

ELIETE KOVALHUK

**DA RELEVÂNCIA DOS MEIOS INVESTIGATÓRIOS NO
COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

CURITIBA

2002

ELIETE KOVALHUK

**DA RELEVÂNCIA DOS MEIOS INVESTIGATÓRIOS NO
COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

Monografia de Conclusão de Curso
apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel
em Direito pela Universidade Federal
do Paraná.

Orientador: Prof. Nilton Bussi

CURITIBA

2002

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

A comissão julgadora aprova a monografia de conclusão de curso:

**DA RELEVÂNCIA DOS MEIOS INVESTIGATÓRIOS NO
COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

elaborada por:

ELIETE KOVALHUK

Como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

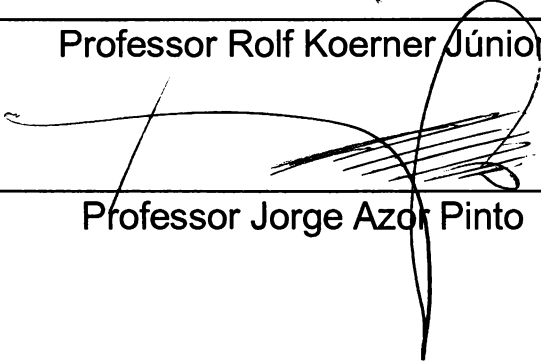
Comissão Julgadora:



Professor Nilton Bussi



Professor Rolf Koerner Júnior



Professor Jorge Azor Pinto

**“É melhor não punir um crime
do que cometer outros crimes
para descobri-lo e prová-lo”**

Roberto Lyra

SUMÁRIO

RESUMO	vi
1 – INTRODUÇÃO	1
2 – TEORIA GERAL DA PROVA	5
2.1. A GARANTIA INAFASTÁVEL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	5
2.2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS.....	8
2.3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS.....	12
2.4. ASPECTOS DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE.....	14
3 – DO CRIME ORGANIZADO	17
3.1. O CRIME ORGANIZADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	17
3.2. NOÇÕES DE DIREITO COMPARADO.....	20
4 – DA LEGITIMIDADE DOS MEIOS INVESTIGATÓRIOS E PROBATÓRIOS INSTITUÍDOS PARA O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO	25
4.1. A DELICADA QUESTÃO ESPECIAL DA PERMISSÃO DE INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....	27
4.1.1. Primeiramente, uma análise do veto ao inciso I do artigo 2º do projeto da citada Lei nº 9.034/95.....	27
4.1.2. Aspectos da Lei nº 10.217/2001, que alterou artigos da Lei nº 9.034/95 e instituiu a possibilidade de infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas.....	30
4.2. INDICATIVOS PARA UMA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA.....	31
5– CONCLUSÃO	34
6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37
7 – ANEXO	39

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a possível ocorrência de excesso nos meios investigatórios, e na conseqüente formação da prova, no tocante ao combate ao crime organizado, mormente em face dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais postos. Pretende-se, desta forma, cuidar da questão da prova no âmbito processual penal, diferenciando provas ilícitas de provas ilegítimas, destacando o princípio constitucional pertinente, assim como apontando aspectos da teoria da proporcionalidade e a sua aceitação e aplicação pelo direito pátrio. Intenta-se, outrossim, delinear uma noção acerca do que é, ou pode ser, o crime organizado, tendo em vista o que dispõem as Leis nº 9.034/95 e nº 10.217/2001, ambas tratando da utilização de meios operacionais para a investigação, prevenção e repressão de ilícitos e ações praticadas por organizações ou associações criminosas. Por fim, contextualizando a questão no Brasil, aponta-se que alguns dos meios de combate revestem-se de ilegitimidade, por ferirem preceitos éticos e morais de um Estado que se intitula Democrático de Direito, tendo em conta que partem, paradoxalmente (e numa atitude que se pode entender como desesperada), da prática de delitos para a prevenção e/ou solução de outros, em claro ataque às conseqüências, e não às causas, do problema.

INTRODUÇÃO

Os princípios do Estado Democrático de Direito pautam o ordenamento jurídico brasileiro, sendo um de seus fundamentos essenciais a limitação jurídica da soberania estatal. Da história, enaltece-se que aqueles tiveram suas bases lançadas pela Revolução Francesa de 1789, fundado, o Estado Democrático de Direito, sob os dogmas do iluminismo, do individualismo e do voluntarismo, caros aos burgueses da época. Outrossim, que foi premente a preocupação de se limitar uma esfera de liberdade do cidadão, de modo a protegê-lo das maléficas interferências do Estado.

Em complemento, posteriormente, aperfeiçoaram-se as noções de Estado Liberal e Estado Social de Direito, o primeiro para assegurar à sociedade as garantias jurídicas formais, e o segundo para modificar efetivamente as relações sociais, proporcionando e concretizando, por meio de direitos e garantias – principalmente de liberdade e de igualdade – o desenvolvimento dos indivíduos.

No entanto, muito se teve de lutar para que esses direitos e garantias pudessem ser impostos como relevantes num ordenamento jurídico. Desta forma, destaca-se que a primeira declaração de direitos fundamentais, em sentido moderno, foi a “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia”, de uma das treze colônias inglesas da América. É datada de 12 de janeiro de 1776, portanto, anterior à Declaração de Independência dos Estados Unidos. Consubstanciava as bases dos direitos do homem e se preocupava com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes.

