

THAIS O'REILLY CABRAL KLUG

O CRIME ORGANIZADO

CURITIBA

2002

THAIS O'REILLY CABRAL KLUG

O CRIME ORGANIZADO

Monografia apresentada no curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.
Prof. Orientador: Nilton Bussi

CURITIBA

2002

O CRIME ORGANIZADO

por

Thais O'Reilly Cabral Klug

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR:

Prof. Nilton Bussi

Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Prof.^a Bianca Arenhart

Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Prof. Juliano Breda

Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

SUPLENTE:

Prof. Ricardo Rachid

Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 05 de novembro de 2002.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1. INTRODUÇÃO	1
2. MÁFIA; O INÍCIO DO CRIME ORGANIZADO	1
2.1 MÁFIA NA ITÁLIA.....	1
2.2 REPRESSÃO À MÁFIA ITALIANA.....	2
2.3 MÁFIA NA AMÉRICA.....	3
3. CRIME ORGANIZADO NO BRASIL	4
3.1 CONCEITO.....	4
3.2 ORGANIZAÇÃO.....	6
3.3 CONEXÃO COM O PODER PÚBLICO.....	8
4. A PRINCIPAL LEI CONTRA O CRIME ORGANIZADO (9.034/95)	9
4.1 CONFUSA DEFINIÇÃO DO CRIME ORGANIZADO.....	9
4.2 SEUS ARTIGOS E MEIOS DE COMBATE AO CRIME.....	10
4.2.1 INFILTRAÇÃO.....	10
4.2.2 AÇÃO CONTROLADA.....	11
4.2.3 ACESSO A DADOS, DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES FISCAIS, BANCÁRIAS, FINANCEIRAS E ELEITORAIS.....	13
4.2.4 A PRESERVAÇÃO DO SIGILO CONSTITUCIONAL.....	15
4.2.5 ESTRUTURAÇÃO DA POLÍCIA.....	17
4.2.6 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL.....	18
4.2.7 COLABORAÇÃO ESPONTÂNEA.....	19
4.2.8 VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA.....	20
4.2.9 PRAZO PARA REALIZAÇÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.....	22
4.2.10 VEDAÇÃO DO APELO EM LIBERDADE.....	23
4.2.11 REGIME FECHADO.....	23
4.2.12 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	24

5. SUGESTÕES PARA O COMBATE RACIONAL DO CRIME ORGANIZADO.....	25
6. CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	30

RESUMO

Não há dúvida de que, em tempos atuais, a criminalidade vem assumindo contornos cada vez mais diversos daquele com que se apresentava no passado. A realidade deste fato evidencia-se na medida em que são constantes, no mundo todo, estudos e iniciativas legislativas para modificar o Direito Penal, adequando-o à evolução dos conflitos sociais que deságuam no campo dessa ciência. Um dos fatores que acarretam essas mudanças está ligado ao crescimento populacional, paralelo ao desenvolvimento econômico e tecnológico da humanidade, à vista das constantes alterações sócio-políticas ocorridas no planeta. Além disso, a escassez de recursos, a má distribuição de renda, seguida das desigualdades locais, regionais e mundiais, associadas à intensa busca de poder e riqueza fazem proliferar os mais diversos tipos de atividades clandestinas, irregulares e ilícitas, que encontram, neste cenário difuso das relações humanas e no avanço tecnológico mal utilizado, campo fértil para fazer germinar a criminalidade organizada. Esta passa a contar com uma série de elementos que permitem o desempenho racional de atividades ilícitas, voltadas a fornecer à sociedade bens e serviços de obtenção difícil, por isso mesmo, cara e rentável. Essa monografia abrange diversos aspectos do crime organizado, desde o seu conceito, que ainda gera polêmica na doutrina e na lei; sua origem através da máfia; suas particularidades no Brasil; sua estruturação; sua visível conexão com o Poder Público; sua Lei mais importante, com seus artigos e críticas e finalmente, formas de combatê-lo.

1. INTRODUÇÃO

Poucos temas despertam na atualidade tanto interesse quanto o problema da criminalidade organizada. Muito embora difundida e repetida com insistência no âmbito acadêmico, a expressão “crime organizado” transmite uma idéia muito vaga de um acontecimento delituoso e, com freqüência, transforma-se numa denominação imprecisa.

Para falar com precisão a respeito do crime organizado, seria necessária uma precisão terminológica sobre seu significado, o que ainda não existe. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência da maioria dos países reconhecem ser quase impossível formular um “conceito unânime”. Essas dificuldades conceituais não significam uma total impossibilidade de identificar alguns fatores que costumeiramente incidem sobre o problema e contribuem para definir o perfil deste fenômeno na atualidade.

Neste trabalho essas particularidades serão comentadas como forma de compreender a dimensão total da questão. Além disso, a Lei do Crime Organizado (9.034/95) será analisada em todos os seus artigos, juntamente com críticas trazidas pela doutrina.

Em razão da própria complexidade do tema, serão abordadas apenas as questões fundamentais, que devem compor o grande mosaico da criminalidade organizada.

2. MÁFIA: O INÍCIO DO CRIME ORGANIZADO

2.1 A MÁFIA NA ITÁLIA

O termo máfia na Itália é usado genericamente para denominar as diversas formas de organização criminal que possuem uma série de elementos em comum e que vêm diferenciadas em função de suas distintas localizações geográficas na região sul da Itália onde tais fenômenos tiveram origem e tomaram corpo. Num termo mais específico o termo *Máfia* refere-se à organização criminosa da região da Sicília. Atualmente, porém, a *Máfia*

Siciliana é mais conhecida como *Cosa Nostra*. Assim como esta denominação específica existe a *Camorra*, que atua na região da Campanha; *Ndrangheta*, que opera na Calábria e a *Sacra Corona*, que atua na Puglia.

Essas organizações têm em comum a finalidade de lucro, obtido através de formas de intermediação e de inserção parasitária, o uso sistemático da violência e, sobretudo, a coligação com os poderes públicos.¹

Para Cattanei Relazione outras características da máfia são a ação simultânea nos planos lícito e ilícito e a organização interna voltada à proteção da própria atividade, visando a garantir formas de imunidade perante os poderes públicos.²

Em relatório em nome da Comissão Parlamentar Antimáfia, Franco Ferrarotti pesquisa sobre o fenômeno da máfia e a conceitua como uma típica manifestação de poder informal caracterizada pela existência de uma organização, pela infiltração em todas as esferas de vida pública, pela capacidade de interferência na vida privada das pessoas e pela aceitação do poder mafioso na consciência média dos grupos sociais onde atua, que determinou a sua relativa institucionalização.³

A história da máfia é, portanto, a história do fornecimento de bens ilícitos ou escassos, de forma delinqüente e com total associação com o Poder Público.

2.2 REPRESSÃO À MÁFIA ITALIANA

Na Itália a política de contra-ataque à Máfia foi chamada de “Operação Mãos Limpas”, que foi na verdade uma política de exceção num momento emergencial. Delações e arrependimentos passaram a ser premiados, os poderes da polícia, Ministério Público e Magistratura foram ampliados e a prisão cautelar passou a ser amplamente utilizada, além da

¹ RINALDI, Stalisnao. **Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 22 – abril/junho 1998, pg. 11.

² RELAZIONE, Cattanei, citado por Stalisnao Rinaldi. Op. cit. pg. 12.

