, que a aplicação dessas medidas esgote o tema, como se nenhuma outra pudesse ser sugerida e executada com bons resultados, ou mesmo que a aplicação isolada de uma ou outra vá resolver este grave problema do crime organizado. É preciso que a aplicação delas abranja senão todas, pelo menos uma boa parte e ainda, que isso seja feito em todas as áreas simultaneamente, ou seja, no âmbito preventivo e repressivo e em termos sociais, políticos e legislativos.

Sabe-se da grande dificuldade em se apontar soluções a muitos problemas da área de segurança pública e não se tem a pretensão de trazer respostas prontas ou acabadas, mas sim, contribuir para a discussão e o aprimoramento das proposições adiante formuladas.

Sugere-se assim, as seguintes medidas:

Devem-se desenvolver programas de educação, sensibilização e mobilização do público com o intuito de modificar a atitude das pessoas e obter o respectivo apoio. Neste ponto, Ana Luiza Almeida Ferro, de forma irretocável, propõe:

a implantação de uma ampla política educacional, de cunho sistemático e permanente, em todos os níveis de ensino, do fundamental ao universitário, que promova uma mentalidade baseada na ética das relações pessoais, sociais, jurídicas, políticas e econômicas e na valorização dos frutos do trabalho honesto, do esforço pessoal e coletivo e do mérito, em disciplinas voltadas especificamente para a Ética e a Filosofia ou cujo conteúdo programático inclua noções neste sentido, em todos os níveis de ensino, do fundamental ao universitário, e em todos os cursos universitários.²⁸⁶

²⁸⁶ FERRO, Ana Luiza Almeida. Op. cit., p. 580.

Os vários órgãos de imprensa também podem e devem contribuir neste sentido, porém estudos sobre o impacto das atividades criminosas e a detecção das respectivas causas são imprescindíveis para que existam precisão e confiabilidade nos dados a serem divulgados.

À medida que a coletividade for tomando consciência dos malefícios que o crime organizado gera, haverá indubitavelmente um enfraquecimento das organizações criminosas. É preciso que a população entenda, por exemplo, que pensamentos como o “procurar sempre tirar o máximo de vantagem em tudo, não interessando a que preço”, o grande número de desempregos que ocorrem em razão da importação de produtos ilícitos ou sem o pagamento dos tributos devidos, o mero pagamento de propina a um guarda de trânsito para não ser multado, dentre tantas outras condutas, direta ou indiretamente, podem acabar fomentando práticas maiores ligadas ao crime organizado.

Também é importante que permanentemente sejam feitos estudos das várias formas de prevenir e reprimir o crime organizado e da redução ao mínimo dos seus efeitos, além de fazer um levantamento das estruturas do crime organizado e da eficácia das medidas para combatê-lo, a fim de se assegurar se estas realmente estão produzindo os efeitos desejados e, ao mesmo tempo, implementar uma possível readaptação delas. Um exemplo disso é o sistema de geoprocessamento de dados existente no estado do Paraná, que, em síntese, desenvolve bancos de dados para mapear o crime e reunir informações sobre os criminosos, identificando as áreas e horários onde mais têm ocorrido delitos e que precisam de um reforço policial.

Outra medida é desenvolver programas direcionados, sobretudo aos jovens e aos criminosos em potencial, com o intuito de diminuir as possibilidades de serem cooptados pelas organizações criminosas, como por exemplo, estimulando-os a práticas desportivas e a frequentar cursos técnico-profissionalizantes.

Interessante ainda desenvolver programas para enfrentar as mais diversas fraudes, principalmente no âmbito da informática, a exemplo do que a Receita Federal tem feito. Tais programas, mediante autorização judicial nas hipóteses de sigilo fiscal, também poderiam ser compartilhados com outros órgãos encarregados da persecução penal. Nesta mesma linha, podem ser desenvolvidos estudos para avaliar o grau de vulnerabilidade à fraude e para detecção de medidas para combatê-la.

Na área processual, principalmente em termos recursais, exige-se uma revisão. Hoje são tantos recursos, boa parte com cunho eminentemente protelatório, que faz com que muitos crimes acabem sendo atingidos pela prescrição ou acabem transitando em julgado mais de

uma década depois de praticados, gerando assim uma sensação de impunidade e descrédito em todos os órgãos incumbidos da persecução penal.

Algumas medidas também poderiam ser tomadas para desburocratização do inquérito policial, evitando-se que boa parte da instrução policial precise ser refeita na fase processual, como ocorre atualmente.

Acrescente-se que, em pleno século XXI, na era da informática, ainda existem delegacias e setores do Poder Judiciário no Brasil que não estão informatizados, atrasando ainda mais todo o procedimento.

Outro ponto sensível é a melhoria na qualificação dos policiais, membros do Ministério Público e juízes para o enfrentamento do crime organizado, dando-lhes uma melhor formação e informando-os sobre as técnicas já comprovadas e as novas tecnologias.

Para alcançar este objetivo no âmbito policial, é imprescindível que melhores salários sejam pagos, já que, atualmente, muitas pessoas que poderiam se tornar ótimos policiais acabam optando por outras carreiras mais bem remuneradas.

Conforme já citado no capítulo anterior no item “cooperação jurídica internacional”, a criação de varas criminais especializadas no combate ao crime organizado também pode surtir bons resultados. Tal medida exigiria a especialização dos juízes e promotores que nela atuassem e propiciaria uma dedicação exclusiva a estes processos ligados a organizações criminosas, que normalmente têm um grande número de réus e envolvem várias infrações penais e necessitam de uma análise diferenciada se comparados aos que envolvem a criminalidade tradicional. Neste sentido inclusive, é a Recomendação n.º 3 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que recomenda a especialização de varas criminais para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas.

Também é preciso aparelhar melhor as Polícias e os vários órgãos encarregados dos exames periciais, dotando-os, por exemplo, de instrumentos para realização de exames de DNA e impressões digitais. Não é possível que a base da grande maioria das investigações, por falta de aparelhamento pericial, continue a ser os interrogatórios dos suspeitos e os depoimentos das testemunhas, especialmente em relação à apuração de crimes praticados por organizações criminosas.

Um assunto que tem despertado a atenção é o ligado ao policiamento comunitário. Conforme previsão do artigo 144, § 8º da Constituição Federal: “Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”. Por este dispositivo, as guardas municipais têm basicamente a função de fazer a segurança de prédios públicos municipais, porém tal parágrafo poderia ser

modificado para que fosse prevista a criação da Polícia Comunitária, a qual teria por função inibir crimes menos graves, possibilitando assim que a Polícia Militar tenha mais tempo para se dedicar às infrações de maior gravidade.

É importante que haja uma aproximação da população com a Polícia, visto que, à medida que as pessoas conheçam melhor os policiais, passarão a se sentir mais estimuladas a lhes passarem as informações, fazendo com que a Polícia possa atuar nos principais problemas que abalam a comunidade. Junto com o policiamento comunitário também pode ser desenvolvido um sistema com câmeras de vigilância, para se fazer o monitoramento nos locais mais propensos a ocorrerem crimes.

Em relação ao narcotráfico, deve ser dado apoio técnico e financeiro, principalmente dos países mais ricos e desenvolvidos aos países produtores de drogas, com o objetivo de acabar com o cultivo e a exploração ilícita de drogas, podendo para tanto, serem desenvolvidos programas de substituição de culturas. Todos os países também deveriam buscar diminuir, ao máximo, dentro de seus territórios, a procura e o consumo de drogas ilícitas através, por exemplo, da aplicação de programas educativos para os jovens que ainda não tiveram contato com as drogas, tratamento para quem é surpreendido se drogando e campanhas informativas dos malefícios delas.

Outra medida bastante importante é a estruturação de um banco de dados único e realmente confiável com a qualificação, fotografia, antecedentes criminais, informação quanto à eventual mandado de prisão em aberto, propriedade de veículos e armas, dentre outros. É sabido que boa parte dos Estados federados possui seu próprio banco de dados, porém não há uma comunicação eficiente entre eles, fazendo com que aquele que pratique uma infração penal num Estado possa se refugiar em outro. Ao invés de 28 bancos de dados (um para cada Estado e outro para o Distrito Federal), será muito mais eficiente e prático que exista apenas um banco de dados em nível nacional, o qual deverá ter uma alimentação constante e segura.

Existe atualmente, em âmbito nacional, o sistema Infoseg,²⁸⁷ o qual passou recentemente por reformulações, porém ainda não é o sistema ideal nos moldes agora

²⁸⁷ O Decreto 6.138 de 28 de junho de 2007 institui, no âmbito do Ministério da Justiça, a Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização – Rede Infoseg. Os artigos 1º e 2º prevêm o seguinte:

“Art. 1º Fica instituída, no âmbito do Ministério da Justiça, a Rede de Integração Nacional de Informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização - Rede Infoseg, com a finalidade de integrar, nacionalmente, as informações que se relacionam com segurança pública, identificação civil e criminal, controle e fiscalização, inteligência, justiça e defesa civil, a fim de disponibilizar suas informações para a formulação e execução de ações governamentais e de políticas públicas federal, estaduais, distrital e municipais.

propostos, já que não há, notadamente por parte dos Estados membros, envio constante de informações para alimentar sua base de dados.

Em complementação a sugestão anterior, também facilitaria muito a identificação de qualquer pessoa se houvesse apenas um documento de identidade em âmbito nacional, semelhantemente ao que já ocorre com o CPF.

Atualmente, é possível que a pessoa tenha um RG em cada Estado, gerando assim a possibilidade de que, após cometer um delito num Estado, onde possui um determinado número de identidade, posteriormente mude-se para outro Estado, tire outro documento e comece a ter uma nova vida. Principalmente, em caso de pessoas que possuem nomes comuns e idênticos, como João da Silva, José da Silva, etc., isso acaba causando uma enorme dificuldade para a localização e eventual prisão.

Neste sentido, a Lei nº 9.454/97 previu a instituição de um número único de Registro de Identidade Civil - RIC, pelo qual cada cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, será identificado em suas relações com a sociedade e com os organismos governamentais e privados. Alguns dispositivos dessa lei chamam a atenção. Os parágrafos 1º e 2º do artigo 3º, com a redação dada pela Lei nº 12.058/2009 prevêm que a União está autorizada a firmar convênios com os Estados e o Distrito Federal para a implementação deste número único de registro de identificação civil e que os signatários do convênio participarão do Sistema Nacional de Registro de Identificação Civil e ficarão responsáveis pela operacionalização e atualização, nos respectivos territórios, do Cadastro Nacional de Registro de Identificação Civil, em regime de compartilhamento com o órgão central. Pergunta-se: E os Estados que não quiserem firmar convênio? E, dentre os conveniados, qual a garantia de que realmente farão uma atualização constante da base de dados? A lei também não diz que os documentos de identidade atualmente expedidos pelos Institutos de Identificação estaduais, não mais poderão ser expedidos.