Estabelecia, fundamentalmente, que todos os homens são por natureza livres e independentes; que todo poder emana do povo e o governo deve servi-lo, sem se valer de privilégios exclusivos e da hereditariedade dos cargos públicos; que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem ser separados, os dois primeiros tendo investidura temporária; que é assegurado o direito de eleições livres, o direito de defesa nos processos criminais e o julgamento imparcial, vedadas as fianças e multas excessivas; dentre outros direitos.

As declarações de direito que se seguiram, na mesma medida, não prescindiram de limitar o poder estatal, inspiradas na crença de existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem, dentre os quais pode-se exemplificar: à vida, à liberdade, à igualdade. Todas tiveram repercussão importante na época, porque expressavam os princípios defendidos por Locke, Rousseau e Montesquieu, defendendo a limitação do poder do Estado Absoluto.

Transportando esses ideais, bem como as conquistas obtidas para o campo penal do Direito, releva-se a missão que se passou a ter de realizar: tutelar bens jurídicos mediante a proteção dos mais elementares valores ético-sociais da ação. Vale dizer, tende-se ao fortalecimento e garantia destes últimos, só que, visando a esse escopo, mediante a extrema observância de princípios, como o da legalidade, do devido processo, e, também, da proteção de bens jurídicos – igualmente, de sua parte, valiosos.

Assim, fala-se do princípio da intervenção mínima, ou “ultima ratio”, estabelecendo que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à vida em sociedade, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma.

Tudo porque a Constituição Federal, no campo em comento, em um Estado de Direito Democrático e Social, tem o objetivo crucial de garantir ao indivíduo uma vida de paz em sociedade. Há de ser o ponto jurídico-político de referência, no tocante à conduta criminal, como afirmação do indispensável liame material entre o bem jurídico e os valores constitucionais, amplamente considerados.

Levando-se isso em consideração, procede-se a conexão ao presente estudo: os princípios constitucionais e os meios de combate ao crime organizado.

Os noticiários não fazem esquecer que tal tema está na ordem do dia. Muito tem se falado em medidas repressivas como solução para o problema, que vem atemorizando a sociedade, e a brasileira, de modo mais particular. Mas não se olvida se tratar de problema com proporções globais.

Os exemplos mais próximos para se ter noção acerca do crime organizado consistem nos discursos – em que pese totalmente peculiares – americano e italiano; naquele, é definido como conspiração nacional de etnias estrangeiras, e no último, tem por objeto de estudo original a máfia siciliana. Porém, ambos, de tempo,

já apresentam política institucionalizada de coibição, adaptadas às respectivas realidades.

Contextualizando a questão, destaca-se que o Brasil é o país possuidor da maior economia da América Latina, com uma sociedade civil marcada por extrema desigualdade social, corrupção e emperrado pela burocracia. Logo, pode-se dizer que é um mercado atraente para a expansão dos negócios e do poder das organizações criminosas.

Desta forma, em se aceitando existência efetiva de organizações criminosas por aqui, no respeitante às estratégias de combate, a tendência nacional atual deveria consistir no planejamento e investimento em políticas capazes de atacar a causa do problema da criminalidade como um todo, e, mais específico, da criminalidade organizada. Ocorre que o Estado vem sendo constantemente movido pelo impacto emocional dos acontecimentos fatídicos e dramáticos, almejando incessantemente por resultados imediatos, emergenciais – não consistentes, portanto – procedendo somente em relação às conseqüências. No entanto estas, como que paradoxalmente, são os fatores que mais evidenciam a matriz do problema.

Hoje, pode-se dizer que, o que se faz em relação ao combate à criminalidade, de uma maneira geral, está pautado na repressividade, atitude esta pouco eficaz. Contudo, uma reflexão aponta no horizonte, provinda dos campos universitários, como forma de resistência à atual tendência, no intuito de se perpetuar meios que salvaguardem os fundamentos constitucionais e do processo penal do Estado Democrático de Direito.

Não é preciso muito entendimento para perceber que devem ser levadas a efeito medidas político-criminais orientadas ao respeito dos direitos e garantias fundamentais. Neste diapasão, já resta perfeitamente comprovado que o agravamento das leis e a supressão das garantias, ao gosto do movimento “lei e ordem”, para não ir mais longe que isso, apresentam efeito inverso ao colimado, aumentando a resistência e os próprios índices de criminalidade.

No que toca ao crime organizado, releva-se ser perfeitamente compreensível a valia da tentativa do seu controle, reconhecida a utopia de pensar na sua eliminação, extinção ou extirpação.

Para tanto, porém, nas linhas expostas, torna-se imperioso pensar, coordenar e concretizar políticas, que, para além de repressivas, alcancem medidas preventivas, com olhos para as barreiras intransponíveis representadas pelos limites constitucionais.

Neste ínterim, busca-se apresentar um estudo pertinente à limitação ao direito à prova, pois um processo só pode fazer-se dentro de rigorosa regra moral. Será cuidadosamente sopesada a questão da ilicitude e da inadmissibilidade no procedimento probatório, visando à busca da verdade válida em defesa da sociedade, além do respeito aos direitos fundamentais que podem ser afetados pelas investigações.

Inobstante conceber que o crime organizado, “per si”, é fonte de violação de direitos, forçoso é de ressaltar que isso não justifica a quebra da normalidade constitucional. Há uma exigência ética que deve ser respeitada pelos operadores do Direito, na intenção de combater tais organizações.

De outra senda, mesmo lançando olhos para a institucionalização do crime organizado – nos âmbitos externo, social, político e econômico, desenvolvendo atividades, obviamente, proibidas e moralmente rejeitadas por grande parcela da sociedade – inexistente circunstância capaz de tornar possível a legitimação de práticas excessivas e abusivas como via de combate e controle, criadas pelo legislador, para aplicação pelos aludidos operadores.