³ FERRAROTTI, Franco, citado por Stalisnao Rinaldi. Op. cit. pg. 12.

momento emergencial. Delações e arrependimentos passaram a ser premiados, os poderes da polícia, Ministério Público e Magistratura foram ampliados e a prisão cautelar passou a ser amplamente utilizada, além da possibilidade da quebra do sigilo bancário e das comunicações telefônicas. Aliás, o abuso da prisão cautelar acabou por gerar uma enorme onda de suicídios e a Operação Mãos Limpas passou a ser chamada de “Operação Algemas Fáceis”.

Essa legislação penal excepcional, entretanto, feriu alguns dos mais importantes direitos e princípios constitucionais e tais garantias fundamentais conquistadas não podem simplesmente ser ignoradas.

Segundo Luiz Flavio Gomes no direito penal excepcional pune-se não mais o fato e sim, determinados tipos de autor. O agente não é punido pelo que fez, mas pelo que é; o processo já não é informativo, mas ofensivo; o juiz não é imparcial e sim, um inquisidor e busca-se a confissão a todo custo. Tudo isso numa inversão abominável da praxe regida pelo estado de direito.⁴

Dessa forma, parece evidente que essa política deveria ser revista, pois os fins nem sempre justificam os meios. Foram necessários anos de luta na História para se obter conquistas fundamentais do homem e, o desejo irabalado e incontido de se alcançar determinados fins, sem se importar com os meios, pode ofuscar o brilho da Justiça.

2.3 MÁFIA NA AMÉRICA

Podemos dizer que a Máfia nos Estados Unidos, como nós a conhecemos, só nasce depois da 18ª Emenda da Constituição Americana, com a famosa Lei Seca, de 16/1/1920, que gerou a época da *prohibition*. O governo americano fechou milhares de cervejarias e proibiu a venda de bebidas. Ao contrário de coibir, permitiu o surgimento do autêntico “gangsterismo” – violência, fraudes, falsificações – e o consumo de álcool

⁴ GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime Organizado. Enfoque criminológico, jurídico (Lei 9. 034/95) e político-criminal**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista do Tribunais, 1997. pg. 59.

tornou-se bastante elevado dadas as ações dessas “gangues” criminosas (*organised crime*), seguindo a estrutura organizacional da “Cosa Nostra” siciliana. Essa estrutura de organização tem uma função operatória, diferenciando-se dos crimes de simples associação criminosa. Antes disso, tínhamos quadrilhas de criminosos organizadas, mas não “o crime organizado”. As quadrilhas começaram a contrabandear álcool e criaram grandes indústrias caseiras; além disso havia policiais e juízes que recebiam subornos por parte dos “gangsteres” e assim nascia a era dos mafiosos milionários.

Em Nova York havia cinco famílias mafiosas (Gambino, Genovese, Colombo, Lucchese e Bonanno). Havia políticos dispostos a receber subornos, jornalistas mentindo para tornar gangsteres figuras ousadas ou românticas e um público aterrorizado demais para fazer alguma coisa.

O crime organizado sempre apresenta uma liderança no topo da sua estrutura, através da cúpula com os principais e o “chefão”. Nos Estados Unidos surgiu até o chamado “sindicato do crime”. Em regra o chefe e sua acessória não participa diretamente das ações: só organiza, ficando a cargo de grupos intermediários, sub-grupos e, na execução, a incumbência a grupos menores das ações de frente, o crime propriamente dito. Daí a dificuldade não só em prender o chefe, mas de se identificar e, conhecendo-o, surpreendê-lo.⁵

3 O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

3.1 CONCEITO

Um dos pontos mais complexos desse tema consiste na própria definição do crime organizado, pois questiona-se a sua real existência como fenômeno criminológico.⁶ Além disso, a dificuldade na elaboração de

⁵ SZNICK, Valdir. *Crime organizado – comentários*. São Paulo: Ed. Leud, 1997. pg. 21 e 22.

⁶ GOMES, Abel Fernandes et al. *Crime Organizado e suas conexões com o Poder Público*. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2000. pg. 4

um conceito causa dificuldade também na seleção do bem jurídico protegido, na conseqüente elaboração do tipo penal e no enquadramento de determinada conduta na norma voltada a sua proibição. Afinal, até os romanos já diziam: “*omnis definitio, peniculosa est*”, o que mostra a dificuldade de emitir conceitos.

Algumas características, entretanto, são comuns na doutrina, pois vários autores citam os mesmos elementos na tentativa de definir o crime organizado. O primeiro deles é o fato de que suas atividades se destinam a oferecer à sociedade produtos e serviços proibidos, moralmente repelidos ou escassos, visando a obter lucros. Outro ponto em comum é a associação de um determinado número de pessoas, seguindo uma estrutura hierárquica e uma divisão de tarefas. Há ainda a utilização de meios de violência, com o intuito de intimidar pessoas e impor o silêncio e, como característica mais importante e perigosa, a conexão com o Poder Público e seus agentes, o que será objeto de estudo em seguida.

Esse problema referente à definição encontra-se ainda na própria lei do crime organizado (9.034/95), pois ao ser criada visou-se combater essa nova forma de criminalidade no Brasil, ainda pouco estudada, porém bastante desenvolvida, organizada e temida. Entretanto, o que fez a lei no seu artigo primeiro, foi equipará-la ao crime do art. 288 do Código Penal: quadrilha ou bando. Como se sabe, o conceito de crime organizado é muito mais complexo e abrangente que o de quadrilha ou bando.

Alberto Silva Franco⁷ ressalta que:

“o crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características semelhantes em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia;

⁷ FRANCO, Alberto Silva, citado por Luiz Flávio Gomes. Op. cit. pg. 75.

apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinqüenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inercial ou fragilizar os Poderes do próprio Estado”.

Já o crime de quadrilha ou bando consiste na mera associação de quatro ou mais pessoas com a intenção de cometer um crime. Essa associação deve ser estável e permanente e, assim, difere-se do concurso de pessoas. A melhor forma de interpretar o artigo 1º da lei 9.034 é, portanto, considerar o crime de quadrilha ou bando como um simples requisito para a configuração da organização criminosa explicitada no art. 2º. Deve-se, então, conjugar os dois primeiros artigos dessa lei, pois não é qualquer quadrilha ou bando que caracteriza o crime organizado e, este conseqüentemente, deve apresentar no mínimo quatro integrantes, pois assim determina o artigo 1º. O crime organizado consiste, portanto, na soma do crime de quadrilha ou bando e um “plus”. Este “plus” pode ser os elementos exclusivos já citados como a oferta de produtos ilícitos, a hierarquia e a conexão com o Poder Público.

3.2 A ORGANIZAÇÃO

Nem sempre o crime organizado é estruturado de forma hierarquizada. Mas quando se constata tal hierarquia na associação criminosa, esta configura, inequivocadamente, um forte indício de algo que se supõe “organizado”. Aliando-se tal característica a outras, pode-se chegar a um resultado que não deixa margem a dúvida.⁸

O importante filme “Cidade de Deus”, que traz a histórias reais da favela do mesmo nome, em determinado momento mostra que até no narcotráfico existe um plano de carreira: Começa-se como *aviãozinho* (garoto que abaixa a pipa quando avista policiais e leva papalotes de droga

⁸ GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. Op. cit. pg. 74.

trazendo o dinheiro da compra); depois existe a posição de *vapor*, pessoa que vende a droga nos pontos de venda; este, por sua vez, é vigiado e controlado pelo *soldado* e, no topo da carreira, se o sujeito ainda estiver vivo, há a posição de dono de “boca”, local em que a droga é separada, empacotada e vendida.