O artigo 5º da Lei nº 9.454/97 dispõe que o Poder Executivo providenciará, no prazo de cento e oitenta dias, a regulamentação dela e, no prazo de trezentos e sessenta dias, o início

Art. 2º Poderão participar da Rede Infoseg os órgãos federais da área de segurança pública, controle e fiscalização, as Forças Armadas e os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, e, mediante convênio, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. § 1º O Ministério da Justiça fica autorizado a celebrar convênio com empresas públicas que têm por finalidade a prestação de serviço de processamento de dados aos órgãos e entes de que trata o *caput*, vedada a utilização por essas empresas dos dados e informações da Rede Infoseg para finalidades próprias ou diversas daquelas relacionadas ao serviço de processamento de dados prestados aos referidos órgãos e entes. § 2º O convênio de que trata este artigo atribuirá aos convenientes a obrigação para que, dentro de suas respectivas competências, gerenciem e atualizem *on line* seus respectivos dados, disponíveis para consulta via Rede Infoseg.”

de sua implementação. Apesar da lei ser de 07 de abril de 1.997, ela apenas acabou regulamentada pelo Decreto 7.166 de 05 de maio de 2010. Consta no artigo 10 deste Decreto que os demais cadastros públicos federais de identificação do cidadão poderão adotar o RIC em substituição ao seu próprio número e que a implementação do RIC não comprometerá a validade dos demais documentos de identificação. Já no artigo 11 a lei diz que o RIC deverá observar sistemática que favoreça a unificação dos demais documentos de identificação vigentes, “com prioridade para a integração das bases de dados das carteiras de identidade emitidas por órgãos de identificação dos Estados e do Distrito Federal”. A questão que fica é se o RIC acabará sendo somente mais um documento ou se realmente acabará propiciando a unificação. Enquanto essa unificação não ocorre, continua a possibilidade da mesma pessoa ter vários documentos de identidade em Estados diferentes.

Outra sugestão é formar uma carreira própria para o setor burocrático e administrativo em todas as Polícias. Estes servidores seriam contratados, mediante concurso público, para o desempenho de atividades internas com salários menores que os dos policiais.

Essa medida possibilitaria que muitos policiais, que hoje ficam dentro de quartéis e delegacias desempenhando atividades essencialmente burocráticas, fossem para as ruas. A presença física do policial, além de dar uma sensação maior de segurança a toda população, também desencoraja a ação dos infratores.

Em relação à reincidência, as estatísticas demonstram que os índices dela no Brasil são altos, porém em presídios modelo, como as Penitenciárias Estaduais de Cascavel, Guarapuava e Foz do Iguaçu, todas no estado do Paraná, estes mesmos índices são muito pequenos.

Fica evidente que o já escasso dinheiro público do setor prisional precisa ser mais bem gasto. Não se pode simplesmente sair por aí construindo cadeias e depositando presos, como se fossem objetos, sem se preocupar com a necessária ressocialização deles. A superlotação favorece a ocorrência de rebeliões, dificulta o controle dos grupos que comandam o crime organizado de dentro dos presídios e torna extremamente difícil a recuperação e reinserção na sociedade dos detentos.

Medidas eficazes precisam ser tomadas também para evitar que telefones celulares cheguem às celas. Não se pode esquecer que boa parte das ações criminosas de algumas facções, como por exemplo, o PCC – Primeiro Comando da Capital tem nascido dentro dos presídios com a utilização destes telefones, isso sem falar das diversas extorsões que tinham se generalizado pelos quatro cantos do país e tinham como alvo pessoas comuns que eram obrigadas a depositarem dinheiro em contas bancárias mediante ameaças.

Outro ponto ainda a ser destacado, é que não é adequada a construção de presídios anexos às delegacias. Nestes casos, os policiais, os quais não são nem fizeram concurso para carcereiro, acabam sendo desviados de suas funções e ficam cuidando de presos, ao invés de estarem nas ruas investigando.

Em relação às fronteiras do Brasil, providências precisam ser tomadas, principalmente na divisa com o Paraguai. Quase 100% (cem por cento) da maconha que é comercializada no Brasil vêm deste país e boa parte da cocaína também passa pelo território paraguaio antes de entrar no território nacional. Mais da metade das armas e munições ilegais que estão no Brasil veio do Paraguai. Carros e caminhões todos os dias são furtados e roubados em várias cidades brasileiras e tem como destino este país, onde não encontram barreiras para serem “legalizados”. A grande maioria dos produtos falsificados ou oriundos de contrabando e descaminho que são revendidos por todo o Brasil também vem do Paraguai.

É muito mais racional e econômico desenvolver um policiamento na área de fronteira do que esperar a droga, as armas e munições, etc., chegarem às grandes cidades para só então tentar fazer as respectivas apreensões. Muitas vidas seriam poupadas e, em pouco tempo, as organizações criminosas atuantes nessas áreas seriam obrigadas a encontrar outras rotas, que não o Brasil, para continuarem suas atividades.

Também é imprescindível que o legislador brasileiro, de uma vez por todas, conceitue, com precisão, o que vem a ser o crime organizado, podendo para isso, tomar por base as características das organizações criminosas antes citadas.

Qualquer medida para enfrentar o crime organizado, sem este cuidado, pode cair no vazio, à medida que se luta contra um inimigo que nem ao menos se sabe quem é.

Conforme exposto no primeiro capítulo, no item “um ponto de partida”, o conceito poderia ser construído com base nas características comuns dos diversos paradigmas das organizações criminosas, as quais também deveriam constar como elementares numa eventual tipificação. Todas as demais características, não essenciais ou comuns, poderão servir para reforçar a existência da organização criminosa, sem, no entanto, fazerem parte da sua definição básica e, em caso de tipificação, servirão como circunstâncias a influírem na aplicação da pena como causas especiais de aumento.

Considerando que a internacionalização, como acima exposto, também constitui uma das características marcantes do crime organizado mundial, é de suma importância que os países se juntem nesta luta, celebrando para tal, acordos e tratados internacionais. Poderia ser incluído algum dispositivo legal na própria Lei nº 9.034/95 ou mesmo em outra que pudesse vir em substituição a ela, mesmo que como norma programática, prevendo e

estimulando a celebração de acordos e tratados internacionais em vários assuntos, como por exemplo, a quebra de sigilos fiscal e bancário, interceptação telefônica, sequestro de bens, lavagem de dinheiro, etc.

Entretanto, para que tais acordos e tratados possam realmente ser eficazes, deve-se buscar a ratificação universal e o total cumprimento dos textos, uma rápida cooperação judicial e assistência jurídica mútua entre as nações, assim como a aplicação de medidas de cooperação técnica específicas para lidar com o crime organizado, com ênfase na melhoria da capacidade das instituições para captar e analisar dados e também para que haja um constante aperfeiçoamento dos policiais para investigarem essa macro criminalidade

Ainda neste campo da cooperação internacional, deveria ser dada prioridade às questões de auxílio judiciário e também em âmbito policial, cumprimento de diligências processuais e execução de sentenças penais, notadamente as medidas de sequestro, indisponibilidade, confisco e perda de bens e a processos de extradição.

Tais acordos e tratados são essenciais para a investigação das atividades de “regularização ou legalização” do dinheiro obtido com atividades das organizações criminosas, assim como de empresas implantadas em paraísos fiscais.

Poderiam também ser promovidas conferências regionais, nacionais e internacionais com a participação de representantes das Polícias, do Ministério Público e do Poder Judiciário para que fossem desenvolvidas parcerias de cooperação técnica e para que fossem compartilhadas experiências.

Outra providência que pode trazer bons resultados é a aplicação da pena de perdimento de bens ao crime organizado, substitutiva ou cumulativa da pena privativa de liberdade, independentemente do preenchimento dos requisitos do artigo 44 do Código Penal.

A Constituição Federal no artigo 5º, XLVI, “b” prevê a possibilidade de a lei adotar a pena de perda de bens. O Código Penal no artigo 43, II combinado com o artigo 45, §3º previu a possibilidade de aplicação dessa pena como substitutiva da privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, desde que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo. Devem ainda concorrer, os requisitos do réu não ser reincidente em crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Uma área da criminalidade em que a pena de perda de bens também poderia ser bastante aplicada é a do crime organizado. Muitas vezes não é possível, principalmente em razão da complexidade da organização criminosa, demonstrar-se a origem ilícita dos bens do

condenado, a fim de possibilitar a medida do sequestro, como previsto no artigo 125 do Código de Processo Penal. Na pena de perda de bens não se questiona a origem lícita ou ilícita dos bens e, uma vez que ela seja aplicada com prudência e sensibilidade, pode se transformar numa das sanções mais adequadas para muitas hipóteses de enriquecimento ilícito.

Esta pena de perda de bens deve ser disciplinada em lei, especialmente como controle do crime organizado, que cada vez mais se utiliza de “empresas de fachada” para suas atividades e também deverá prever a indisponibilidade dos bens do acusado para assegurar a execução dessa pena de perda de bens. A indisponibilidade seria medida cautelar regida, evidentemente, por seus clássicos pressupostos: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Acrescente-se também que esta pena também tem a seu favor o fato de contribuir para a tendência atual de “despenalização”, que significa evitar, dentro do possível, a pena privativa de liberdade.

Deve-se frisar que a pena de perda de bens e valores não se confunde com o confisco de bens que constituírem instrumento, produto ou proveito do crime (artigo 91, inciso II, *a* e *b* do Código Penal). Enquanto a perda de bens e valores é pena principal, o confisco configura mero efeito secundário extrapenal da condenação. Além disso, a pena de perda de bens refere-se a bens de natureza e origem lícitas, o que não ocorre com o confisco.

Poderia ocorrer também a modificação da confissão do acusado de mera circunstância atenuante nos termos do artigo 65, III, *d* do Código Penal para causa de diminuição de pena. Essa transformação possibilitaria a redução da pena aquém do mínimo legal, sendo medida a ter sempre incidência quando da aplicação da pena, já que atualmente em muitos casos em que a pena fica próxima do mínimo legal, a confissão acaba sendo pouco estimulante ao acusado.

Na mesma linha da sugestão anterior, seria a transformação da circunstância atenuante da reparação dos danos, prevista no artigo 65, III, *b*, *in fine* do Código Penal, em causa de diminuição de pena, semelhantemente ao que já ocorre com o arrependimento posterior previsto no artigo 16 do Código Penal. Esta medida estimularia a que o acusado assim agisse mesmo que após o recebimento da denúncia ou queixa. Evidentemente, que quanto antes for feita a reparação do dano, maior deverá ser a redução da pena para aquele que esteja envolvido com o crime organizado. Esta medida teria como grande beneficiário o próprio Estado, principalmente nos casos de crime organizado envolvendo corrupção de agentes públicos e desvios de vultosas quantias do erário.

No campo da lavagem de dinheiro, é fundamental o desenvolvimento de técnicas para colaboração recíproca entre os países para seguir a “pista do dinheiro” (*follow the money*) ligado ao crime organizado. Devem ser respeitadas as ordens judiciais para bloqueio de bens e contas e para a confecção e busca e apreensão de documentos ligados à pista do dinheiro, especificamente as determinações às instituições financeiras para que forneçam todos os dados que possibilitem descobrir ou seguir a dita pista, como por exemplo, em relação às contas de determinada pessoa ou sobre a transação habitual de alguma mercadoria. O princípio do sigilo dos dados ou da confidencialidade nunca deve prevalecer sobre uma ordem judicial. Ainda nessa linha, poderiam ser desenvolvidos estudos visando delimitar os mercados financeiros lícitos e ilícitos.