O Direito deve estar diretamente ligado à sociedade (vista como um todo), ciente das suas necessidades e reivindicações. Mas, deve ponderar friamente as melhores perspectivas para o devido atendimento de tais anseios.

Há, sim, que se considerar a atual conjuntura, desesperadora quem sabe, mas ainda não se faz imperioso aplicar a máxima de Nicolau Maquiavel – de que “os fins justificam os meios” – para se perder de vista as disposições e garantias constitucionais, mesmo no combate ao crime organizado.

E, por conseqüência de tal ponderação, é de se inadmitir a utilização, e, antes ainda, a execução de meios probatórios tidos como ilícitos, mediante infringência a normas ou caros princípios, garantidos, pela Carta Magna, à proteção das liberdades públicas e dos direitos fundamentais.

2 – TEORIA GERAL DA PROVA

2.1. A GARANTIA INAFASTÁVEL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Hodiernamente, é possível notar-se que, no interesse de buscar soluções imediatas para os anseios de Justiça da população, sem atacar a causa dos problemas, o Poder Legislativo tem editado normas penais de caráter emotivo, vingador, terrorista, na contramão do panorama atual da ciência criminal – que prima pelo direito penal mínimo. Diante disso, mister faz-se impor ao mencionado Poder práticas mais humanas e coerentes com a atualidade, mormente em razão das conquistas de direitos havidas e dos avanços constitucionais, conseqüentemente, verificados.

Conforme apresenta SILVEIRA:

A presunção de constitucionalidade da lei em determinadas áreas de abrangência não é a regra a ser adotada, toda vez que, através da lei, puder uma liberdade básica, garantida na Constituição, ser violada quanto ao conteúdo, ou seja, quando haja restrição na esfera de disponibilidade da franquia assegurada. Nesse caso, o poder discricionário do legislador deve ser contido (a legislação é presumivelmente suspeita de violadora dos direitos fundamentais assegurados na Carta Política), a menos que se comprove (há inversão do ônus da prova) a existência de um interesse social sobrepujante, que o obrigue a atuar naquele assunto. Não o fazendo, a lei deve ser declarada inconstitucional, por ferir o devido processo legal, em sua forma substantiva, ou o princípio da igualdade, também imantado pelo devido processo.¹

Nesta esteira, aponta-se que o devido processo legal consiste em um dos princípios que, com maior propriedade, delimita o limite de confronto entre a garantia dos direitos individuais e a defesa dos direitos coletivos da sociedade. Vem expressamente disposto no inciso LIV do artigo 5º da Magna Carta, que enuncia que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Neste sentido, propriamente para o âmbito penal, é cediço que,

¹ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 72-73.

De um lado temos a necessidade de a sociedade como um todo, e seus membros em particular, se defender contra criminosos. De outro, não de ser resguardados os direitos e garantias dos acusados, ainda que tenham cometido crimes, sob pena de a violação de seus direitos fundamentais voltar-se contra a própria sociedade, que ficaria desguarnecida contra os atos arbitrários e ilegais dos agentes do governo, principalmente da polícia.²

E brilhantemente complementa, o mencionado autor, citando a advertência do “Justice Brandeis” em voto no caso “Olmstead”, de 1928:

Decência, segurança e liberdade outras demandam que os oficiais do governo sejam submetidos às mesmas regras de conduta que comandam o cidadão. Num governo de lei, a existência do próprio governo correrá perigo se deixar de observar escrupulosamente a lei. Nosso governo é potente, e onipresente professor. Para o bem e para o mal, ele ensina a todo povo pelo exemplo. Crime é contagioso. Se o Governo se torna um violador da lei, ele reproduz o atentado à lei; ele convida todo homem a se tornar a si próprio em lei; ele convida à anarquia. Declarar na administração da lei criminal que os fins justificam os meios – declarar que o governo pode cometer crimes visando assegurar a condenação de um criminoso privado – traria terrível retribuição. Contra essa perniciosa doutrina, a Corte deverá resolutamente afastá-la.³

Assim, é possível afirmar que todos os direitos individuais se acham tocados pelo princípio do devido processo legal, vinculados à sua observância prévia. Todos aqueles outorgados pela Constituição Federal, para além do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, como o direito à privacidade, à informação, julgamento justo e imparcial, fundamentação das decisões, da ampla defesa, do contraditório etc.

Por consequência, diz-se que é o princípio que permite ao Poder Judiciário aferir a justiça da lei, não mais somente pelo aspecto único da legalidade, tendo em conta que harmonizou definitivamente aquele conceito com o de direito. Logo, se uma lei vier a maltratar o ditame do princípio do devido processo legal, e for considerada injusta pelo Judiciário, será considerada irremediavelmente inconstitucional.

Mais do que um conceito técnico legal – por abarcar um extensivo reservatório de limitações constitucionais expressas e implícitas – esse princípio é concebido sob dois aspectos: o processual e o substancial.

O devido processo legal processual, ou procedimental, impõe a obediência estrita às normas processuais, de modo a que o processo transpareça a igualdade

² SILVEIRA, op. cit., p. 207.

³ Ibid, p. 207.

de oportunidade das partes para a busca da verdade. Sob este enfoque, atenta-se à maneira pela qual a lei e a ordem judicial são executadas, mas sem se cogitar do mérito que encerram; enfim, leva-se em consideração o procedimento que deve ser aplicado quando alguma liberdade básica for retirada de um indivíduo.

Já no que tange ao substantivo devido processo legal, torna-se possível ao aplicador da lei aferir a razoabilidade ou a racionalidade na imposição de uma medida coativa processual; apreciar o mérito e sua consonância com as garantias constitucionais. Diz-se, inclusive, dada a relevância, que o princípio em comento viabiliza o princípio da igualdade perante a lei, transformando-o em realidade concreta, palpável, tangível, alcançável, para além do seu sentido formal.