A estrutura de uma organização criminosa vai além de uma autoria e participação. É uma criminalidade crescente, passando de um mero ajuntamento de pessoas para um aglomerado organizado de pessoas, para o cometimento de crimes. Essas organizações se colocam como um verdadeiro poder organizado, substituindo a sociedade, daí o perigo que representam. Tais organizações contam com “força armada”, elegem políticos e dominam estabelecimentos penais. É o chamado “Poder Paralelo”. Em outra cena do mesmo filme já citado, donos de estabelecimentos assaltados pedem justiça e proteção aos traficantes e não à polícia, como seria de se esperar, pois são aqueles que mandam, estabelecem ordens e fazem “justiça” nas favelas.

Essas organizações podem até chegar a ter modelo de empresas, pois ainda que seus objetivos sejam criminosos, elas buscam o lucro como se de atividade lícita fosse e para terem êxito se organizam pelo menos num sistema semi-empresarial. E, ainda, no campo internacional, se constituem em multinacionais, através da guerra econômica, do “dumping” e do domínio dos negócios e, para tanto, eliminando os concorrentes.⁹

As associações criminosas apresentam ainda na sua estrutura a liderança (cúpula e chefão), a violência, impondo um clima de medo para assegurar a impunidade do grupo e a continuidade da atividade ilícita, meios tecnológicos e sofisticados para execução dos seus objetivos, a corrupção, que consiste no apoio externo imprescindível para o progresso do crime organizado e a “lavagem de dinheiro”, que é a maneira de colocar no mercado o dinheiro ilícito proveniente de atividades criminosas, servindo-se de atividades comerciais normais.

⁹ SZNICK, Valdir. Op cit. pg. 20.

3.3 A CONEXÃO COM O PODER PÚBLICO

A conexão com o Poder Público é uma das principais características do crime organizado apontadas pela doutrina. Através dela busca-se a obtenção de poder, alcance de um mercado de reciprocidade e impunidade ou manutenção da clandestinidade de seus negócios. Essa conexão manifesta-se pela troca de favores, conivência, proteção, apoio, participação e gerenciamento de atividades ilícitas, ou ainda, esse fenômeno pode estar estruturado dentro do próprio Estado.¹⁰

Segundo a revista *Veja*¹¹ a definição clássica para crime organizado é a infiltração de seus representantes nas instituições públicas. Um cálculo do Ministério da Justiça do Brasil estima que, de cada 1 milhão gerados pelo mercado da droga, cerca de 25% tenham como destino final a corrupção de agentes, autoridades e fiscais encarregados de combater o banditismo. Com esse dinheiro os criminosos garantem, na prática, a autorização do Estado para o funcionamento de seu negócio.

A corrupção e a infiltração são meios mais sutis e menos drásticos de dar continuidade à atividade criminal do que a força e a violência. Além disso, elas atraem muito menos a atenção da imprensa, autoridades e população, por isso, parecem mais adequadas.

Essa conexão pode ser direta ou indireta. A primeira ocorre através de financiamento de campanhas políticas, exigindo-se posterior troca de favor, ou ainda pela corrupção que se dá através do pagamento em dinheiro de suborno ou propina para a obtenção de atos favoráveis, por parte do funcionário público, e que são estranhos ao dever legal que a situação obrigaria.¹²

Já a forma direta de conexão consiste na inserção de determinados profissionais em áreas específicas da estrutura do Estado, cujas finalidades variam de acordo com as circunstâncias. Essa infiltração de profissionais

¹⁰ CHIAVARIO, Mario. **Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, nº5, janeiro-março de 1994. pg. 28.

¹¹ REVISTA VEJA, nº 35 de 18 de setembro de 2002. Ed. Abril: São Paulo. pg. 90.

¹² GOMES, Abel Fernandes. Op. cit. pg. 8.

visa a obter informações privilegiadas, de modo a adaptar as atividades do crime organizado à conjuntura político-econômica ou ao ato de repressão que lhe é dirigido. Esses profissionais desempenham principalmente funções reguladoras, fiscalizadoras ou de controle das atividades do setor onde operam as associações criminosas às quais estão ligados. A essa parcela da organização criminosa dentro do próprio poder público dá-se o nome de “banda podre”.

De nada valeria, portanto, uma estrutura meramente operacional das atividades das organizações criminosas, sem uma estratégia para a articulação de conexões com o poder público, de modo a impedir sua atuação em todas as áreas de regulamentação, fiscalização, prevenção e repressão de condutas e atividades contrárias ao interesse público, ao bem estar e paz social e à tutela de bens jurídicos.¹³ Como muito propriamente abordou Eugênio Zaffaroni, ao que tudo indica, a principal fonte do crime organizado é o próprio Estado.¹⁴

4. A PRINCIPAL LEI CONTRA O CRIME ORGANIZADO (9.034/95)

4.1 A CONFUSA DEFINIÇÃO DE CRIME ORGANIZADO

A lei 9.034/95 ao ser criada pretendia definir e regular meios de prova e procedimentos investigatórios em relação a crimes decorrentes de organizações criminosas. Além disso, regula o prazo para instrução criminal e proíbe a apelação em liberdade, o que, por muitos, é considerado inconstitucional.

O grande pecado dessa lei, entretanto, foi não ter definido em nenhum momento o conceito de organização criminosa. Tarefa essa exclusiva do legislador. Sem essa definição a Lei, ou pelo menos alguns de

¹³ GOMES, Abel Fernandes. Op. cit. pg. 14.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Mesa redonda sobre crime organizado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, nº8, outubro-dezembro de 1994. pg. 149.

seus artigos, perdem a eficácia, pois segundo o princípio da reserva legal não há crime sem prévia lei que o defina. Esses artigos que perderiam a eficácia são todos aqueles que fazem referência a tal organização criminosa, assim como o art. 2º, II (flagrante prorrogado), 4º (organização da polícia judiciária), 5º (identificação criminal), 6º (delação premiada), 7º (proibição de liberdade provisória) e 10 (progressão de regime).

Para Luiz Flávio Gomes¹⁵:

Ao legislador incube a tarefa urgente de definir, em lei, o que devemos entender por ela. Enquanto isso não ocorrer boa parte da Lei 9.034/95 passou a ser letra morta. A não ser que algum magistrado venha a usurpar a tarefa do legislador e diga do que se trata. Mas até onde vão os limites da Constituição vigente, não se vislumbra a mínima possibilidade de qualquer juiz desempenhar esse anômalo papel.

4.2 SEUS ARTIGOS E MEIOS DE COMBATE AO CRIME

4.2.1 INFILTRAÇÃO

Dentre os meios investigatórios, o inciso I, do art. 2º, da Lei 9.034/95, previa a “infiltração” em organizações criminosas por policiais disfarçados, também chamada de operação *undercover*. Consiste basicamente em permitir a um agente da Polícia ou do serviço de inteligência infiltrar-se no seio da organização criminosa, passando a integrá-la como se criminoso – um novo integrante – fosse. Agindo assim, participando das atividades diárias, das conversas, dos problemas e decisões, ele passa a ter condições de melhor compreendê-la e combatê-la através do repasse das informações às autoridades. Tais informações podem consistir em fatos criminosos não esclarecidos, nomes, *modus operandi*, nomes, bens, planos de execução de crimes, agentes públicos envolvidos, nomes de empresas e mecanismos utilizados para lavagem de dinheiro.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Crime Organizado: o que se entende por isso depois da Lei 10.217, de 11.04.2001? – Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei nº 9.034/95.** Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal – nº 11 – dezembro – janeiro 2002. pg. 16.