Vários questionamentos e observações em relação aos diversos meios de investigação e formação de provas foram feitos no capítulo anterior. Pensa-se que boa parte dos problemas poderia ser resolvida com uma legislação mais clara e minuciosa a respeito da utilização deles.

Especificamente no que se refere à interceptação telefônica, a qual se acredita ser atualmente um dos meios mais eficazes, senão o mais eficaz na luta contra o crime organizado, urge que sejam desenvolvidos meios de operacionalização técnica das interceptações para além das fronteiras entre os países, assim como um aprimoramento da Lei nº 9.296/96 a fim de pacificar discussões ligadas a alguns dos seus dispositivos.

O combate à corrupção é outra medida absolutamente necessária nessa luta contra o crime organizado. A corrupção coopera para o desenvolvimento de atividades à margem da lei impedindo a aplicação dela. Há uma relação intrínseca entre a corrupção e muitas organizações criminosas, especialmente as de tipo endógeno. A aplicação de uma legislação apropriada e a promoção da cooperação internacional para fazer frente às práticas corruptas reforça a capacidade de lutar contra o crime organizado.

Neste ponto, é que se torna importante que seja dado cumprimento pelo maior número possível de países da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional²⁸⁸ e da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção.²⁸⁹

²⁸⁸ Conforme antes citado quando da explicação da característica das organizações criminosas “conexão estrutural com o poder público”, consta na Convenção de Palermo no artigo 8º a recomendação para que os Estados Partes adotem medidas legislativas e outras que sejam necessárias para caracterizar como infrações penais os diversos atos de corrupção e no artigo 9º constam medidas contra a corrupção. No artigo 7º do Código de conduta para os agentes responsáveis pela aplicação da lei, anexo da resolução 34/169 da Assembleia Geral das Nações Unidas, consta que os agentes responsáveis pela aplicação da lei não cometerão qualquer ato de corrupção e deverão se opor e combater rigorosamente tais atos.

É necessário depurar os órgãos ligados à repressão, a exemplo das forças policiais, expulsando seus integrantes já viciados e os que integram organizações criminosas. Não se pode esquecer que o combate à corrupção também deve passar por outras categorias, como a política, em que é necessário um maior controle do financiamento das campanhas eleitorais e das relações entre empresas e candidatos eleitos por ela apoiados.

Também é fundamental que sejam reservados poderes suficientes aos órgãos de repressão, tomando-se o cuidado para o respeito dos direitos humanos. Nesta esteira, poderiam ser criados grupos de força-tarefa,²⁹⁰ órgãos especializados para combater o crime organizado, composto, por exemplo, por membros do Ministério Público, das Polícias, Receitas, órgãos de inteligência, etc. Assim como o crime organizado, os grupos de força-tarefa também devem ser organizados, devem unir esforços entre os órgãos para que atuem eficientemente na persecução criminal.

Cada órgão que vier a integrar o grupo deverá, dentro de suas possibilidades, fornecer agentes, veículos, armas, equipamentos de investigação, etc. Deve-se construir uma estrutura material condizente com o combate à organização criminosa, com computadores, *softwares*, micro-câmeras, dentre outros instrumentos tecnológicos.

Todos os membros do grupo devem ter em mente que estarão lutando em prol de um mesmo objetivo e assim não devem ser aceitas situações de “ciúmes” entre integrantes das mesmas instituições ou de instituições diferentes ou mesmo disputa entre eles.

Outra medida que frequentemente é alvo de discussões, refere-se à unificação das Polícias Civil e Militar. Haveria uma única Polícia no âmbito estadual tratando da prevenção, repressão e investigação, porém a questão não é tão simples quanto em um primeiro momento possa parecer. Há uma série de questões que precisam ser solucionadas para que tal medida se mostre viável: a) Questões Normativas: num comparativo entre a Polícia Civil e a Polícia Militar, pode-se dizer que, enquanto na área penal aplicam-se aos integrantes da Polícia

²⁸⁹ A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC) foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro do mesmo ano. O Congresso Nacional aprovou seu texto por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005 e, pelo Decreto 5687, de 31 de janeiro de 2006, a Convenção foi finalmente promulgada, passando a vigorar no Brasil, com força de lei. O texto da Convenção está disponível em: http://www.unodc.org/pdf/brazil/ConvONUcorrup_port.pdf Acesso em 28.08.2011.

²⁹⁰ Os grupos de força-tarefa são considerados pelos agentes norte-americanos o melhor sistema para o efetivo enfrentamento às organizações criminosas. Estes grupos são criados sob a ideologia da cooperação mútua entre os diversos órgãos de persecução detentores de diversas atribuições para a atuação na área penal. Tais órgãos reúnem-se e passam a trabalhar em conjunto, com unidade de atuação e de esforços, com o direcionamento para a investigação, análise e iniciativa de medidas coercitivas voltadas para o desmantelamento das estruturas criminosas, usando-se dos mais diversos instrumentos de investigação e mecanismos legais (MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. cit., p. 51-52).

Civil o Código Penal comum, para os integrantes da Polícia Militar, em regra, aplicam-se os dispositivos do Código Penal Militar, sendo que o processo dos primeiros ocorre no âmbito da Justiça Comum e o processo dos militares, em regra, no âmbito da Justiça Castrense. No aspecto administrativo, para os policiais civis há um estatuto próprio, diferente do utilizado para os policiais militares. A Polícia Militar tem por incumbência maior o policiamento preventivo e ostensivo e a preservação da ordem pública, enquanto a Polícia Civil a função de Polícia Judiciária²⁹¹ e a apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º e § 5º da Constituição Federal). Deve-se, no entanto, frisar que a Polícia Militar também, no que diz respeito às infrações militares, tem como incumbência a investigação delas; b) Questões Normativo-Comportamentais: desde a academia de polícia já é diferente, pois que enquanto, em regra, os cursos de formação técnico-profissionais dos policiais civis tem a duração aproximada de 4 (quatro) meses, os dos policiais militares tem cerca de 9 (nove) meses, além de que o conteúdo programático dos cursos de formação não são iguais. Para os Delegados de Polícia exige-se como requisito básico o bacharelado no curso de Direito, o que não é exigido para os Oficiais da Polícia Militar. Há uma valorização maior dos princípios da hierarquia e disciplina no âmbito militar, além de que, enquanto os civis não possuem uma vestimenta padrão, os militares usam farda. Existem quartéis para a Polícia Militar e delegacias para a Polícia Civil; c) Questões Comportamentais: há uma resistência histórica dos integrantes da Polícia Civil e Polícia Militar em trabalharem juntos e trocarem informações, agindo como se cada instituição fosse uma ilha, o que acaba ainda refletindo numa competição entre as instituições.

Nessa linha da unificação, uma das propostas seria a desconstitucionalização das Polícias Civil e Militar, transferindo aos Estados o poder para definirem em suas respectivas Constituições, o modelo de Polícia que desejam, precisam ou podem ter. Cada Estado poderia manter as duas Polícias ou fazer modificações dentro das peculiaridades locais. Se o Estado julgar que as duas Polícias estão desempenhando um bom trabalho e funcionando adequadamente, optaria por mantê-las. Caso o Estado entenda que a avaliação delas não é positiva, poderia implementar mudanças experimentando novos modelos.²⁹²

²⁹¹ A função de Polícia judiciária liga-se ao dever de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo mandados de prisão e de busca e apreensão, fazendo a condução coercitiva de testemunhas ou de presos para oitiva pelo juiz etc. Cabe ressaltar que não se descarta a possibilidade da Polícia Militar também exercer um papel auxiliar ao Poder Judiciário, como normalmente ocorre em relação à escolta de presos para audiências.

²⁹² Luiz Eduardo Soares exemplifica alguns modelos que poderiam ser utilizados: unificação das atuais Polícias estaduais; criação de Polícias metropolitanas e municipais (pelo menos nos municípios maiores) de ciclo completo; divisão do trabalho entre Polícias municipais, estaduais e federais, de acordo com a complexidade dos crimes a serem enfrentados, sabendo-se, porém, que todas atuariam em regime de ciclo completo, ou seja,

Independentemente do caminho que venha a ser trilhado, seja ou não pela unificação, não é correto achar que todos os problemas de segurança pública se resumem ao mau funcionamento da Polícia, e creditando exclusivamente a ela tão complexa solução. Não há dúvida que por trás de boa parte das infrações penais existem problemas sociais, que vão desde a educação, saúde e moradia até questões ligadas à própria desestrutura das famílias. Não se nega, por outro lado, que, especificamente no que concerne às Polícias Civil e Militar, falta uma maior integração entre elas, as quais, não raro, competem para cumprir as mesmas funções no mesmo espaço. Há uma sobreposição de funções, mas sem trocar nenhuma informação, o que acaba gerando uma competição entre elas. O ideal seria que houvesse cooperação ou integração e não competição.²⁹³

Um ponto que merece destaque é que a investigação de organizações criminosas muitas vezes esbarra em interferências e pressões de terceiros, especialmente em relação às organizações de tipo endógeno, em que agentes públicos usam de suas posições para auferir vantagens ilícitas por longos períodos de tempo. Crimes de concussão, corrupção ativa e passiva, peculato, fraude em licitações e contratos públicos são algumas das infrações comumente praticadas por tais organizações criminosas.

Principalmente quando há envolvimento de agentes públicos de altos escalões do governo, magistrados, membros do Ministério Público e policiais, a investigação sobre crimes perpetrados por eles acaba tendo uma dificuldade ainda maior em razão da falta das garantias

investigando e cumprindo o patrulhamento uniformizado (SOARES, Luiz Eduardo. **A política nacional de segurança pública: histórico, dilemas e perspectivas**, p. 90). Jorge da Silva traz as seguintes opções: manter o modelo atual; fusão da Polícia Civil e da Polícia Militar numa única Polícia estadual completa, executando todas as fases da função policial; manutenção das duas Polícias, mas com pequena modificação nas atribuições: Polícia Civil com as funções de apuração de crimes de autoria desconhecida, repressão à criminalidade organizada e investigação especializada e Polícia Militar com função de policiamento ostensivo e lavratura de autos de flagrante nos casos de prisão efetuadas por policiais militares; criação de Polícia metropolitana e Polícia do interior, ambas de ciclo completo; manutenção das duas Polícias, mas com absorção pela Polícia Civil dos serviços e grande parte dos efetivos da Polícia Militar (SILVA, Jorge da. **Criminologia crítica – segurança e polícia**, p. 423-435).