TUCCI bem resume o que o devido processo legal significa para um proclamado Estado de Direito, quando destaca que ele impõe:

- a) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (...);
- b) aplicação judicial das normas jurídicas (não só da lei, como tal própria e estritamente concebida, mas, por igual, de toda e qualquer forma de expressão do direito), através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o 'processo' (...); e,
- c) assecuração, neste, de paridade de arma entre as partes, visando à igualdade substancial.⁴

Para o campo penal, especialmente, a importância do devido processo legal reside na realização da finalidade resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social. Mas, ao proporcioná-la, não há que deixar de reconhecer a ambas partes direitos que sejam oponíveis ao Estado, como limites ao seu arbítrio de detentor dos instrumentos de coerção social.

Como enunciam GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO:

Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade etc. constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional, legal e justa.⁵

⁴ TUCCI, Rogério Lauria; e TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: RT, 1993, p. 18-19.

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. Revista, ampliada e atualizada, São Paulo: RT, 1999, p. 22..

E é esta preceituação que deve nortear o processo como um todo, desde a sua fase administrativo-inquisitória – a busca de provas indicadoras da materialidade e da autoria de uma senda delituosa – até a fase judicial propriamente dita, na conclusão pela ausência ou existência de culpa e conseqüente responsabilização criminal de direito. Nesta ilação, igualmente, é que se avança no presente estudo, abordando a inadmissibilidade de aceitação de provas obtidas em confronto com os preceitos constitucionais, inobstante o panorama atual e o reclamo social desesperado, no que tange ao combate ao crime organizado.

2.2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS

A prova se faz a essência do processo penal, por consistir no meio instrumental que possibilita às partes influir na convicção do juiz, e, da mesma forma, meio pelo qual este último se vale para averiguar a efetiva ocorrência dos fatos. Conforme SERRANO NEVES, a prova penal é aquela que, “não atentando contra a moral, a saúde, a segurança e a liberdade individual, fornece ao juiz o material indispensável e seguro para a sentença. O que sair desse limite legal, certamente não será prova, mas arremedo de prova, ou simplesmente torpeza processual.”⁶

As partes, e até mesmo o juiz, supletivamente, têm liberdade – embora não absoluta – na produção de prova para elucidação das questões, sendo, as enumerações legais, taxativas, posto que no campo penal impera a busca da verdade real. Outrossim, é cediço que o processo penal objetiva ao interesse público ou social de repressão ao crime, razão pela qual a investigação das circunstâncias deve ser a mais ampla possível, quer para comprovar a sua ocorrência, quer para deconstituí-la.

É imperioso, no entanto, que os meios dos quais se pode lançar mão sejam idôneos, ou seja, que a prova seja obtida licitamente; isto porque todos os gêneros e espécies de meios de prova podem – e devem ser, sempre que necessários à descoberta da verdade – objeto de investigação. O limite da função investigatória

⁶ SERRANO NEVES apud FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 150.

está nos direitos individuais do réu. Neste diapasão, FREGADOLLI destaca que o processo fundado em prova considerada inidônea, imoral, ilegal, inobstante atingir a almejada verdade real, é inválido do ponto de vista constitucional.

A busca da verdade material não pode ser apresentada como princípio absoluto no sistema processual penal. Durante o procedimento os fatos no processo devem ser obtidos com a preservação da pessoa do réu. A defesa da sociedade justifica que se empreguem todos os meios que visem a possibilitar o esclarecimento de delitos e a conseqüente punição dos autores, desde que sejam observados os direitos fundamentais de qualquer cidadão.⁷

A autora, ainda, cita apontamentos do mestre José Frederico Marques:

(...) não se pode aceitar que na busca da verdade real "lance-se mão de meios iníquos de investigação e prova, além de outros fundados em superstições, credices ou práticas não mais consagradas pela ciência processual". E vai além o notável mestre: "inadmissível é na justiça penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória".⁸

Está-se a iniciar referência à questão das provas ilícitas, já apontando que elas têm produção coibida no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que o moderno processo é tido como um dos principais instrumentos de realização e defesa das liberdades constitucionais fundamentais. Desta forma, diz-se que a prova é vedada em sentido absoluto quando o direito proíbe, em qualquer caso, a sua produção. Já em sentido relativo, é vedada quando o ordenamento jurídico, embora admitindo o meio da prova, condiciona sua legitimidade à observância de determinadas formas.

A vedação de uma prova ilícita pode ser estabelecida pela lei processual ou pela lei material. Tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses ligados à lógica e à finalidade do processo; ao contrário, tem natureza substancial quando é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, inobstante que, de forma mediata, também venha a servir a interesses processuais.

A distinção é relevante: a violação do impedimento configura, em ambos os casos, uma ilegitimidade; mas, enquanto no primeiro caso será um ato ilegítimo, no segundo será um ato ilícito.

⁷ FREGADOLLI, op cit., p. 161.

⁸ Ibid, p. 160.

Neste ínterim, é fundamental efetuar a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima. Segundo GRINOVER, a primeira tem conotação mais ampla, englobando a “prova ilícita em sentido restrito” e a prova ilegítima; está-se diante desta última quando sua produção viola as normas, o direito processual; e diante de prova ilícita “stricto sensu” quando há violação de norma de direito material, geralmente ferindo direitos constitucionais fundamentais⁹.

As provas ilícitas e ilegítimas também se diferenciam quanto ao momento da transgressão: ao passo que na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este.