Esse dispositivo, entretanto, fora vetado antes da lei entrar em vigência, pois seria impossível autorizar o infiltrado a cometer crimes, ou seja, excluir a antijuridicidade do crime praticado pelo policial dentro da organização criminosa. Para alguns autores a exclusão da antijuridicidade seria evidente e inafastável, pois, havendo autorização para a infiltração do agente, que significa integrar o bando, mas para fins de investigação criminal – que serve aos fins dos órgãos de persecução, ele não estaria na verdade integrando a organização criminosa, mas sim dissimulando a sua integração com a finalidade de coletar informações e melhor viabilizar o seu combate.¹⁶ Outros ainda entendem que a culpabilidade seria discutível, pois haveria um elemento subjetivo da infração superposta; pois o dolo da infiltração, conscientemente admitido afastaria o dolo imposto pela coação do crime criminoso. Para outros autores, porém, essa vedação da co-participação delituosa, de forma geral acabaria frustrando os seus objetivos, pois transformaria o policial infiltrado em figura suspeita para os demais membros da organização, já que ele não poderia tomar parte dos atos de execução dos delitos perpetrados pelo grupo, eximindo-se tão somente do delito do art. 288 do Código Penal.¹⁷ Essa visão acabou predominando e este inciso foi vetado pelo Presidente da República.

4.2.2 AÇÃO CONTROLADA

Consiste no retardamento e espera do melhor momento para a atuação policial repressiva contra os criminosos integrantes da organização. É a matéria que trata o inciso II do art. 2º da mesma Lei. Assim, concede-se à Polícia o direito de aguardar a oportunidade mais adequada para atuar, seja para prender, surpreender, ou agir de qualquer forma, no momento mais oportuno. Então, nesse momento, não só a prova poderá ser mais robusta a concreta, mas também muito mais eficaz.

¹⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado – aspectos gerais e mecanismos legais*. Ed. Juarez de Oliveira: São Paulo, 2002.

¹⁷ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *A Lei da Caixa Preta. Justiça Penal nº3 – Críticas e Sugestões*. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995. pg. 155.

Para Geraldo Prado a ação controlada não é meio de prova, mas sim fonte de prova, podendo dar origem a provas testemunhais, documentais ou, ainda, resultar da apreensão de coisas factíveis de serem tidas como corpo de delito.¹⁸

Para Luiz Flávio Gomes a ação controlada consiste, em suma, no retardamento da prisão em flagrante.¹⁹ Ela está prevista no art. 301 do CPP: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Existe, portanto uma possibilidade para alguém do povo e uma obrigatoriedade para o policial de executar a prisão. A novidade da Lei 9.034 é exatamente autorizar que o flagrante realizado pelo policial seja retardado ou prorrogado. Para o mesmo autor o flagrante prorrogado difere-se do esperado em alguns aspectos; neste a intervenção se dá em momento certo, sem nenhuma vigilância permanente e na qual a situação de flagrância não é duradoura. Já no prorrogado a situação de flagrância e a vigilância são permanentes, só se aguarda o momento mais propício para a intervenção, ou seja, no flagrante esperado a autoridade não pode prorrogar a captura, já no flagrante prorrogado a autoridade pode esperar o momento certo para a intervenção. Este, portanto, é o flagrante trazido pela Lei 9.034/95.

Valdir Sznick discorda desse pensamento e diz que na ação controlada está-se diante do flagrante esperado, pois consiste num acompanhamento policial que visa ao impedimento de um crime.²⁰

Essa, entretanto, é uma questão de conceitos. O importante é que na ação controlada a ação da polícia de vigilância e prevenção é própria das suas atividades. Não existe o induzimento e a instigação para a prática de crime, como no flagrante preparado, ou ainda a própria prática de crimes por policiais, como na infiltração.

¹⁸ PRADO, Geraldo. Op. cit. Pg. 57

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime Organizado. Enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal.** 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista do Tribunais, 1997. pg. 59.

²⁰ Op. cit, pg, 230.

A ação controlada exige uma atividade discricionária, e não arbitrária, da Polícia, ou seja, conveniência e oportunidade da intervenção são responsabilidade da autoridade policial. A lei não estabeleceu nenhuma forma de controle, nem mesmo pelo Ministério Público, o que seria desejável.

Não estabeleceu, também, limite temporal para a ação controlada. Só exige que a situação flagrancial seja “mantida sob observação e acompanhamento”, assumindo o risco de perdê-la e que “a medida legal se concretize no momento mais eficaz”. A ação controlada, como se vê, tanto pode assegurar maior eficácia probatória, como pode ensejar o desaparecimento da situação flagrancial. Se isso ocorrer a autoridade policial não pode ser responsabilizada, nem mesmo administrativamente, pois acredita-se que ele atuava de acordo com fundadas razões de direito e com absoluta boa-fé.

Para finalizar, registra-se que essa atividade quase não tem sido adotada na prática. Essa atividade fica comprometida por causa do veto do inciso I do mesmo artigo. Isso porque sem a infiltração, torna-se praticamente impossível a observação e o conseqüente acompanhamento objetivando-se o monitoramento da ação controlada mencionada no início de sua redação, ficando, assim, difícil verificar o momento mais adequado para o flagrante.²¹

4.2.3 ACESSO A DADOS, DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES FISCAIS, BANCÁRIAS, FINANCEIRAS E ELEITORAIS.

É o inciso III do mesmo artigo 2º que permite esse acesso. Consiste na permissão à autoridade policial para que nas investigações criminais tenha acesso a dados ligados não só a pessoas, como a empresas, possam ser requisitados, juntados ao inquérito policial e sirvam de meio à coleta de

²¹ MAIA, Rodolfo Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris. 1997. pg. 75.

mais provas, quando esses dados sejam necessários no caso de organização criminosa.

É imprescindível dentro da investigação de uma organização criminosa que se saiba o modo de vida do possível suspeito, sua fortuna e eventual fonte e sua movimentação financeira e patrimonial. Tudo, entretanto, deve ser feito sob controle judicial. Não pode, nesse caso, a autoridade policial empreender a aludida busca, devendo ser respeitados os ditames do respectivo artigo.²²

Na verdade a lei 9.034 não estabeleceu explicitamente a prévia autorização judicial para o acesso a tais dados, documentos e informações. A interpretação mais favorável segundo Luiz Flávio Gomes²³ parte do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que diz: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Esse direito, entretanto, não é absoluto, até porque não existe direito fundamental absoluto, a liberdade de um termina onde começa a de outro. A privacidade deve ceder perante o princípio da proporcionalidade. Neste caso a invasão da privacidade justifica-se na salvaguarda de outros direitos fundamentais ou para uma investigação criminal ou instrução processual penal e essa abertura é trazida pela própria Constituição no seu art. 5º, inciso XII: “é inviolável o sigilo das correspondências 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”. Esse inciso traz ainda a exigência de prévia autorização judicial que parece ter aplicação óbvia também no acesso a dados, documentos e informações de que trata a lei 9.034.