²⁹³ Acredita-se que a manutenção da Justiça Militar deve ser repensada. A investigação especializada de um crime militar numa cidade do interior com a utilização, por exemplo, de interceptação telefônica, enfrenta grandes dificuldades, já que as Varas Militares concentram-se basicamente nas capitais, o que atrapalha a agilidade necessária para o bom andamento das investigações, além de que a competência está a cargo de um juiz distante do local dos acontecimentos, isso sem falar dos entraves da instrução processual com o deslocamento para oitiva de testemunhas ou através da expedição de precatórias. Os batalhões das Polícias Militares também não estão adequadamente estruturados com material para um tipo de investigação como essa. Uma alternativa poderia ser a extinção da Justiça Militar, com a conseqüente revogação dos Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, porém com criação de um novo título na parte especial do Código Penal comum para os crimes militares próprios, os quais passariam a ser julgados pela Justiça Comum. Os crimes militares impróprios simplesmente desapareceriam, já que os seus equivalentes no Código Penal comum seriam aplicáveis a todos indistintamente, sejam militares ou não. Os policiais militares seriam julgados pela Justiça Comum Estadual, enquanto os militares das forças armadas pela Justiça Comum Federal.

constitucionais para o Delegado de Polícia que estiver presidindo o inquérito policial. São situações em que um simples telefonema, pode ensejar a transferência do Delegado de Polícia que estiver à frente de uma investigação que envolva determinada pessoa politicamente influente, para que passe a exercer suas funções em lugar distante das investigações. Com propriedade, Rogério Greco afirma:

Com um simples ato publicado no Diário Oficial, aquela autoridade policial que estava fazendo um trabalho excepcional de investigação, pode ser retirada do caso. Dessa forma, o temor com a sua própria carreira poderá inibir que sejam realizadas, em algumas situações, diligências importantes, que pessoas influentes sejam devidamente investigadas etc.

(...)

Tal como ocorreu com o Ministério Público, devemos nos mobilizar no sentido de fazer com que a autoridade policial tenha as mesmas garantias, impedindo, dessa forma, que venha a sofrer qualquer ingerência externa, que possa dificultar a correta condução do inquérito policial.

Tanto a Polícia, quanto o Ministério Público e a Magistratura devem estar resguardados dos “violadores de consciência”, ou seja, de pessoas inescrupulosas, que se valem de suas posições políticas a fim de evitar que Justiça seja feita no caso concreto.²⁹⁴

A fim de evitar tais ingerências na presidência de inquéritos policiais, devem ser estendidas aos Delegados de Polícia, através de emenda constitucional, as mesmas garantias dos magistrados e membros do Ministério Público, quais sejam a vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado, a irredutibilidade de subsídio e, principalmente, a inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente da respectiva Polícia, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa.²⁹⁵

Algumas das medidas acima propostas exigem grandes investimentos financeiros. Neste sentido, uma maneira de se obter parte destes recursos, pode ser através da venda dos milhares de veículos que se encontram apreendidos nos pátios das delegacias, depositários públicos, batalhões da Polícia Militar e DETRANs de todo o país.

Para muitos destes veículos será decretada a perda e assim acabarão não sendo restituídos. Outra parte, no momento em que ocorrer a restituição, em regra, já estarão sucateados.

²⁹⁴ GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**, p. 85-86.

²⁹⁵ No artigo 9º, item 2, da Convenção de Palermo, há a recomendação para que sejam adotadas medidas para se assegurar que as autoridades atuem eficazmente em matéria de prevenção, detecção e repressão à corrupção de agentes públicos, “inclusive conferindo a essas autoridades independência suficiente para impedir qualquer influência indevida sobre a sua atuação”.

Após a apreensão dos veículos, poderia ser dado um prazo de, por exemplo, 60 a 90 dias, dentro do qual, se não ocorrer a restituição, o veículo será imediatamente direcionado à venda. Essa venda pode se dar através de leilão judicial ou outra forma que se entenda mais adequada ao caso.

Todo o dinheiro arrecadado será creditado a um fundo especial de segurança pública, havendo a divisão da receita em percentuais proporcionais entre os Estados e a União, para que apliquem estes recursos como melhor entenderem, por exemplo, melhorando os salários dos policiais, reequipando as Polícias etc. Nas hipóteses em que futuramente for deferida a restituição dos veículos, haveria o pagamento pelo seu equivalente em dinheiro, o qual sairia também deste fundo.

Essa medida, a ser implementada através de lei, propiciaria a arrecadação de vultosa quantia aos cofres públicos para serem empregados em segurança pública, ao mesmo tempo em que, os donos dos veículos, na hipótese de restituição, não receberiam automóveis já bastante depreciados pela ação do tempo.

Acrescente-se ainda, a limpeza que ocorreria nos pátios das delegacias, depositários públicos, batalhões da Polícia Militar e DETRANs. Funcionários dessas instituições não precisariam se preocupar com a guarda e conservação de milhares de veículos, além de haver um benefício para a própria saúde pública, já que frequentemente estes automóveis acabam se tornando criadouros de insetos, a exemplo do mosquito da dengue.

Finalmente, acreditamos que todos devem ter direito a trinta dias de férias somente, não se justificando a manutenção de períodos superiores a estes, como o que ocorre atualmente com magistrados e membros do Ministério Público e dos legislativos federal, estaduais e municipais. Seria até dispensável dizer o quão importante são as funções desempenhadas por estas pessoas e o quanto isto implicaria em benefícios a toda a sociedade, desde a confecção de leis até uma melhor prestação jurisdicional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente cabe destacar em relação à terminologia, que a expressão “crime organizado por natureza” equivale à própria organização criminosa, enquanto a expressão “crime organizado por extensão” é o crime praticado pela organização criminosa. Atinente à expressão “organização criminosa” poderia também se dizer que o mais adequado seria a utilização da expressão “organização de criminosos”, pois não é a organização que é criminosa ou sujeito ativo de crimes, mas sim que os crimes são praticados pelos seus membros.

Preliminarmente, foi necessário abordar a questão ligada à própria existência das organizações criminosas.

Pelo “discurso do mito” não existem organizações criminosas e, como consequência, o conceito seria uma criação ou categoria forjada a partir da história e dos casos estadunidense e italiano, que foi exportada, mediante acordos ou pressão internacional, para os países periféricos a fim de estabelecer soluções que seriam inadequadas e alheias à tradição jurídica destes países, além de que a concepção do crime organizado tomaria por base um direito penal e processual penal autoritários, com o intuito de recrudescimento da legislação, que, em verdade, acabaria tendo como destinatária a criminalidade tradicional. Finalmente, não existiriam evidências empíricas confiáveis sobre a existência do crime organizado.

Um segundo posicionamento amparado na “teoria da conspiração”, defende que o crime organizado, em regra praticado por estrangeiros, é uma organização complexa envolvida com a prática de vários crimes de grande lucratividade, e que o lucro seria objeto de lavagem de dinheiro e também serviria para a cooptação de agentes públicos. Assim, para o enfrentamento das organizações criminosas seriam possíveis a alteração das regras tradicionais de imputação penal, a diminuição de garantias processuais e a adoção de medidas específicas de investigação de longo prazo e grande amplitude objetiva e subjetiva.

Em relação às duas correntes acima, cabem as seguintes considerações: a) na Itália houve grandes processos em que se produziu farta comprovação do caráter associativo da máfia; b) sem dúvida, há uma utilização exagerada e equivocada de muitos discursos políticos e setores da mídia em relação ao crime organizado, fazendo com que o Estado tenha o dever de informar a população sobre suas reais dimensões; c) embora até possa existir certa relação entre pobreza e crime, essa relação não é absoluta, não sendo, portanto, correto simplesmente imputar à organização social a causação da criminalidade. Deve-se buscar um ponto de equilíbrio entre a repressão ao crime e, simultaneamente, atacar suas causas; d) em relação à

xenofobia, embora possa haver traços dela, especialmente nos mecanismos de seleção da Polícia no momento de efetuar a persecução penal, não se pode esquecer que a existência de redes étnicas internacionais criadas pela migração facilita os contatos com agentes localizados em outros países; e) o combate ao tráfico de pessoas, drogas e animais, por exemplo, deve ser feito tanto nos países fornecedores, como nos países consumidores, atingindo assim também os países ricos; f) há certo exagero em relação ao grau de ameaça que representa o crime organizado, especialmente em relação à participação maciça de agentes públicos e o risco para a democracia, sob a influência da confusão entre crime organizado e terrorismo.

Não há como negar que o crime organizado é uma realidade, sendo que com a globalização e o grande avanço tecnológico ocorrido nas últimas décadas, ele encontrou um terreno fértil para se expandir ainda mais entre vários países. O crime organizado passou a ser uma preocupação mundial, fazendo com que no ano 2000 fosse publicada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Com frequência utiliza-se a expressão crime organizado em obras cinematográficas, livros, peças teatrais, programas televisivos, na imprensa em geral e por muitos políticos oportunistas, porém sem o necessário rigor técnico. O que acaba acontecendo é que se imputam às organizações criminosas fatos que não são frutos de suas ações, porém a utilização da expressão crime organizado acaba chamando mais a atenção, aumentando os índices de audiência e facilitando a comercialização de anúncios publicitários por preços maiores, além de possibilitar a autopromoção de alguns políticos, que se aproveitam da sensação de medo produzida, para fazerem, repentinamente, leis que supostamente trarão de volta a tranquilidade social. Por isso é que, para evitar qualquer utilização errônea da expressão crime organizado, foi necessário trazer à tona as diferenças em relação à criminalidade de grupo, criminalidade profissional, crime isolado cometido de forma organizada, gangues juvenis, grupos terroristas e criminalidade de massa.

A criminalidade organizada é uma espécie de criminalidade de grupo que possui as características da organização, estabilidade, planejamento e finalidade de obtenção de lucro.

Tanto na criminalidade organizada como na criminalidade profissional a prática de crimes não é um ato eventual ou ocasional, mas um meio de vida, porém, enquanto a criminalidade organizada é necessariamente cometida por uma pluralidade de indivíduos, a criminalidade profissional é desenvolvida por um ou vários agentes que a exercem em tempo integral. Pode-se dizer assim, que a criminalidade organizada também é uma espécie de criminalidade profissional.

O crime isolado cometido de forma organizada, apesar de possuir planejamento, finalidade de obtenção de lucro e divisão de tarefas, não possui o requisito da estabilidade ou permanência, típico das organizações criminosas, sendo, na verdade, uma hipótese de concurso de pessoas para a prática de um crime isolado.

As gangues juvenis, compostas por crianças e adolescentes, não tem suas ações, em regra, direcionadas ao lucro de forma organizada como ocorre com as organizações criminosas.

Enquanto as organizações criminosas visam ao lucro, os grupos terroristas objetivam a tomada do poder político sob a alegação de uma ideologia política, religiosa ou étnica, não tendo como fim último o lucro.

A criminalidade de massa é a criminalidade do dia a dia, a qual é responsável pela maioria dos crimes que ocorrem cotidianamente.

No que se refere à possibilidade de se elaborar um conceito de crime organizado, há uma corrente que entende que isso não é possível, pois não seria praticável numa única definição compreender realidades tão diferentes. A outra posição, a qual parece ser mais adequada, mesmo reconhecendo a complexidade do fenômeno e a dificuldade em se buscar uma definição aceitável, defende a necessidade em se conceituar o crime organizado.

Nessa busca por um conceito, entende-se que um ponto de partida está no reconhecimento de diferentes modelos de organizações criminosas, quais sejam, os paradigmas mafioso ou tradicional, da rede, empresarial e endógeno, não se excluindo a possibilidade de tipos mistos ou de interpenetrações entre eles.