Necessário faz-se observar que determinadas provas, ilícitas porque constituídas mediante a violação de normas materiais ou de princípios gerais de direito, podem ao mesmo tempo ser ilegítimas, se a lei processual impede sua produção em juízo. Neste caso, será preciso verificar se o impedimento processual de utilização é suficiente para esvaziá-la, como acontece quando sua produção em juízo é cominada de nulidade, ou se continuará a ser qualificada como ilícita, para retirar-lhe toda e qualquer eficácia.

Para efeito de invalidade, contudo, pouco importa se a violação venha a ser de ordem material ou de ordem processual, haja vista que, como afirmam GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO “ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição Federal considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material”.¹⁰

Há teorias que se posicionam pela admissibilidade, ou não, das provas ilícitas, ante a preocupação de observância ao fim público da justiça e a busca da verdade real. Desta forma, parte dela considera processualmente inadmissível a prova somente na medida em que o impedimento esteja encerrado na própria lei processual – tratando-se, pois, de prova ilegítima. A transgressão de normas materiais que se efetivar no momento da obtenção da prova só poderá levar à

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini apud CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 47-48.

¹⁰ GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, op. cit., p. 138.

caracterização de sanções penais, civis ou administrativas, quando previstas pelo ordenamento jurídico.

Para os defensores desta teoria, a inadmissibilidade das provas se julga segundo a lei processual, pois a qualificação de admissibilidade e relevância da produção probatória é formulada com base em critérios autônomos ao processo. Desta maneira, se alguém praticou o ilícito deve ser punido, mas a prova é validamente introduzida no processo, toda vez que a lei processual não a impeça. Assim, a violação de uma norma protetora de um direito material, ainda que fundamental, não pode ensejar a nulidade de todos os atos praticados. Aduzem que nenhuma razão existe para decorrer da norma abstrata – que garante um direito – a inadmissibilidade da prova obtida mediante violação do mesmo.

Já outra parte da doutrina sustenta que, mesmo do ponto de vista processual, não se faz possível ao juiz fundamentar a decisão com base em prova obtida ilicitamente. Busca-se assegurar, assim, em qualquer caso, a legalidade na repressão do crime, bem como conter o arbítrio do poder público.

O fato de o juiz ter a liberdade de apreciar meios de prova que observem as prescrições legais e aferir o seu valor de acordo com a sua própria experiência, não o autoriza a pronunciar-se com base em prova ilicitamente constituída. Com isso, defende-se, neste âmbito, que a ilicitude é uma só, um conceito geral do direito, e não especial de algum de seus ramos. Logo, para sustentar a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza, especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados por meio da obtenção, processual ou extraprocessual, da referida prova.

Uma terceira posição engloba a visão unitária de ilicitude material da obtenção da prova e sua inadmissibilidade processual, sob o prisma da inconstitucionalidade. Esta teoria visa proteger a liberdade e a dignidade humana, representando o preço consciente, em termos de busca da verdade, que a sociedade liberal está preparada e disposta a pagar, a fim de proteger o valor “liberdade”, não mais refletindo as velhas e superadas regras de exclusão.

Sustenta-se, nesta ilação, a rejeição da prova ilícita e veda-se a sua utilização em juízo. A pedra de toque, como já referido, é a inconstitucionalidade, ante a

ilicitude de sua obtenção por infringência de norma expressa, ou até mesmo de um **princípio** geral da Magna Carta, contra qualquer subterfúgio de necessidade ou **utilidade** social, tão ao gosto dos regimes totalitários.

Ao presente estudo importa, sobremaneira, a observância dos preceitos **dessa** terceira corrente. Isto porque, inobstante o clamor pelo combate à **criminalidade** – e, especificamente, à criminalidade organizada, que, “per si”, é fonte **de** violação dos direitos sociais –, não se pode perder de vista os direitos e garantias **previstos** na Carta Política, mesmo se vierem, em dadas circunstâncias, a “proteger” os delinqüentes. Não há, em absoluto, que se olvidar em contemplar principalmente o princípio do devido processo legal, para se adotar mecanismos de investigação lesivos aos fundamentos constitucionais e ao processo penal do Estado Democrático de Direito. Um processo garantista só pode fazer-se dentro de rigorosa regra moral, de modo a, efetivamente, validar a busca da verdade em defesa da sociedade, sem quebrar a normalidade constitucional. Há uma imperiosa exigência ética que deve ser respeitada por todos, principalmente pelos operadores do Direito, mesmo com a intenção de combater todo tipo de organização criminosa.

2.3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO DAS PROVAS ILÍCITAS

Diante da distinção anteriormente efetuada, entre prova ilícita e ilegítima, cabe averiguar de qual acepção se valeu o legislador constituinte no inciso LVI do artigo 5º da Magna Carta. Deve-se levar em conta, para tanto, que a Constituição Federal de 1988 distingue-se das antecessoras, entre outras coisas, pelo maior relevo que deu às garantias processuais, e ao processo em geral.

Neste íterim, ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual **das** provas ilícitas, tem-se que a Constituição brasileira considera a prova **materialmente** ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo a **inadmissibilidade** para a ilicitude material.