A proteção à privacidade, contudo, pode ceder diante do interesse público relevante e maior a exigir a divulgação dos dados individuais, desde

²² SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao crime organizado**. Ed. Juruá: Curitiba, 1995. pg. 52.

²³ Op. cit, pg. 121.

que assegurados o devido processo legal e todas as garantias de preservação da vida privada.²⁴ Ainda segundo Luiz Flávio Gomes

A quebra desse sigilo exige a prévia autorização judicial, porque está envolvido um direito fundamental da pessoa (direito à privacidade). E sempre que qualquer medida investigatória afete diretamente um direito fundamental, é evidente que tem que passar pelo crivo prévio do juiz, que é o garante da irrestrita observância do estado Constitucional de Direito.

Quando fundadas as razões, portanto, e quanto for maior o bem a ser protegido, deve-se quebrar o sigilo da vida privada, evitando-se a todo custo a arbitrariedade, o abuso ou a ilegalidade.

Entre as informações fiscais encontram-se impostos do âmbito federal (de renda, de exportação, de importação, IPI); estadual (ICMS) e municipal (IPTU, ISS). Essas entidades podem fornecer dados importantes sobre o ramo de atividade da empresa, ainda que muitas vezes sejam simples fachadas para legalizar atividades ilícitas, o nome dos seus dirigentes, sócios, responsáveis e também o número e localização de filiais.

No campo eleitoral fornece-se o nome do eleitor, filiação, elementos de sua identidade e residência.

Já no campo dos negócios, importantes são as informações obtidas no setor financeiro-bancário, pois fornece condições de se permitir levantamento das atividades da organização, especialmente no que se liga a transações monetárias, de empréstimo, de recebimento e saques além das informações cadastrais, existentes nos referidos estabelecimentos.²⁵

4.2.4 A PRESERVAÇÃO DO SIGILO CONSTITUCIONAL

O artigo 3º da Lei 9.034/95 procura dispor sobre a preservação do denominado sigilo constitucional, disciplinando o modo pelo qual o juiz,

²⁴ TAVARES, Juarez. **A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 5. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. Janeiro-março, 94. pg. 105 .

²⁵ SZNICK, Valdir. Op. cit. Pg. 234.

principal destinatário da norma, realizará as diligências de aquisição dos elementos de provas referentes ao inciso III do art. 2º da mesma lei.

Além disso, regulamenta o artigo, em seus parágrafos, a forma pela qual as partes procederão, destaca a ameaça de pena para as hipóteses de violação do sigilo e trata, por último, do recurso em tal situação.

Esse artigo, entretanto, afronta a ordem jurídica, desobedecendo uma série de princípios legais e mudando o modelo de investigação processual.

A maioria dos autores compartilha dessa opinião. Para Luiz Flávio Gomes²⁶ o legislador trouxe de volta a figura do juiz inquisidor, nascido na era do Império Romano, mas com protagonismo acentuado na Idade Média (Inquisição), o que tornaria o artigo inconstitucional, pois viola a atual Ordem Constitucional brasileira, afrontando o princípio do contraditório e do *ne procedat iudex ex officio*.

Ele explica, ainda, citando Ferrajoli, que o que caracteriza o processo acusatório é “a rígida separação entre juiz e acusador, a paridade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade dos atos processuais e etc.”; ao passo que caracterizam o sistema inquisitório, a iniciativa do juiz no campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa, o caráter sigiloso e secreto da instrução, etc.”. Acusa o legislador de retroceder a esse sistema inquisidor, pois a lei possibilita a violação do sigilo preservado pela Constituição, facultando ao juiz colher pessoalmente as informações secretas. E, diante disso, assevera que “de qualquer modo, jamais um juiz, como seu destinatário, deveria dar cumprimento a tal dispositivo legal, por ser flagrantemente inconstitucional, dentre as atribuições e competências do juiz, fixadas pela Magna Carta, em nenhum momento vislumbra-se a de colher provas ‘fora’ do devido processo legal. Juiz e devido processo legal são dois conceitos inseparáveis.”

Praticamente todos os parágrafos do artigo 3º apresentam sinais de flagrante inconstitucionalidade segundo essa visão. O §2º diz que: “o juiz deve lavrar pessoalmente o auto circunstanciado da diligência”. O §3º

²⁶ Op. cit. Pg. 133, 135, 136 e 137.

ordena que: “esse auto deve ser conservado fora dos autos”. Já o §4º diz que “os argumentos da defesa e da acusação serão apresentados em separado”. O *caput* desse artigo e seus parágrafos ferem de morte, portanto, o princípio da imparcialidade do juiz. Além disso, vulnera o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juizes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual.

4.2.5 ESTRUTURAÇÃO DA POLÍCIA

O artigo 4º diz que: “os órgãos da polícia judiciária estruturarão setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas”. Em outras palavras traz uma diretriz a ser seguida pela Administração Pública, no sentido de dotar os órgãos da Polícia Judiciária de setores e recursos humanos devidamente especializados no combate de tais delitos. Considerando o alto grau de periculosidade dos componentes das quadrilhas ou bandos, as peculiaridades da Lei ora em apreciação e o profissionalismo com que ditos componentes se comportam em sua atividade delituosa, é fundamental que essa regra seja, efetivamente, cumprida pela Poder Público. Também é indispensável que se providenciem recursos materiais para o combate eficaz a essa espécie de delitos, que, a cada dia, mais se multiplicam no Brasil.²⁷

Apesar de sua importância, contém em si mais uma norma programática do que uma norma imperativa, de eficácia imediata, já que depende de outras providências que não a simples norma legal, inclusive, a regulamentação para lhe dar eficácia e atuação.²⁸

²⁷ SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Op. cit. Pg 72.

²⁸ SZNICK, Valdir. Op. cit. Pg. 335.

Para Geraldo Prado²⁹ esse artigo está fadado ao esquecimento, do tipo “leis que não pegam”, pois o Brasil ainda não tem uma estrutura eficaz e organizada para combater este tipo de crime, mas alude que “grupos especializados podem ser bem vindos, afinal, a especialização tende a distribuir melhor o trabalho, concentrando informações específicas e obtendo-se um melhor rendimento, a experiência também revela que, nestes grupos, a corrupção tem maiores chances de grassar. Contudo, cabe ao Ministério Público cumprir o mandamento constitucional de velar pelo controle externo da atividade policial.

4.2.6 A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

O artigo 5º determina que: “a identificação de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil”. Esse artigo é uma das exceções sugeridas pelo artigo 5º, inciso LVIII da Constituição. Nela “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete³⁰,

A identificação criminal é o processo usado para se estabelecer a identidade, conjunto de dados e sinais que caracterizam o indivíduo. Procedem-se então à sua qualificação citando o nome, filiação, naturalidade, etc., bem como todas as outras qualidades físicas, morais, sociais que possam ajudar a identificar o indiciado, v. g., profissão, alcunha, defeitos corporais, sinais visíveis e assim por diante (art. 259). O processo moderno de identificação é o datiloscópico (comparação de impressões digitais), fundada na certeza de que não existem em duas pessoas saliências papilares idênticas e que permite, por meio de letras e números, a classificação das impressões em arquivos para a comparação com as colhidas de qualquer pessoa.

²⁹ PRADO, Geraldo. Op. cit. Pg, 78.

³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 2ª ed. Editora Atlas: São Paulo, 1992. Pg, 90.