O “paradigma mafioso”, inicialmente retirado das experiências estadunidense e italiana, durante muito tempo foi utilizado como único modelo de organização criminosa, esquecendo-se dos demais paradigmas, e levando erroneamente a se acreditar que não existiam organizações criminosas em vários países. Possui as seguintes características: busca pela dominação de territórios ou mercados mediante o uso da força, bastante hierarquizada, ingresso de modo ritualístico e baseado no apadrinhamento, compromisso de lealdade, imposição da lei do silêncio, seus membros têm origem estrangeira ou humilde, busca pelo lucro, ajuda recíproca, procura de um especial destaque no meio criminal e uma explicação ideológica do comportamento criminoso. São exemplos, no Brasil, o Primeiro Comando da Capital – PCC e o Comando Vermelho – CV.

As organizações criminosas do “paradigma da rede” são formadas por vários grupos ou indivíduos dedicados em tempo integral ao crime, ou seja, criminosos profissionais. Estes criminosos fazem parte de grupos que colaboram ou competem entre si, conforme as

necessidades do momento. A união ocorre em torno da busca de lucro pessoal, destacando-se a ideia da cooperação entre indivíduos e grupos, conforme a necessidade, formando-se vínculos horizontais e não verticais. No Brasil, é exemplo a união entre o Comando Vermelho - CV e o Primeiro Comando da Capital – PCC.

No “paradigma empresarial”, as organizações criminosas assemelham-se às empresas lícitas, porém delas se diferenciam por usar principalmente métodos ilícitos, ou seja, trata-se de empresa estruturada com o objetivo de auferir lucro por meio de atividades ilegais. Há uma interpenetração de atividades lícitas e ilícitas, ou ainda a atuação na economia formal, mas com o financiamento de negócios legais a partir de lucros oriundos de atividades ilícitas.

A organização criminosa do “paradigma endógeno” nasce dentro de instituições ou órgãos públicos, onde os agentes públicos usam de suas posições para conseguir vantagens ilícitas por grandes períodos de tempo. São exemplos as milícias atuantes em regiões do Rio de Janeiro e o escândalo do “mensalão”.

O artigo 2º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, define grupo criminoso organizado como o “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Vários são os argumentos favoráveis, mas também muitas críticas são feitas a este conceito, como, por exemplo, em relação ao número de pessoas, que seria incoerente aceitar uma organização criminosa com apenas três membros, enquanto uma quadrilha exige, no mínimo, quatro pessoas. Há entendimento, no sentido de que, como no Brasil a citada Convenção foi aprovada e promulgada, em tese, referido conceito estaria em vigor em paridade normativa com as leis ordinárias, possibilitando a utilização das medidas investigativas previstas na Lei nº 9.034/95, assim como o reconhecimento do crime antecedente previsto no artigo 1º, VII da Lei nº 9.613/98, referente à lavagem de dinheiro, além de ser um grande passo na direção da uniformização conceitual entre os diversos países signatários da Convenção com o objetivo de uma maior efetividade da cooperação transnacional.

Em muitos países não há uma definição legal de crime organizado, como ocorre, por exemplo, na Alemanha e Estados Unidos, embora exista a previsão de vários instrumentos para o enfrentamento a este fenômeno.

No Brasil, a Lei nº 9.034/95, alterada pela Lei nº 10.217/01, não traz qualquer definição de organização criminosa, embora faça referência a ela em vários artigos. Diante

disso, há quem defenda que todos os artigos da lei que mencionam organização criminosa são inaplicáveis. Por outro lado, argumenta-se que a opção por não conceituar organização criminosa também foi feita em outros países, já que as características do fenômeno ainda não estão suficientemente claras e uma definição legal poderia deixar fora do campo de aplicação da lei alguns fatos e, desta forma, será possível uma maior flexibilidade na autorização das medidas investigativas nela previstas.

Verifica-se assim, uma grande dificuldade em se chegar a um consenso sobre o conceito de crime organizado, porém, independentemente de se ter até o momento uma definição aceitável a este fenômeno, é possível enumerar suas características, as quais podem contribuir para a elaboração de uma definição legal.

Embora não haja unanimidade na doutrina e jurisprudência sobre quais sejam as características do crime organizado, normalmente são citadas as seguintes: pluralidade de agentes, estabilidade ou permanência, finalidade de lucro, organização ou planejamento empresarial, hierarquia, divisão funcional de atividades, compartimentalização, conexão estrutural com o poder público, uso da violência ou intimidação, exploração de mercados ilícitos ou exploração ilícita de mercados lícitos, uso de meios tecnológicos sofisticados, oferta de prestações sociais, busca pela dominação de territórios, internacionalidade ou transnacionalidade e obstrução à justiça.

Dentre as características, são essenciais a todos os paradigmas de organizações criminosas a pluralidade de agentes, a estabilidade ou permanência, a finalidade de lucro e a organização. Assim, poderia se construir um conceito que abranja todas essas características comuns a fim de que não fique de fora nenhum dos paradigmas, as quais também deveriam constar como elementares numa eventual tipificação. Todas as demais características, não essenciais ou comuns, serviriam para reforçar a existência da organização criminosa, sem, no entanto, fazerem parte da sua definição e, em caso de tipificação, seriam utilizadas como causas de aumento de pena.

Em razão de todas essas características e do grau de complexidade das organizações criminosas, dificilmente se chegará a um resultado satisfatório numa investigação a elas ligada a partir de uma apuração calcada basicamente em depoimentos pessoais, normalmente a base de qualquer investigação da criminalidade tradicional. Há necessidade de se aparelhar o Estado de procedimentos de investigação e formação de provas diferenciados para um eficiente enfrentamento da criminalidade organizada.

Neste sentido, além dos tradicionais meios de investigação, aos poucos a lei vem criando outros, porém, nessa busca por se fazer um competente enfrentamento às

organizações criminosas, não devem ser tolerados abusos que venham a aniquilar os direitos fundamentais. O grande desafio reside exatamente em se buscar um ponto de equilíbrio entre uma eficiente repressão ao crime organizado e o respeito às garantias individuais. Será eficiente o ordenamento que tenha regras que permitam equilíbrio entre os interesses do Estado em punir autores de infrações penais e o interesse do acusado em se defender plenamente.

Certa restrição aos direitos fundamentais dos membros das organizações criminosas durante a investigação seria admissível, pois suas condutas também atingem os direitos fundamentais de outras pessoas e o Estado, como tem o dever de proteção da sociedade, não pode deixar de reagir. Todavia, o investigado não deve ser encarado como mero objeto de investigação, mas sujeito de direitos e deveres perante a sociedade e o Estado.

Não se defende a não aplicação das garantias constitucionais aos membros de organizações criminosas investigados e acusados da prática de infrações penais, mas, ao contrário, o respeito a elas, porém de forma a que os crimes por eles perpetrados não se tornem inalcançáveis para as autoridades estatais. O resultado justo para a investigação e o processo exige postura garantista e ao mesmo tempo eficiente, devendo-se avaliar os conflitos entre direitos e garantias constitucionais e a exigência em se apurar eficientemente condutas da criminalidade organizada, de forma a evitar violações aos direitos fundamentais ou a ineficácia estatal na apuração destes delitos.

A partir destas considerações, vários meios de investigação e obtenção de provas foram analisados ao longo do trabalho, ainda que alguns não sejam exclusivos para investigação da criminalidade organizada.

Em muitas situações é mais eficiente adiar a prisão, num primeiro momento, de membros menos importantes de uma organização criminosa, com intuito de acompanhar suas ações e com isso efetuar a prisão de vários outros membros ou para conseguir prova em relação a seus superiores na hierarquia da organização, os quais normalmente não aparecem quando da prática dos crimes.

Neste sentido, a ação controlada é o meio de investigação que consiste no retardamento da ação policial em relação a delitos que estão sendo praticados por membros de organizações criminosas a fim de monitorarem seus passos até o momento mais eficaz para a colheita da prova e para a realização de um maior número de prisões.

A entrega vigiada, que é uma espécie de ação controlada, possui previsão na legislação de diversos países e também em algumas Convenções Internacionais, estando

caracterizada por uma atividade de vigilância sobre autores e sobre coisas ilícitas por eles transportadas, que pode desenvolver-se em vários países.

Ao contrário da entrega vigiada, a ação controlada propriamente dita não exige prévia autorização judicial e manifestação do Ministério Público. A ação controlada também possui objeto de aplicação mais amplo que a entrega vigiada, já que pode ser utilizada para investigação de quaisquer crimes praticados por organizações criminosas, não sendo ilegal sua aplicação também para outras infrações penais. Caso a ação controlada ocorra com a infiltração de agentes, aí ela dependerá de autorização judicial, condição que é sempre exigida na hipótese de infiltração.

A ação controlada, assim como a entrega vigiada, são técnicas de investigação de natureza cautelar que, para serem aplicadas, exigem a razoável suspeita de que a coisa vigiada é ilícita e os que a transportam cometem crimes (*fumus boni juris*) aliado ao risco de perda da mercadoria e não-prisão dos agentes (*periculum in mora*). Tanto numa como noutra pode ocorrer a interdição, a substituição ou o acompanhamento da carga, mercadoria ou drogas ilegais.

O policial que retarda sua intervenção para aguardar o momento mais oportuno para cumprir com o seu dever funcional de interromper o crime em curso não age com o dolo específico de “satisfação de interesse ou sentimento pessoal”, mas com a intenção de esperar o melhor momento para surpreender o autor do delito. Desta forma, evidentemente, não pratica o crime de prevaricação, por ausência do elemento subjetivo do tipo.

A figura do agente infiltrado ou encoberto consiste na possibilidade de, mediante autorização judicial, policiais serem infiltrados na organização criminosa, simulando serem seus integrantes, com o objetivo de conseguir o maior número de informações sobre o seu funcionamento.

Diante da ausência de regras específicas para a infiltração de agentes, tem sido utilizado, por analogia, o procedimento previsto na Lei nº 9.296/96, que disciplina a interceptação telefônica.

Não haverá responsabilização criminal do agente infiltrado pelo crime de quadrilha ou associação para o tráfico, porém, em relação aos demais crimes que acabe tendo que praticar para que consiga uma melhor integração na organização criminosa, deverá ser analisado se há proporcionalidade entre o crime praticado e a finalidade perseguida pela investigação. Todavia, até para que continue vivo, há o risco de o agente infiltrado ser obrigado a praticar algum crime grave.