BASTOS e MARTINS consideram que as provas ilícitas são um estímulo à **prática** da violência contra direito assegurado amplamente no ordenamento jurídico. Por esta razão, em que pese aludirem às modalidades que impõem a constatação de uma prova como ilícita – extrinsecamente (no que tange a um desvio processual,

na forma de geração da prova, quer pelo não cumprimento dos dispositivos legais previstos, quer pela adoção de meios não autorizados por lei) ou intrinsecamente (quando a prova é produzida com ofensa a direito individual fundamental, material, portanto) – são veementes ao afirmarem que não deve haver cisão entre a geração da prova e o interesse processual em descobrir a verdade:

Levando em conta a regra de hermenêutica segundo a qual a Constituição deve ser interpretada, de acordo com o sentido mais comum das palavras, e uma outra comum a todo o direito que diz que onde a norma não discrimina não cabe ao intérprete fazê-lo, é de rigor concluir-se que os meios ilícitos a que alude a Constituição abarcam tanto os intrínsecos como os extrínsecos. Na verdade, vê-se que a expressão escolhida pelo constituinte é suficientemente ampla para acolher quaisquer formas de ilegalidade.¹¹

Importante torna-se, entretanto, o caráter relativo que deve ser atribuído ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas. Mesmo os mais comprometidos com a tese da proibição acabam por admitir que ela não se aplica de modo automático e indiscriminado sob quaisquer circunstâncias.

Os interesses e valores constitucionalmente tutelados, não raro podem entrar em conflito uns com os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, proteção irrestrita. Para assegurar a harmonia do conjunto, então, seria interessante reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inexorável. Ou seja, não podem ser admitidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, sendo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso, se, em conflito, às ordens pública e social.

Neste diapasão, os mesmos autores asseveram que o comando contido no inciso LVI do artigo 5º deve ceder naquelas hipóteses em que a sua observância intransigente levaria a uma lesão de um direito fundamental ainda mais valioso:

Sem embargo de o Texto Constitucional excluir do processo as provas obtidas por meios ilícitos, é nosso convencimento que alguns temperamentos se tornam impositivos em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e da sua prevalência segundo a própria valoração feita pela Constituição. (...) A prova a ser feita valer deve ser indispensável na defesa de um direito constitucional mais encarecido e valorizado pela Lei Maior do que aquele cuja violação se deu.¹²

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 274-275.

¹² Ibid, p. 276.

Ainda, segundo eles, para além do fato de a produção dever ser feita somente na defesa do réu, a prova só é digna de acolhimento se aquele que a vem exhibir não apresentar qualquer participação, direta ou indireta, no evento inconstitucional que a ensejou. Estas regras demandam “uma interpretação ponderada e equilibrada do texto constitucional, permitindo que se dê eficácia ao propósito de banir as provas ilícitas sem, contudo, extremar este princípio, a ponto de se permitir a eficácia de outros direitos constitucionais também fartamente protegidos”.¹³

De complemento, à guisa de arrematação deste capítulo, e de grande valia para as conclusões do presente estudo, há que se enfatizar as palavras de GRINOVER:

É por isso que a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas, de uma certa maneira, de acordo com um ritmo determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes”.¹⁴

O tema é assaz fascinante e a jurisprudência vem refletindo a doutrina da melhor qualidade que se produziu a respeito.

2.4. ASPECTOS DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

A posição dominante no cenário jurídico nacional – e por conseqüência da adoção da terceira corrente no tocante à (in)admissibilidade da prova ilícita – é a de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, inobstante os fatos por ela apurados, tendo em conta que eivada de inconstitucionalidade por ferir princípios máximos garantidos na Carta Magna.

Ocorre que, conforme obtempera GRINOVER, na moderna doutrina das liberdades públicas, nenhum direito ou liberdade constitucionalmente garantidos podem ser considerados absolutos, visto que devem ser harmonizados e interpretados em conjunto com os demais, para evitar que sejam exercidos de modo

¹³ BASTOS e MARTINS, op. cit., p. 276.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 47

danoso à ordem pública e às liberdades alheias.¹⁵

Neste íterim, destaca-se a existência de uma corrente que procura buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses da sociedade – em punir o criminoso às vezes melhor preparado que os policiais – e a defesa dos direitos fundamentais do indivíduo. Trata-se da teoria da proporcionalidade, alemã, ou da razoabilidade, conforme a denominação norte-americana.

“A priori”, então, ela reconhece a inconstitucionalidade da prova ilícita, mas, em confronto com o mal provocado pelo criminoso, ao meio social, estabelece um juízo de admissibilidade ou não. Enfim, determina uma ponderação entre a infringência da norma na colheita da prova e os valores que a sociedade deve preservar, ou aqueles que a produção da prova pode proteger.

À vista dessa teoria, os tribunais alemães têm admitido a tolerância da prova obtida em violação à Constituição. Para que isto ocorra, no entanto, é necessário que tal obtenção, bem como a admissibilidade da prova, sejam consideradas a única e exclusiva forma, possível e razoável, para proteger outros valores igualmente fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação da Corte. Isto porque, na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou inconstitucional, quedam-se sopesados os interesses e direitos em jogo, visando-se à solução concreta mais justa. E, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra aquele outro a ser sacrificado.

Alguns autores denominam-na de teoria do interesse preponderante, justificando que, em determinadas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes e antagônicos, e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso, sendo que a solução deve consultar aquele que prepondera, o qual, assim, deve ser preservado. Reconhece-se, contudo, que o julgamento da admissibilidade ou da rejeição da prova é de cunho subjetivo, passível de abusos e gerador de inseguranças.¹⁶

¹⁵ GRINOVER, op. cit., p. 42-44.

¹⁶ ARANHA, Alberto apud FREGADOLLI, op. cit., p. 193.

Por esta razão, num primeiro contato, a Constituição brasileira parece impedir a utilização dessa teoria, quando não abre nenhuma exceção expressa para tanto.