Por possibilitar toda essa gama de informações e por tornar-se mais específica é que, nesses casos, a identificação criminal deve independe da civil.

4.2.7 COLABORAÇÃO ESPONTÂNEA

A colaboração espontânea é também denominada delação e, caso ocorra em crimes realizados por organizações criminosas reduz a pena do colaborador de um a dois terços.

Em outras palavras a colaboração espontânea consiste na participação de um dos membros da organização criminosa, que, voluntariamente, se dirige à autoridade e denuncia os demais companheiros. Essa “premiação” encontra-se no artigo 6º da lei contra o crime organizado, mas já tinha sido trazida pela lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), no seu artigo 8º, parágrafo único.

Para haver esse decréscimo na pena algumas características devem ser observadas. Em primeiro lugar o colaborador deve ser co-autor, excluindo-se, assim, o deferimento do benefício a quem figurar como mero participante da conduta delitiva. Em segundo lugar, exige-se ao nível do resultado, que a colaboração seja eficaz, no sentido de que contribua, de modo efetivo, para o desmantelamento da quadrilha.

Alguns doutrinadores, porém, alegam a ineficácia e incoerência desse artigo, que leva a um grande debate. Luiz Flávio Gomes, por exemplo, afirma que a delação é ineficaz porque não há proteção para o delator e que esta “assenta-se na traição”, criticando o legislador por formular uma lei que não é ética e que ensina que “trair traz benefícios”.³¹ Com ele concorda Marchi de Queiroz, quando critica o artigo 6º, pois esse “não traz proteção aos delatores que, sem cobertura, ficam vulneráveis à ação dos quadrilheiros ou bandidos em liberdade”.³²

³¹ Op. cit. pg. 164 e 165.

³² MARCHI DE QUEIROZ, Carlos Alberto. **Crime Organizado no Brasil – Comentários à Lei n.º 9.034/95 – Aspectos policiais e judiciários**. Ed. Iglu: São Paulo, 1998. pg. 33.

Por outro lado, alguns autores consideram que a delação premiada deve ser incentivada; assim como Rodolfo Tigre Maia³³, que a considera “uma arma indispensável na luta contra o crime organizado”. Ou ainda Valdir Sznick³⁴ que afirma não ter nada de imoral nessa medida de colaboração espontânea que se configura como uma medida de política criminal.

4.2.8 VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória é o ato cautelar, de natureza judicial, pelo qual se produz o ato de liberdade vinculada ao juiz do processo. Prisão hoje só com culpa formada ou então reservada aos indivíduos perigosos.

O artigo 7º, entretanto, proíbe a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança ao agente de organização criminosa que tenha tido “intensa e efetiva participação”. Essa proibição já fora anteriormente trazida também pela Lei dos Crimes dos Crimes Hediondos, no seu artigo 2º.

Cabe então discutir a letra dessa lei. Por participação entende-se, neste caso, co-autoria, pois ele não foi empregado no seu sentido técnico. Efetiva é a participação real, física ou intelectual, contribuindo com os meios para a realização das ações ou delas tomando parte diretamente. Intensa é a participação que marca pela sua permanência, podendo ainda ser observada das figuras dos líderes.³⁵

Segundo Luiz Flávio Gomes a participação intensa nunca deixará de ser efetiva. Já a efetiva pode não ser intensa. Bastaria, portanto, o legislador dizer “participação intensa”, que é uma participação distinta, muito ativa, de alto grau, forte, veemente, destacada, típicas dos líderes e chefes.³⁶

³³ Op. cit. página, 111.

³⁴ Op. cit. pg, 365 e 366.

³⁵ PRADO, Geraldo e DOUGLAS, William. Op. cit. Pg, 89.

³⁶ Op. cit. página, 172.

De novo, uma grande quantidade de doutrinadores crítica este artigo por considerá-lo inconstitucional. Ronaldo Leite Pedrosa³⁷, por exemplo, afirma o seguinte:

Estabelecer previamente uma impositiva prisão é fazer cair por terra os incisos LXI (prisão só em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente), LXVI (ninguém será levado à prisão e nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança) e LXIV (o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial) do art. 5º da Constituição Federal que devem ser interpretados harmonicamente, de maneira a demonstrar que não pode o legislador, de forma abstrata, rotular um crime que imponha, por si só, a prisão de alguém. Impossível essa prévia qualificação, mesmo porque ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Geraldo Prado e William Douglas³⁸ comentam ainda que este artigo fere o inciso LIV do art. 5º da Constituição, pois este dá a ciência da indispensabilidade do processo de conhecimento, com a efetividade das garantias da ampla defesa e do contraditório, para concluirmos que somente na sentença poderá vir a ser categoricamente afirmada a contribuição criminosa de qualquer pessoa. Antes disso, não se pode realizar nenhum juízo de valor que é adequado à constatação da culpabilidade.

Há, também, aqueles que defendem a constitucionalidade do dispositivo. Para estes, a “intensidade” e a “efetividade” da participação em ações realizadas em organizações criminais objetam a concessão da liberdade provisória. Para Valdir Sznick³⁹:

Este dispositivo não fere a ordem constitucional, pois a mesma dispõe ‘quando a lei admitir’ e, no caso, a lei veda referida concessão. Ele completa dizendo que a privação de liberdade só deve ocorrer nos casos de extrema gravidade, como é o caso, em regra, do crime organizado, crimes, na maioria das vezes, violentos e graves, cuja prisão permite a

³⁷ PEDROSA, Ronaldo Leite. **Crime Organizado: Mais uma “Lei Hedionda”**. Ed. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 1996. Pg. 560.

³⁸ PRADO, Geraldo e DOUGLAS, William. Op. cit. Pg. 89.

³⁹ Op. cit. página, 385 e 386.

descoberta dos demais integrantes do grupo, mesmo todos presos, a custódia tem por objetivo impedir que se oponham dificuldades à obtenção das provas (testemunhas, documentos) que seriam ameaçadas pelos presos, se estivessem em liberdade.

4.2.9 PRAZO PARA REALIZAÇÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

O dispositivo subsequente (art. 8º) foi alterado. Anteriormente estabelecia, em caráter absoluto e, portanto, sem nenhuma ressalva, a obrigatoriedade do acusado, nos crimes disciplinados na pré-aduzida Lei, recolher-se à prisão, após a sentença condenatória, para que possa interpor o recurso apelatório, ou seja, nesses casos o réu não poderia apelar em liberdade.

De novo, para alguns juristas, essa Lei vinha a ferir princípios constitucionais, como o da ampla defesa e do contraditório, pois a Constituição assegura que, somente quando respeitado o processo legal, será admitida a prisão.⁴⁰ O artigo ainda assegurava o prazo máximo da prisão processual, que seria de 180 dias.

Sua legislação foi alterada pela Lei 9.303/96. Agora ele determina que “o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crimes de que trata essa lei, será de 81 dias, quando o réu estiver preso, e de 120 dias, quando solto”.

Para Rodolfo Tigre Maia⁴¹ essa mudança foi completamente dispensável, pois a jurisprudência já reconhecia o prazo de 81 dias para crimes apenados com reclusão, em que existisse réu preso. Além disso, qualquer crime cometido por organização criminosa está em concurso material com o delito de quadrilha, apenado com reclusão e, para o qual, o prazo para realização da instrução criminal já seria de 81 dias. Luiz Flávio Gomes⁴² concorda e afirma que “apenas tornou-se lei o que antes somente a jurisprudência reconhecia”.