Muitas são as críticas à figura do agente infiltrado. Num primeiro momento pode-se dizer que é uma técnica de investigação de duvidosa eticidade, já que o Estado, para investigar um crime, estaria se igualando ao criminoso, praticando, através de seus agentes, fatos tipificados criminalmente. Há o risco de o agente infiltrado passar a ser um membro real da organização criminosa e passe a trabalhar para ela, inclusive revelando dados sobre a própria investigação e a Polícia. Em relação à violação a intimidade e vida privada, o agente infiltrado participará da vida de outras pessoas nem sempre ligadas às atividades criminosas, como, por exemplo, parentes dos membros da organização. Questionamentos também são feitos a respeito da invalidade das confissões obtidas pelo agente infiltrado em relação aos membros da organização criminosa, já que essas confissões teriam sido obtidas sem o respeito às regras do interrogatório, especificamente o direito ao silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo. Após a infiltração, em razão do desmantelamento da organização criminosa, poderá o policial e seus familiares ficarem em risco, e assim deverem ser beneficiados com uma proteção especial, nos mesmos moldes da que é dispensada a vítimas, testemunhas e colaboradores, inclusive com alteração de fisionomia e de nome, porém o Estado não estaria aparelhado suficientemente para assegurar a vida deles.

Diante destes questionamentos feitos ao instituto, para que se possa, de fato, compatibilizar a atuação do agente infiltrado com os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, faz-se necessária a edição de lei regulamentando minuciosamente este meio de investigação.

Outra medida bastante utilizada na investigação de crimes praticados por organizações criminosas, ainda que também possa ser utilizada para a apuração de outras infrações penais, é a quebra dos sigilos fiscal, bancário, financeiro e eleitoral. As informações fiscais são aquelas prestadas ao fisco federal, estadual ou municipal, pelas pessoas físicas e jurídicas. As informações bancárias relacionam-se com a movimentação bancária, ou seja, extratos de contas-correntes, de poupanças, de aplicações em fundos de investimentos, inclusive ações. As informações financeiras referem-se à movimentação financeira, abrangendo, entre outros, empréstimos financeiros, gerenciamento de risco de crédito ou investimentos, crediários, consórcios, movimentação da extinta CPMF e informações do cartão de crédito. As informações eleitorais indicam um resumo simples ou completo de cada pleito eleitoral, podendo incluir número de eleitores, abstenções, votos nulos, em branco, inválidos, a votação de cada candidato e partido e em cada uma das zonas eleitorais de cada município, além de informações ligadas ao perfil de cada candidato referentes ao nível de escolaridade, ocupação, resultado de eleições em determinado período e o conhecimento da

prestação de contas à Justiça Eleitoral. Indubitavelmente, as quebras dos sigilos fiscal, bancário e financeiro exigem ordem judicial, enquanto em relação ao sigilo eleitoral discute-se se as informações são sigilosas ou de domínio público e assim se dependem ou não de autorização judicial para acesso ao seu conteúdo.

Apesar do disposto no artigo 5º, XII da Carta Magna que, em princípio só admitiria a violação da comunicação telefônica, em casos excepcionais, com supedâneo no princípio da proporcionalidade e mediante autorização judicial, é possível a quebra do sigilo dos dados, da correspondência e das comunicações telegráficas, quando necessário para salvaguardar outro bem, superior ao valor do sigilo, e que também tenha sido objeto de proteção constitucional.

Especificamente em relação aos dados, entende-se que tanto a comunicação dos dados, quanto os dados propriamente ditos foram objeto de proteção constitucional e que os dados protegidos abrangem as informações codificadas, ligadas especialmente aos meios informáticos ou eletrônicos, mas também os registros particulares de uma pessoa, como as anotações particulares num diário.

No que se refere aos agentes de fiscalização tributária, há discussão se é possível ou não, sem autorização judicial, ingressar em escritórios e empresas e apreender arquivos magnéticos ou eletrônicos contidos em computadores, prevalecendo o entendimento de que é preciso a ordem judicial. De qualquer forma, ainda que, com apoio no artigo 195 do Código Tributário Nacional, os agentes de fiscalização tributária, sem autorização judicial, ingressem numa empresa e apreendam tais objetos, será indispensável autorização judicial para o conhecimento dos dados do computador, sob pena de produção de prova ilícita.

Como a Lei Complementar nº 105/01 em relação à quebra dos sigilos bancário e financeiro e os artigos 198 e 199 do Código Tributário Nacional em relação à quebra do sigilo fiscal, não disciplinaram o procedimento e requisitos necessários para tais quebras, tem sido utilizada, por analogia, a Lei nº 9.296/96, no que couber. Assim, o juiz deverá verificar se existem indícios suficientes de autoria ou participação nos crimes investigados e se a prova não pode ser obtida por outros meios disponíveis.

Em relação à legitimidade para autorizar a quebra, o artigo 6º da LC 105/01, que foi regulamentado pelo Decreto 3.724/01, permite que agentes e fiscais tributários, desde que haja procedimento administrativo ou fiscal em curso, quebrem sigilo fiscal, bancário e financeiro. Nos termos do artigo 2º, § 1º da LC 105/01, as autoridades administrativas do Banco Central, no exercício de suas atribuições de apuração de irregularidades e fiscalização, também poderão quebrar tais sigilos, independentemente de autorização judicial. A Comissão Parlamentar de Inquérito, que possui poderes de investigação próprios das autoridades

judiciais nos termos do artigo 58, § 3º da Constituição Federal, também pode determinar a quebra dos sigilos bancário, fiscal e financeiro, desde que o faça motivadamente. Em relação ao Ministério Público, tem prevalecido que ele não possui legitimidade para requisitar dados bancários, financeiros e fiscais diretamente às respectivas instituições, devendo assim requerer a quebra ao Poder Judiciário.

O artigo 3º da Lei nº 9.034/95 foi declarado inconstitucional pelo STF no que se refere aos dados fiscais e eleitorais e a sua ineficácia na regulação dos sigilos bancário e financeiro que já são disciplinados pela Lei Complementar nº 105/01, em razão de ofensa a garantia de imparcialidade do juiz e também por ofensa ao princípio da publicidade, pois havia previsão para que a violação do sigilo de dados ocorresse por diligência pessoal do juiz, impondo-lhe o mais rigoroso segredo. Aduz-se que não se pode admitir prova secreta suscetível de ser utilizada na sentença judicial e que tal medida também ofendia o modelo acusatório, pois os juízes têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual.

Para os documentos públicos, salvo em relação aos sigilosos nos termos do Decreto 2.134/97, há o acesso pleno a eles independentemente de autorização judicial. Para os documentos privados, se não comprometer a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do investigado, o acesso a eles também independerá de prévia autorização judicial.

Atinente aos dados cadastrais dos usuários de operadoras de telefonia, o entendimento majoritário, do qual se comunga, é o de que os dados são sigilosos, porque integram a esfera de vida privada do indivíduo, e assim, este sigilo somente poderá ser quebrado mediante prévia autorização judicial. O mesmo raciocínio é válido para os dados cadastrais bancários, que abrangem a qualificação completa dos correntistas e o número da conta corrente.

Para outros dados cadastrais, como os referentes a certo imóvel ou empresa, ao proprietário de determinado automóvel ou para o endereço de IP de um computador, tem se entendido que tais informações são públicas e assim podem ser obtidas diretamente através de requisição da Polícia ou do Ministério Público.

Na interceptação ambiental ocorre a captação da “conversa e dos atos praticados”, “sem” o conhecimento dos indivíduos que estão no ambiente alvo e é indispensável que exista prévia “autorização judicial”; na escuta ambiental há a interceptação de “conversa” entre o emissor e o receptor feita por um terceiro “com” o conhecimento de um ou outro participante da conversa, “sem” que seja necessária ordem judicial para a execução dela, pois não há lesão à intimidade, a qual está sendo compartilhada; na gravação clandestina ambiental o “próprio

indivíduo” grava sua “conversa e ações” que esteja mantendo com terceiro em um determinado ambiente alvo, “sem” que precise de autorização judicial. O mesmo raciocínio tem sido aplicado na hipótese de gravação clandestina telefônica.

No que diz respeito às imagens, não há necessidade de autorização judicial para a gravação de filmagens em local público ou aberto ao público, porém caso a imagem seja gravada num local privado ou onde alguém exerce sua profissão, ofício ou trabalho, haverá a prévia necessidade de ordem judicial ou a concordância das pessoas gravadas, sob pena de produção de prova ilícita. No mesmo sentido será a explicação se essas imagens forem obtidas, por exemplo, no *site Youtube*.

Em relação a imagens, fotografias e informações estampadas em redes sociais, a exemplo do *Orkut* ou *Facebook*, não haverá necessidade de ordem judicial para a captação delas, pois a própria pessoa resolveu abrir mão da sua privacidade e intimidade quando resolveu expô-las no *site*.

Para as imagens captadas por câmeras municipais em locais públicos, não haverá necessidade de autorização judicial para utilização como prova em investigações e processos criminais, o mesmo valendo para câmeras instaladas nas fachadas de edifícios com visão para o lado externo da edificação. Caso a câmera esteja instalada em dependência interna do edifício com visão para o lado privado da edificação, a obtenção das imagens se sujeitará a prévia autorização judicial, a fim de não violar a intimidade de algum condômino não envolvido com o fato investigado.

Considerando que a legislação brasileira apenas exige prévia e motivada decisão judicial para a aplicação da interceptação ambiental, mas nada dispôs a respeito de qual será o procedimento aplicável a ela, tem se entendido, mais uma vez, que deverá ser utilizada, por analogia, a Lei nº 9.296/96.

A interceptação telefônica, prevista no artigo 5º, XII da Constituição Federal, o qual foi regulamentado pela nº Lei 9.296/96, mesmo não sendo um meio de investigação específico para a criminalidade organizada, tem demonstrado ser eficiente para a apuração de crimes praticados por organizações criminosas, abrangendo inclusive a possibilidade de interceptações de comunicações por fax e mensagens de telefone celular.

Inobstante a crítica de parte da doutrina no sentido de que o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96 teria ampliado demasiadamente o previsto no artigo 5º, XII da Carta Magna ao permitir a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, a posição que parece ser a mais adequada é a de que não há inconstitucionalidade, uma vez que o legislador valeu-se de uma interpretação progressiva e

histórica e assim é possível, mediante autorização judicial, a interceptação de comunicação feita por rádio ou *email* e de mensagens divulgadas pelos sistemas *Twitter*, *Facebook* e *Myspace*, redes sociais de comunicação e programas de computador do tipo *msn* ou *skype*, permuta de informações, fotografias e perfis de usuários. Para as conversas de livre acesso ao público contidas em *sites* de conversação em tempo real ou redes sociais de comunicação, a apreensão delas independe de autorização judicial.