Ocorre que, no panorama atual, para alguns autores, não parece que o caminho deva ser esse. Neste sentido, destaca-se o entendimento da doutrinadora Ada Pellegrini Grinover, quando reconhece pacífica a aplicação do princípio da proporcionalidade, inclusive também induzindo a admitir, no processo penal, a prova obtida ilicitamente – porém, quando se tratar de prova da inocência do acusado. Para a autora, neste caso, impende relevar o valor da liberdade sobre os demais.

Não se pode deixar, contudo, de se advertir: a exceção aos princípios de exclusão da prova ilícita, baseada num equilíbrio entre valores fundamentais conflitantes, pode tornar-se perigosa, por sua própria subjetividade, sendo extremamente complexo decidir quando deveria ser aplicada, quais os parâmetros essenciais que a autorizariam, de forma que o seja desnecessariamente.

Por isso, há autores que repudiam a teoria por completo. TUCCI, por exemplo, assevera que, inobstante a relevante importância do direito individual que venha a ser preservado, as provas obtidas por meios ilícitos – tendo em conta que conseguidas ou produzidas por outros meios que não os estabelecidos em lei – “não têm como ser levadas em conta pelo órgão jurisdicional incumbido de definir a relação jurídico-penal submetida à sua apreciação”.¹⁷

Apesar de tais riscos, alguns autores admitem que este critério pode transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e a manutenção do justo equilíbrio entre valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações verdadeiramente extraordinárias, pois que a inadmissibilidade da prova ilícita poderia produzir resultados desproporcionais e repugnantes.

Enfim, diante dessa divergência, no Brasil, a teoria da proporcionalidade tem sido adotada com severas restrições, sendo-o principalmente pela jurisprudência. Mais ainda, assim, somente se for em favor do acusado, jamais estando disposta ao talante do Estado, diante de suas prerrogativas inatas, de autor da ação penal e único titular legítimo do “ius puniendi”.

¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 238.

3 – DO CRIME ORGANIZADO

3.1. O CRIME ORGANIZADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em que pese a promulgação das leis nº 9.034/95 e nº 10.217/2001, o fato é que o exato conceito de “crime organizado” ainda está em construção.

A Lei nº 9.034/95, inobstante dispor “sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, não explicitou, juridicamente, como deveria ter feito, o que estas últimas vêm a significar. Somente fez constar, no artigo 1º, que “define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”.

Na tentativa de se resolver o impasse, restou promulgada a Lei nº 10.217/01, que passou a encerrar, em seu artigo 1º, que “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”.

GOMES bem retratou as conseqüências advindas dessa nova lei:

Observe-se que antes a lei só mencionava “crime resultante de ações de quadrilha ou bando”; agora fala em “ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”.

O texto anterior permitia, no mínimo, tríplice interpretação: (a) a lei só vale para crime resultante de quadrilha ou bando; (b) a lei vale para o delito de quadrilha ou bando mais o crime daí resultante (concurso material); (c) a lei só vale para crime resultante de organização criminosa (que não se confunde com o art. 288). (...)

Pelo texto atual a lei incide nos ilícitos decorrentes de: (a) quadrilha ou bando; (b) organização criminosa; (c) associação criminosa.¹⁸

Depreende-se, então, do advento da Lei nº 10.217/01, que o fenômeno “Crime Organizado” passou a ser composto por três conteúdos diversos: quadrilha

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado**: que se entende por isso depois da Lei n. 10.217, de 11.04.01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). <<http://www.estudoscriminais.com.br>> acessado em 05/08/2002.

ou bando (artigo 288 do Código Penal); associação criminosa (por exemplo, artigo 14 da Lei de Tóxicos, sob nº 6.368/76); e organização criminosa.

O grave problema reside em relação a esta última que, embora enunciada na lei, não está tipificada, ou até mesmo minimamente definida, no ordenamento jurídico. Queda-se, portanto, diante de um conceito vago, o que enseja, no campo penal, extensa gama de problemas, em virtude do princípio da legalidade.

Sabe-se que, quando o legislador utiliza expressões de conteúdo vulgar, ou impreciso, sem se preocupar com a definição de seus contornos jurídicos, corre o risco de tornar inócua a disposição legal, não só pela insegurança jurídica que se instaura como, ainda, pela ampliação da margem de arbítrio do julgador. Desta forma, há perigo de a aplicação da lei ficar ao sabor do subjetivismo conceitual de cada autoridade policial, de cada membro do Ministério Público, de cada juiz.

Releve-se que, à medida que mais se relativizam o Direito Penal e o Direito Processual Penal, mais incerta fica a proteção dos direitos do cidadão comum e das vítimas dos delitos, o que, em contrapartida, equivale à sensação de maior segurança por parte dos que se entregam à atividade delinqüencial.

No caso em apreço, o ideal seria que a lei tivesse fornecido definição mais ampla e abrangente de “organização criminosa” – que, na verdade, tem conotação muito mais elaborada que mera “associação criminosa” ou mera “quadrilha ou bando”.

Consiste, ela, segundo NOGUEIRA, numa entidade destinada à prática de infrações penais e ao controle social, “mediante infiltração nos quadros estatais, empresariais e financeiros, inclusive relacionando, de forma técnico-jurídica, os tipos criminais nos quais ocorre maior incidência do crime organizado no Brasil e que, por isso mesmo, merecem a maior atenção do legislador e do aplicador da lei”¹⁹. De conseqüência, dada a gravidade da omissão presente nas leis combativas do crime organizado, uma saída melhor do que uma vaga menção a “organizações criminosas” seria ter-se procedido a uma enumeração, ainda que incompleta, de delitos que pudessem vir a caracterizá-las.

¹⁹ NOGUEIRA, Frederico. **A lei da caixa preta.** Estudo nº 12. <<http://www.fredericonogueira.adv.br/estudos/12.htm>> acessado em 05/10/2001.