⁴⁰ SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. Op. cit., pg 99.

⁴¹ Op. cit. Pg, 115.

⁴² Op. cit. Pg, 180.

4.2.10 VEDAÇÃO DO APELO EM LIBERDADE

Aqui o legislador foi mais rigoroso que na Lei dos Crimes Hediondos. Nesta o juiz deve decidir se haverá a possibilidade de apelar em liberdade, em caso de sentença condenatória. Já o art. 9º da Lei do Crime Organizado diz que “o réu não poderá apelar em liberdade nos crimes previstos nesta Lei”. Considera-se aqui o alto grau de perigosidade do réu e dos crimes que possa ter cometido.

Para Geraldo Prado e William Douglas⁴³ o legislador comete um erro ao confundir culpabilidade com periculosidade. Este já foi afastado do Direito Penal Brasileiro pela Lei 7.209/84 (Nova Parte Geral do Código Penal), pois não é possível prever se um sujeito mentalmente são é perigoso a ponto de colocar em risco a sociedade. Isso iria ferir o preceito constitucional da presunção da inocência. Portanto, ainda de acordo com os autores acima citados: “sempre que em abstrato o legislador pressupor uma maior perigosidade, para antes do trânsito em julgado impor uma medida de coerção, estará, na verdade, prognosticando o imprognosticável, que, na melhor das hipóteses, para crenças na diferença entre culpabilidade e periculosidade, só poderia ser constatado no caso concreto”.

4.2.11 REGIME FECHADO

O art. 10 estabelece que o regime inicial de qualquer crime cometido por uma organização criminosa deve ser o fechado. Essa lei não chegou a ser tão rígida quanto a dos Crimes Hediondos, pois esta prevê que a pena será cumprida integralmente em regime fechado. Lei, porém, questionada quanto a sua constitucionalidade, por diversos juristas.

Além disso, essa lei contraria a regra estabelecida pelo art. 33 do Código Penal, que possibilita o regime de cumprimento de penas progressivo, iniciando-se com o mais severo e terminando com o mais leve,

⁴³ Op. cit. Pg. 94

de acordo com certo tempo e condições. Já a lei do Crime Organizado retornou ao sistema geral de progressão, pois a pena deverá somente iniciar-se em regime fechado. Dessa forma o legislador cumpriu dois objetivos, de acordo com Valdir Sznick⁴⁴: o de estabelecer o regime mais rígido, pois em se tratando de uma lei severa no combate a grupos criminosos, outro regime poderia representar um abrandamento da lei em relação ao infrator da mesma e o de evitar que tais criminosos iniciassem o cumprimento da pena em regime semi-aberto ou até aberto, pois o art. 33 § 2º do Código Penal dispõe que pena não superior a oito anos tem regime semi-aberto e não superior a quatro anos inicia-se em regime aberto, se não reincidente.

Outra característica do regime fechado é a imprescindibilidade da realização de um exame criminológico, a fim de individualizar a sanção, conforme o espírito que norteia a legislação atinente à execução penal. Nos estabelecimentos de segurança máxima há, além disso, celas individuais que possibilitem o isolamento do condenado.

Portanto não importa se o crime decorrente de uma organização criminosa seja punido com detenção ou reclusão, nem a quantidade da pena em abstrato, pois o regime inicial será sempre o fechado. O que não pode ser retirado do réu é seu direito de progressão da pena.

4.2.12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os art. 11, 12 e 13 da lei 9.034 fazem referência a aspectos finais, de caráter cautelar, porém com uma finalidade importante. O art. 11 visa a suprir eventuais lacunas de origem processual penal deixadas pela lei, pois determina que: “aplicam-se, no que não forem incompatíveis, subsidiariamente as disposições do Código de Processo Penal”. Na Lei sobre organizações criminosas vários dispositivos são de cunho e conteúdo nitidamente processual, a disposição do art. 11, portanto, apresenta-se

⁴⁴ Op. cit. Pg, 408.

como uma norma esclarecedora, no sentido de manter, em seu todo, o Código de Processo Penal.

Já os arts. 12 e 13 são aqueles dispositivos que toda a legislação – civil, penal, processual, administrativa, tributária – ao final das normas estabelecidas são colocadas e têm a finalidade de estabelecer o prazo de sua vigência, ou seja, a data em que a referida norma entra em vigor e dirimir qualquer dúvida no que se refere à colisão ou oposição de normas diante da legislação nova prevista na lei. O art. 12 determina que lei entra em vigor na data da sua publicação e o art. 13 exige a revogação das disposições em contrário. O primeiro é dispositivo de cunho obrigatório, para impor sanção aos obrigados pela nova lei; já o segundo é mais uma norma acauteladora, de hermenêutica jurídica.⁴⁵

5. SUGESTÕES PARA O COMBATE RACIONAL DO CRIME ORGANIZADO

Há uma série de pontos de vista diferentes quando o assunto é a repressão ao crime organizado. Alguns autores apontam a própria Lei 9.034/95 como um grande passo na luta contra o crime organizado, faltando apenas desenvolver certos institutos e mecanismos previstos nesse diploma legal. Um exemplo de instituto a ser desenvolvido é a delação, devendo-se conferir ao colaborador maior proteção e segurança. Outro exemplo é o desenvolvimento da Polícia Judiciária; especializada e preparada para deter tais organizações. Élio Wanderley de Siqueira Filho⁴⁶ apresenta esse pensamento, confiando plenamente na eficácia dessa lei, contando que o Poder Público desenvolva suas instituições.

Várias têm sido as propostas para enfrentar o crime organizado, como as ações controladas da polícia, o perdão judicial e a redução de penas dos colaboradores, a proteção de testemunhas, a ampliação das hipóteses de interceptações telefônicas e escutas ambientais e a infiltração

⁴⁵ Op. cit. Pg. 417.

⁴⁶ Op. cit. pg. 125 e 126.

de policiais no seio das organizações. Todas elas tentam alcançar o mesmo grau de ousadia e sofisticação de meios dos quais se valem as organizações criminosas, atentando-se a proporcionalidade e constitucionalidade dessas ações.

Por outro lado, Luiz Flávio Gomes⁴⁷ critica e questiona tanto a eficácia quanto a constitucionalidade dessa Lei. Ele acredita que entre as vias de reação ao crime a via da prevenção é muito mais eficiente que a da repressão. O ideal seria “controlar o crime organizado em seu nascedouro”, antecipando a intervenção estatal.

Em relação ao narcotráfico, por exemplo, a repressão fracassa porque sempre haverá demanda e enquanto ela houver os produtores e distribuidores sempre encontrarão um caminho para que elas cheguem aos consumidores. As leis repressivas nunca resolveram o problema da toxicomania (disse-o John Finlator, vice-presidente do departamento de narcóticos dos Estados Unidos).⁴⁸ Seria um equívoco confiar na eficácia repressiva do Direito Penal, ele sozinho não resolve nada. A criminalidade é um fenômeno que nasce na comunidade e deve ser solucionado pela comunidade.