Cabem as seguintes observações em relação à interceptação telefônica e a vários pontos da Lei nº 9.296/96:

- a) indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal significa que não serão suficientes meras suspeitas sem amparo fático ou conjecturas desvinculadas da realidade, havendo necessidade de vinculação de alguém a fato criminoso específico, porém sem a necessidade de existir prova segura de autoria ou participação;
- b) a excepcionalidade da medida de interceptação telefônica não pode ser desvirtuada a ponto de a ela se recorrer por comodidade e, em havendo meio menos gravoso e igualmente eficaz para se atingir o objetivo visado com a interceptação, a violação dos direitos através dela será tida como desnecessária;
- c) há uma ampliação exagerada em relação à possibilidade da medida para todos os crimes apenados com reclusão e, em contrapartida, a sua indevida inadmissibilidade para, por exemplo, os crimes de ameaça ou injúria praticados por telefone e para a contravenção do jogo do bicho. A opção mais acertada, a exemplo do que já ocorre em outros países, poderia ser a adoção de um rol de infrações que pudessem admitir a interceptação telefônica;
- d) somente deve ser permitida para a apuração de infrações penais já ocorridas ou ainda em andamento, não se autorizando que ela se preste para a apuração de fatos que ainda nem iniciaram a sua execução;
- e) a posição dominante e que parece ser a melhor é que o juiz pode autorizar tantas prorrogações quantas forem necessárias para a investigação, sendo que toda a discussão acerca do significado da expressão “uma vez”, poderia ter sido evitada se existisse uma vírgula após a palavra “tempo” no artigo 5º da Lei nº 9.296/96;
- f) é entendimento majoritário, que também parece ser o mais adequado, no sentido de que é desnecessária a juntada do conteúdo integral das gravações das interceptações telefônicas realizadas durante o período de investigação, sendo suficiente a transcrição literal e integral das gravações em que se apoiou a denúncia, sendo, porém, garantido à defesa o acesso a todo o conteúdo sonoro armazenado em meio magnético;

- g) não há necessidade de que a degravação tenha que ser feita por peritos oficiais, podendo ser realizada pelos próprios policiais ou até mesmo por leigos;
- h) a melhor corrente e também prevalente é no sentido de que, ainda que haja pedido de desistência do exame pericial de confronto e autenticidade de voz por parte da defesa, desde que o juiz entenda que a prova é necessária, pode determinar a sua realização, porém assegurando-se ao réu o direito de dela não participar;
- i) posição majoritária, e que se entende a mais adequada, defende que é possível a utilização da prova obtida regularmente através de interceptação telefônica no curso de investigação criminal ou instrução processual penal para instrução em processo administrativo disciplinar e ação civil pública por improbidade administrativa, com base nos mesmos fatos que foram apurados criminalmente, dependendo de autorização do juízo onde a prova foi produzida;
- j) é possível a utilização de prova emprestada no processo penal, desde que ambas as partes dela tenham ciência e que sobre ela seja possibilitado o exercício do contraditório.

As investigações, por melhor que sejam feitas, muitas vezes não conseguem descobrir muitos detalhes a respeito de crimes praticados por organizações criminosas. Diante disso, há vários dispositivos legais estimulando a colaboração dos próprios membros da organização criminosa, mediante o oferecimento de benefícios, como por exemplo, o perdão judicial e a redução da pena em relação ao crime delatado, desde que preenchidos os requisitos legais para sua concessão. Através dela, coautores poderão vir a ser presos e outros crimes evitados.

A delação premiada, a qual não se confunde com a antiga “colaboração processual”, não mais prevista no direito brasileiro, sujeita-se, em termos genéricos, aos seguintes requisitos: a) necessidade da existência de uma delação, em que o agente descreve o modo de agir da organização criminosa e quem são seus membros; b) que seja voluntária ou espontânea, de acordo com a respectiva exigência legal; c) que tenha contribuído decisivamente para a elucidação dos crimes, incluindo identificação dos autores ou ainda, eventualmente, a recuperação do produto do crime.

Muitas críticas são dirigidas ao instituto da delação premiada, dentre as quais, as seguintes:

- a) embora a delação do corréu seja mais comum durante a investigação criminal, nada impede que ela também ocorra durante o processo. No entanto, após a recente modificação ocorrida no artigo 400 do Código de Processo Penal em que o interrogatório do acusado ocorrerá depois da audiência de instrução e julgamento, dificilmente ela acontecerá no curso do processo, a não ser que o agente queira falar antes de seu interrogatório judicial;

- b) quando o corrêu delator beneficiou-se apenas com a diminuição de sua pena, pode acabar sofrendo represálias, no estabelecimento prisional que estiver por parte dos outros membros da organização criminosa;
- c) quando o delator beneficia-se com o perdão judicial, pode acabar tendo uma vantagem desproporcional em relação a sua colaboração, que pode não atingir os chefes da organização criminosa. Por outro lado, o benefício pode atingir exatamente os líderes da organização criminosa quando eles forem os delatores. Ainda há o perigo de que haja falsidades ou omissões nas suas declarações sem que muito se possa fazer em relação a isso, pois o delator, na condição de corrêu, não presta o compromisso de dizer a verdade;
- d) não se pode pretender a condenação dos outros supostos membros da organização criminosa com base exclusivamente nas declarações do delator desacompanhadas de outras provas, principalmente quando essas declarações foram feitas apenas na fase do inquérito policial, onde não há previsão do contraditório e da ampla defesa;
- e) em qualquer hipótese em que haja delação, deve ser buscada uma forma de proteção do delator e/ou seus familiares, o que muitas vezes acaba não ocorrendo;
- f) houve uma ampliação desproporcional nos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99, os quais previram a delação premiada para todo e qualquer delito, desde que preenchidos os requisitos neles contidos;
- g) o instituto demonstra toda a carência ética, incompetência e inocência do Estado, uma vez que a delinquência organizada não está propensa à colaboração, vigorando a lei do silêncio, além de que é indiferente que ela ocorra com ou sem arrependimento do delator;
- h) não há previsão legal de qual é o procedimento a ser seguido para a realização da delação, se a iniciativa da colaboração é do próprio suspeito ou de seu defensor ou do Ministério Público e ainda se é necessária a presença do juiz neste “acordo” e se ele pode ser verbal.

Por outro lado, em contraponto a alguns dos questionamentos acima, podemos elencar os seguintes argumentos: a) a delação premiada está prevista em lei e objetiva tornar mais eficiente a aplicação da justiça em relação aos crimes mais graves e que acabam abalando de forma mais intensa a ordem pública, sendo a ética um valor moral de menor agressividade do que a prática de um crime e assim, na hipótese de confronto de ambos, não seria incoerente sacrificar tópicos de ética em troca da restauração da ordem pública abalada pela prática do crime grave; b) não haveria afronta aos princípios da proporcionalidade e igualdade em face da aplicação diferenciada de punição contra dois criminosos que praticaram exatamente a mesma conduta, pois a aplicação da pena deve ser feita sempre de acordo com o princípio da individualização da pena atendendo a situações peculiares de cada

um dos acusados; c) as possíveis “falsas delações” por parte de acusados que buscam prejudicar outros comparsas, poderia ser enquadrada como crime de denúncia caluniosa ou calúnia ou, caso se entenda não configurar nenhum crime, daria ensejo a não aplicação do benefício ao delator e ainda faria com que tivesse um agravamento em sua pena em face da maior reprovabilidade de sua conduta e sua maior periculosidade; d) com o objetivo de preservação do sigilo e segurança do delator e seus familiares, as providências contidas nos artigos 7º e 15 da Lei nº 9.807/99 devem ter aplicação geral aos casos que a lei prevê a delação premiada.

Importante ainda ressaltar que para que a delação premiada seja regularmente válida, será necessário informar ao delator detalhadamente a respeito das características dela e das consequências penais e processuais penais a que estará sujeito, bem como das garantias de sua segurança e de seus familiares, além de lhe ser assegurada entrevista reservada com seu advogado.

Principalmente com o objetivo de se buscar a eficiência processual, especialmente em processos de grande complexidade envolvendo organizações criminosas, onde há grande número de acusados e de crimes a eles imputados e em que o grande número de atos processuais acaba comprometendo em certa medida tanto a atividade estatal de persecução penal, quanto a própria ampla defesa dos acusados, é que o Código de Processo Penal, a partir das alterações ocorridas com as Leis nº 11.690/08 e 11.900/09, passou a prever a possibilidade de oitiva do réu preso, das testemunhas e do ofendido por videoconferência, assim como a utilização dela para a realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação e reconhecimento de pessoas e coisas.

A utilização da videoconferência, especialmente em relação ao acusado preso pertencente a organizações criminosas, evitará a mobilização de um grande aparato de segurança para o deslocamento e escolta dele, gerando economia para os cofres públicos e evitando o perigo de fuga e/ou resgate. Não haverá dificuldades com o transporte nos casos de grandes distâncias nem a possibilidade de acidentes automobilísticos, além de que o risco imposto à sociedade como um todo diminuirá sensivelmente.

Entre o interesse público na colheita da prova e a atenuação do direito de defesa, sobrepõe-se, excepcionalmente, o valor constitucional do *ius puniendi* pela busca da regularidade processual de igual valor constitucional, ainda mais em se tratando de processos complexos envolvendo a apuração do crime organizado, justificando-se assim a utilização da videoconferência.

No que se refere ao testemunho oculato, que é o depoimento prestado pela testemunha que não é vista pelo acusado, a fim de não ser por ela intimidada, mas que tem a sua identidade conhecida, há previsão dele no artigo 217 do Código de Processo Penal, tendo o Supremo Tribunal Federal já se manifestado pela constitucionalidade dessa modalidade de prova. Pode ser bastante útil, especialmente em depoimentos envolvendo organizações criminosas, vítimas de crimes sexuais e crianças.

No entanto, em relação ao depoimento anônimo, que é aquele prestado pela testemunha cuja identidade é desconhecida do próprio juiz e/ou do acusado e seu defensor, pensa-se que ele não pode ser aceito, já que impede o acusado e seu defensor de saber quem contribuiu para a sua condenação, não lhes possibilitando mostrar aspectos que desmereceriam o depoimento, como contraditando a testemunha em hipóteses dela ser inimiga do acusado ou estar movida por sentimento de vingança ou ainda no caso de serem falsas as afirmações feitas.

Na mesma linha do depoimento anônimo, já houve período em que, em países como Colômbia e Peru, previram-se as figuras do “juiz sem rosto” e “promotor sem rosto”, em que os juízes e promotores não seriam identificados pelo réu e seu advogado e onde as decisões seriam assinadas por meio de códigos ou codinomes, o que também se repetiria nos tribunais em caso de recurso. Entende-se que não se podem aceitar figuras esdrúxulas como essa do “juiz sem rosto”, sob a pena de vulneração ao contraditório, ampla defesa e imparcialidade do juiz. O mesmo se diga de um “promotor sem rosto”, onde não se conheceria o membro do Ministério Público. Nestes casos, não haveria como questionar-lhes eventual impedimento ou suspeição. Em sendo o caso, deve o Estado encontrar meios de proteger tais autoridades e seus familiares, sem, no entanto, violar direitos fundamentais do réu, o mesmo se aplicando para as testemunhas e respectivos familiares.

Em relação à possibilidade de inversão do ônus da prova da ilicitude de bens obtidos por organizações criminosas, pensa-se que, em princípio, haverá ofensa ao princípio da presunção de inocência obrigar o réu a provar que seus bens não possuem origem criminosa, antes mesmo de já ter sido condenado, ainda com o risco de afetar a imparcialidade do juiz, que pode ser influenciado pela discussão sobre os bens quando do julgamento do crime. Talvez uma boa saída seja postergar a discussão quanto à perda dos bens apreendidos para só depois do réu ter sido condenado, admitindo-se aí certa inversão do ônus da prova.

Atinente à busca e apreensão, é de suma importância que os agentes envolvidos na operação de busca zelem, o máximo possível, pela idoneidade do material colhido, tornando-o “prova idônea”, demonstrando, sem brechas, que são oriundos do local onde foi realizada a

busca. De acordo com a complexidade da busca, é recomendável que também dela participem conjuntamente com a Polícia, por exemplo, servidores das Receitas Federal e Estadual, membros do Ministério Público, peritos criminais, além de funcionários de outros órgãos públicos. Importante ainda consignar que quando a busca seja feita em escritórios de advocacia, que ela ocorra em conformidade com o previsto no artigo 7º da Lei nº 8.906/94.

A resposta do Estado diante do crime organizado transnacional só será eficiente com a cooperação jurídica penal entre os diversos países. Neste sentido, na área penal, os Estados tem se comprometido a tipificar certas condutas, enquanto no plano processual penal tem feito com que haja a celebração de acordos de cooperação jurídica a fim de flexibilizar o princípio da territorialidade e possibilitar o cumprimento extraterritorial de medidas processuais oriundas de outro Estado. Todavia, no intuito de se conseguir um eficaz enfrentamento ao crime organizado, a cooperação não deve ser apenas no âmbito judicial, mas também entre autoridades policiais e ministeriais.

A cooperação jurídica penal internacional através da celebração de acordos e tratados em vários assuntos, como por exemplo, quebra de sigilo bancário e fiscal, interceptação telefônica, sequestro de bens e lavagem de dinheiro podem ser medidas bastante úteis para o enfrentamento do crime organizado transfronteiriço. Tais acordos e tratados são essenciais para a investigação das atividades de “regularização e legalização” do dinheiro obtido com atividades das organizações criminosas, assim como de empresas implantadas em paraísos fiscais. Ainda neste campo da cooperação internacional, é fundamental que seja dado prioridade às questões de auxílio judiciário, cumprimento de diligências processuais e execução de sentenças penais, notadamente as medidas de sequestro, indisponibilidade, confisco e perda de bens e a processos de extradição.

Sem a pretensão de trazer soluções prontas ou de esgotar o tema, mas sim de contribuir para a discussão e o aprimoramento de respostas para o combate ao crime organizado, é que foram sugeridas a aplicação de várias medidas.

Não adianta insistir-se na pueril ideia de que o crime organizado pode ser enfrentado com o simples recrudescimento da legislação penal. Por certo que a existência de leis severas é importante no combate à criminalidade, mas não é só. É fundamental, também, a certeza de que elas serão aplicadas e mais, serão eficazmente executadas, sempre, no entanto, com o devido respeito aos direitos fundamentais. Não é suficiente encarcerar o delinquente, mas sim buscar fazer com que a execução da pena lhe propicie meios de não ser novamente cooptado pelo crime organizado.

Deve também ser destacado que não se pode pensar em segurança pública apenas quando a imprensa divulga, como é do seu dever, os casos que mais atingem e afligem a sociedade. É necessário investir num programa de segurança pública com medidas nos campos preventivo e repressivo e nas áreas política, legislativa e social simultaneamente e que seja apolítico, a fim de se tornar um compromisso para qualquer governante que venha na sequência. Não deve, portanto, ser uma plataforma de governo, mas um pacto de Estado, principalmente porque os governos passam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. **El Derecho Penal en la intervención de la política populista.** In: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000, p. 471-487.

APONTE, Alejandro. **Derecho penal y lucha antiterrorista en Colombia: ¿una historia fallida?** In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (coord.). *Repressão penal e crime organizado: os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 27-50.

ARGENTINA. Ley 23.737/1989. Disponível em:

<<http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/cdrogadiccion/ley23737.htm>>. Acesso em: 08 de junho de 2011.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BARTOLOMÉ, Ángel de Miguel. **Actuaciones policiales en la lucha contra la criminalidad organizada.** In: *La Criminalidad Organizada ante la justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, p. 135-141.

BECHARA, Fábio Ramazzini; MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Crime organizado e terrorismo nos Estados Unidos da América.** In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 153-184.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias.** São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporâneas.** In: CABANA, Patricia Faraldo (Directora). BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel; PUENTE ABA, Luz María

(Coords.) *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 15-63.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009.

BRAUM, Stefan. **La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario**. In: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000, p. 03-24.

CAÇAPAVA, Elisa Pires da Cruz Reale; VILARES, Fernanda Regina. **Crime organizado e terrorismo na França**. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 280-303.

CAFFARENA, Borja Mapelli. **Problemas de la ejecución penal frente a la criminalidad organizada**. In: *La Criminalidad Organizada ante la justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, p. 53-68.

CALLEGARI, André Luís (Org.). **Política Criminal, Estado e Democracia. Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

_____; **Direito penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa** / André Luís Callegari, Charlise Paula Colet, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, Roberta Lofrano Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Controle social e criminalidade organizada**. In: *Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia* / André Luís Callegari, Manuel Cancio Meliá, Paula Andrea Ramírez Barbosa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 11-23.

_____. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei nº 9.613/98**. 2.ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010.

CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (coord). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Barueri, SP: Manole, 2004.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. **La organización criminal: tratamiento penal y procesal**. Madrid: Dykinson, 2000.

COGAN, Marco Antônio Pinheiro Machado; JOSÉ, Maria Jamile. **Crime organizado e terrorismo na Espanha**. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 123-152.

CONDE, Francisco Muñoz. **Los arrepentidos en el caso de la criminalidad o delincuencia organizada**. In: *La Criminalidad Organizada ante la justicia*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, p. 143-155.

CONSERINO, Cássio Roberto. **Crime organizado e institutos correlatos**. In: VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel (org). São Paulo: Atlas, 2011.

DAVIN, João. **A Criminalidade Organizada Transnacional. A Cooperação Judiciária e Policial na UE**. Coimbra: Almedina, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007.

ESPANHA. Ley Orgánica 5/1999. Disponível em:

<http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-1999.html#>. Acesso em: 07 de junho de 2011.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais.** Curitiba: Juruá, 2009.

FRULLI, Micaela. **O direito internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais.** In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (coord). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais.* Barueri, SP: Manole, 2004.

GAETA, Paola. **As regras internacionais sobre os critérios de competência dos juízes nacionais.** In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (coord). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais.* Barueri, SP: Manole, 2004.

GEMAQUE, Silvio César Arouck; RUSSO, Luciana. **Crime organizado em Portugal.** In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 280-303.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A garantia do devido processo legal e a criminalidade organizada.** *Revista de Estudos Criminais*, n. 14, p. 113-121, 2004.

GRECO, Rogério. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais.** Niterói, RJ: Impetus, 2009.

JOSÉ, Maria Jamile. **A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada.** São Paulo, 2010. 191p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-01122010-144008/es.php>>. Acesso em 05 de junho de 2011.

KIRSCH, Philippe. **A corte penal internacional perante a soberania dos Estados.** In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (coord). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais.* Barueri, SP: Manole, 2004.

LEÃO DE SOUZA, Diego Fajardo Maranhã; MACHADO, André Augusto Mendes. **O crime organizado na Colômbia**. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 86-122.

MELIÁ, Manuel Cancio. **El injusto de los delitos de organización: peligro y significado**. In: *Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia* / André Luís Callegari, Manuel Cancio Meliá, Paula Andrea Ramírez Barbosa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 25-62.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MINGARDI, Guaracy. **O trabalho da Inteligência no controle do Crime Organizado**. In: *Revista USP Estudos Avançados. Dossiê Crime Organizado*. V. 21, n. 61, p. 51-75, set.-dez. 2007.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e crime organizado: aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Fábio Franco; HÖHN JUNIOR, Ivo Anselmo. **O combate ao crime organizado e ao terrorismo na Inglaterra**. In: SCARANCA FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 207-231.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRITTWITZ, Cornelius. **El Derecho penal alemán: fragmentario? Subsidiario? Ultima ratio?** In: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000, p. 427-446.

RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. **Nuevas tendencias político-criminales en la lucha contra la criminalidad organizada. El modelo de Colombia en este ámbito.** In: *Crime organizado: tipicidade – política criminal – investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia* / André Luís Callegari, Manuel Cancio Meliá, Paula Andrea Ramírez Barbosa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 63-104.

ROBLES, Sílvia Planet. **Políticas de seguridad y prevención en el Estado Español en matéria de delincuencia organizada.** In: *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto.* Barcelona: Atelier, 2003, p. 155-180.

RODRÍGUEZ, Luis Ramón; AGUDELO, Gloria González. **El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado. Menores en riesgo?** In: BARBEITO, Mónica Zapico; MORO, Luis Rodríguez (coord.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporâneos de la política criminal.* Granada: Comares, 2008, p 01-39.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial: um mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário: perspectiva para sua adoção no Mercosul.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SÁNCHEZ, María Acale. **Terrorismo, delincuencia organizada y sistema de penas.** In: CABANA, Patricia Faraldo (Directora). BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel; PUENTE ABA, Luz María (coord.). *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización.* Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 341-380.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **O equilíbrio na repressão ao crime organizado.** In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 09-28.

_____. **O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado.** In: TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; SOUZA, Luciano Anderson de; SILVA, Luciano Nascimento (coord.). *Repressão penal e crime organizado: os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 225-256.

SEGURA, David San Martín. **La excepción material y los contornos de lo ordinario: a propósito de la USA Patriot act.** In: BARBEITO, Mónica Zapico; MORO, Luis Rodríguez (coord.). *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporâneos de la política criminal*. Granada: Comares, 2008, p. 339-370.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. da 2ª edição espanhola: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Revisão: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

____; SABORIT, David Felip; PLANAS, Ricardo Robles; MUÑOZ, Nuria Pastor. **La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura.** In: *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003, p. 113-135.

SILVA, Jorge da. **Criminologia crítica – segurança e Polícia.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao crime organizado: inovações da Lei 9.034/95.** Curitiba: Juruá, 2008.

SOARES, Luiz Eduardo. **A política nacional de segurança pública: histórico, dilemas e perspectivas.** In: Revista USP Estudos Avançados. Dossiê Crime Organizado. V. 21, n. 61, p. 77-97, set.-dez. 2007.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **O crime organizado no Brasil.** In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 29-64.

SOUZA, Solange Mendes de. **Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TASSARA, Andrés Ollero. **Responsabilidades políticas y razón de Estado.** In: *La Criminalidad Organizada ante la justicia.* Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, p. 23-35.

VAGGIONE, Luiz Fernando; SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães. **O crime organizado na Itália e as medidas adotadas para o seu combate.** In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 232-250.

VILARDI, Rodrigo Garcia; GÍDARO, Wagner Roby. **O crime organizado e o terrorismo na Argentina.** In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 65-85.

VILAR, Silvia Barona. **La conformidad en el proceso penal y la justicia negociada.** In: *La Criminalidad Organizada ante la justicia.* Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, p. 85-106.

VILARES, Fernanda Regina; PIZA, Lia Verônica de Toledo. **Crime organizado no Peru.** In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 251-279.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira.** Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **“Crime organizado”**: uma categorização frustrada. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, v. 1, n. 1, p. 45-67, jan./jun. 1996.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal**. Granada: Comares, 2009.

_____. **Política Criminal**. Madrid: Colex, 2001.