Além disso, ainda segundo Luiz Flávio Gomes a “lei dura” não resolve, nem nunca resolveu o problema da criminalidade. O que a combate não é lei severa e até absurda, mas a certeza da sua aplicação. O sistema penal ideal apresenta a característica da infabilidade; deve-se eliminar a impunidade criando a certeza da aplicação efetiva da resposta penal a todos os infratores. A pena, portanto, não precisa ser cruel, apenas justa e aplicada com rapidez. Pena justa é a proporcional ao delito cometido. Para aplica-la com rapidez, por outro lado, é preciso estruturar melhor os órgãos formais encarregados da atividade repressiva (Polícia, Ministério Público, Justiça, etc). Conclui-se então que a pena, somente quando é justa e aplicada de modo infalível e rápido é que pode gerar algum efeito preventivo. Enquanto não reunidos todos esses requisitos, ela é puramente

⁴⁷ Op. cit. pg, 33 a 44.

⁴⁸ Citado por Luiz Flavio Gomes. Op. cit. pg, 34.

repressiva e seletiva e é bem provável que nunca alcance real capacidade de intimidar ou motivar as pessoas, isto é, de prevenir a delinquência.

Para autores como Abel Fernandes Gomes⁴⁹, a raiz do problema do crime organizado é a sua conexão com o Poder Público, enquanto houver essa ponte entre o crime e os agentes que deveriam controlá-lo será impossível combater essa espécie de criminalidade. Raúl Cervini⁵⁰ questiona se “as autoridades não podem ou não querem alcançar a criminalidade organizada”. As conexões com o Poder Público imobilizam ou até neutralizam as ações dos órgãos encarregados da fiscalização e do controle de atividades ilícitas, impedem a repressão das condutas delituosas e garantem a impunidade e a liberdade de ação das organizações criminosas.

Para estes autores o combate ao crime organizado começaria exatamente pelo Poder Público. Defendem a criação de critérios mais rígidos de indicação, nomeação e aprovação, de modo a evitar que uma determinada pessoa, em determinadas circunstâncias de notória interligação de suas atividades privadas com o setor público para o qual seria cogitada, viesse a ser efetivamente empossada.⁵¹

Não se pode, portanto, conceber que um agente estabelecido no setor privado, por mais competente que seja, venha a exercer cargo voltado ao controle de atividades de sua própria área de negócios.

Ainda dentro do Poder Público sugerem que seja feito um controle preventivo e repressivo. O primeiro consiste em investigar a formação moral e os antecedentes do candidato, além de um trabalho de apoio e constante avaliação do seu desempenho. Já no controle repressivo as ouvidorias e as corregedorias parecem ter sido uma importante iniciativa de alguns setores. Dessa forma, identifica-se o ponto de corrupção e imediatamente estabelece-se uma investigação em torno das denúncias e da situação

⁴⁹ Op. cit. pg. 15 a 20.

⁵⁰ CERVINI, Raúl. Op. cit. Pg. 227.

⁵¹ RIOS, José Arthur. **A fraude social da corrupção. Sociologia da Corrupção.** Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 1987. Pg. 106.

sócio-econômica do funcionário em questão, confrontando seus rendimentos com seu padrão de vida ostentado.

O crime organizado só começará a ser combatido então quando predominar um Estado forte e organizado, com ênfase na excelência de seus serviços e servidores, desde o processo de seleção, passando pelo acompanhamento do exercício da função pública, até chegar à avaliação das conseqüências dos atos praticados pelo agente público temporário ou não. Só assim, desmantelando-se essa rede é que os órgãos públicos podem cumprir sua verdadeira função de controle e combate à criminalidade.

6 CONCLUSÃO

A Justiça Penal precisa sempre acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade, senão, ela passa a ser ineficaz ou até injusta. A grande crítica que se faz ao Direito Penal atual, que pretende combater o crime organizado é que este seria o Direito do autor e não, do fato. Ou seja, o Direito Penal do autor escolhe o seu “cliente”, seja pela sua cor, emprego, aparência ou condição financeira e, posteriormente, procura o fato que irá justificar a sua punição. Dessa maneira, o combate ao crime organizado continua muito distante, pois dificilmente os chefes dessas organizações serão pegos e, mais difícil ainda, será a prisão de qualquer pessoa pertencente ao Poder Público conectada ao crime organizado.

A legislação sobre o crime organizado precisa, ainda, ser mais clara, simples e ágil, associada à adoção de medidas administrativas e sociais, absolutamente compatíveis.

Além disso, o primeiro princípio a ser observado deve ser o da proporcionalidade. Claro que direitos humanos básicos estabelecidos pela Constituição não devem ser desobedecidos, entretanto o interesse público há de prevalecer sobre o particular. Não é possível tolerar que o tráfico no Rio de Janeiro, por exemplo, determine que lojas e escolas abram e fechem nos horários por eles estabelecidos. Não é possível que esse poder paralelo

se sobreponha ao poder constitucional e democrático, eleito pelo próprio povo. Não é possível que a probabilidade de um criminoso cumprir pena em São Paulo seja de apenas 0,1438%⁵². Não é possível que um criminoso preso tenha telefone celular e o utilize para ordenar crimes e negócios ilícitos. O pior é que não só tudo isso é possível como representa a nossa realidade. E o que o torna possível e real é uma Justiça Penal elitista, e mais do que isso, a eterna e inatingível conexão e apoio do poder público, que representa o espírito e a educação de muitos que agem ilicitamente movidos pela ganância e egoísmo.

Com a relação à Lei 9.034/95, apesar de serem profundamente abalizadas as críticas contra, na verdade ela representa algum progresso. Mas isso não basta; esperamos que as autoridades do setor de segurança pública, assim como a OAB, Ministério Público e Poder Judiciário e principalmente as universidades contribuam decisivamente para eliminar esses defeitos de forma e atuação. Dessa forma poderemos buscar uma legislação mais moderna e compatível com o nosso tempo e necessidades, reafirmando-se o princípio básico de respeito ao Estado Democrático de Direito.

⁵² Citado por Luiz Flavio Gomes. Op. cit. pg, 41.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHIAVARIO, Mario. **Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, nº5, janeiro-março de 1994. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo.

GOMES, Abel Fernandes, PRADO, Geraldo e DOUGLAS, William. **Crime organizado e suas conexões com o poder público: comentários à Lei n.º 9.034/95: considerações críticas.** Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal.** 2ª edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: o que se entende por isso depois da Lei 10.217, de 11.04.2001? – Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95.** Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal – nº11 – dezembro/janeiro 2002. Ed. Síntese: Porto Alegre.

MAIA, Rodolfo Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1997.

MARCHI DE QUEIROZ, Carlos Alberto. **Crime organizado no Brasil – comentários à Lei n.º 9.034/95 – aspectos policiais e judiciários.** São Paulo: Ed. Iglu, 1998.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado – aspectos gerais e mecanismos legais.** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 2ª ed. Editora Atlas: São Paulo, 1992.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **A Lei da Caixa Preta. Justiça Penal nº3 – Críticas e Sugestões**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. pg.155.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. **Crime Organizado: Mais uma “Lei Hedionda”**. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1996.
- RINALDI, Stalisnao. **Criminalidade organizada de tipo mafioso e poder político na Itália**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 22 – abril/junho 1998.
- RIOS, José Arthur. **A fraude social da corrupção. Sociologia da Corrupção**. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 1987.
- SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao crime organizado**. Ed. Juruá: Curitiba, 1995.
- SZNICK, Valdir. **Crime organizado – comentários**. São Paulo: Ed. Leud, 1997.
- TAVARES, Juarez. **A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 5. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. Janeiro-março, 94.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Mesa redonda sobre crime organizado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, nº 8, outubro-dezembro de 1994. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995.