Inobstante isso, tendo em conta que a lei está posta, e, em razão disso – em que pese a lacuna – sendo princípio imperativo do ordenamento a obrigatoriedade de se aplicá-la num caso concreto, lançando-se mão, para supri-la, da valiosa cooperação doutrinária e jurisprudencial, as características marcantes de uma organização criminosa, conforme destaca GOMES, podem ser apontadas a partir de estudos levados a efeito pela ciência criminológica:

hierarquia estrutural, planejamento empresarial, claro objetivo de lucros, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional de atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público e/ou com o poder político, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades, alto poder de intimidação, alta capacitação para a fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações etc.²⁰

O mesmo autor, então, ao relacionar o princípio da legalidade com uma defensável possibilidade de inconstitucionalidade da Lei nº 9.034/95, esclarece:

A Lei 9.034/95, ao criar a nova tipologia da “organização criminosa” (de acordo com o nosso ponto de vista, foi isso o que ocorreu), sem definir-lhe integralmente o conteúdo, é inconstitucional? Nossa resposta é esta: é censurável, abominável o método eleito pelo legislador, mas não inconstitucional. Ele elegeu um caminho que deixa a desejar em termos de garantias, mas não se pode concluir por inválida a sua construção. E por que não? Porque, embora não corretamente, ele acabou dando um mínimo típico, um mínimo de “definição”. O ideal seria que desse o máximo. Mas não foi esta a via adotada. Admitindo-se, no entanto, que os requisitos típicos do clássico “quadrilha ou bando” (CP, art. 288), configuram as exigências mínimas da organização criminosa, pode-se admitir a constitucionalidade da norma, impondo-se ao juiz, em cada caso concreto, a descoberta do plus especializante. Essa é a nossa conclusão. Estamos diante de um tipo aberto em sentido estrito, onde a matéria proibida não está totalmente definida. Mas, pelo menos há um princípio, razão pela qual a tarefa do juiz será somente complementar, não elementar.²¹

E, diante do que restou exposto, o mesmo GOMES apresenta o conteúdo atual do conceito de crime organizado no cenário nacional:

Na nossa visão, o conceito de crime organizado agora envolve:

- (a) a quadrilha ou bando (288), que claramente (com a Lei 10.217/01) recebeu o rótulo de crime organizado, embora seja fenômeno completamente distinto do verdadeiro crime organizado;
- (b) as associações criminosas já tipificadas no nosso ordenamento jurídico (art. 14 da Lei de Tóxicos, art. 2º da Lei 2.889/56 v.g.) assim como todas as que porventura vierem a sê-lo; e
- (c) todos os ilícitos delas decorrentes (“delas” significa: da quadrilha ou bando assim como das associações criminosas definidas em lei).

²⁰ GOMES, op. cit.

²¹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**. Enfoques criminológico, jurídico e político-criminal. 2. ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: RT, 1997, p. 108.

Referido conceito, em conseqüência, de outro lado e juridicamente falando, não abrange:
 (a) a “organização criminosa”, por falta de definição legal;
 (b) o concurso de pessoas (os requisitos da estabilidade e permanência levam à conclusão de que associação criminosa ou quadrilha ou bando jamais podem ser confundidos com o mero concurso de pessoas, que é sempre eventual e momentâneo).²²

O tema ainda não se esgotou, como será visto mais adiante.

3.2. NOÇÕES DE DIREITO COMPARADO

No que pertine ao tema do crime organizado, dois discursos peculiares apontam no sistema capitalista globalizado: o italiano – que tem por objeto de estudo original a Máfia Siciliana; e o americano – sobre “organized crime”, definido como conspiração nacional de etnias estrangeiras. Neste ínterim, CIRINO DOS SANTOS destaca que o estudo de ambos os discursos pode contribuir para desfazer o mito do crime organizado, difundido pela mídia, pela literatura de ficção, por políticos e instituições de controle social. Desse modo, continua, será possível reduzir os efeitos danosos do conceito de crime organizado sobre os princípios – de política criminal – e do Direito Penal, do Estado Democrático de Direito²³.

Partindo do discurso italiano, importa aludir que seu objeto original consiste na atividade da Máfia – uma realidade sociológica, política e cultural secular da Itália meridional – embora a criminologia italiana também se valha do conceito indeterminado de “crimine organizzato”. É caracterizada, aquela, pela constituição de associações ou estruturas empresariais destinadas para atividades lícitas e ilícitas, com controle sobre certos territórios, em posição de vantagem econômica na competição com outras empresas e de poder político no intercâmbio com instituições do Estado, que praticam crimes de: contrabando, tráfico de drogas, extorsão, assassinatos etc., passíveis estes, portanto, de definição como bandos ou quadrilhas.

Nas últimas décadas, a Máfia teria assumido características financeiro-empresariais, com empresas no mercado legal e a inserção no circuito financeiro internacional para lavagem do dinheiro do tráfico de drogas. Assim, as organizações

²² GOMES, op. cit.

²³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Crime organizado**.
 <http://www.cirino.com.br/artigos_crime.htm> acessado em 05/10/01.

de tipo mafioso seriam estruturas de poder informal constituídas para proteger a realização de objetivos de lucro, geralmente mediante intermediação parasitária das relações entre capital e trabalho, entre produção e consumo, ou entre Estado e cidadão.

Conforme elenca CIRINO DOS SANTOS, as teses atuais tocantes às organizações italianas de tipo mafioso seriam as seguintes:

- a) um sujeito econômico formado por uma burguesia mafiosa organizada em empresas com objetivo de acumulação de capital, métodos de violência e de intimidação ao nível da organização do trabalho e da condução dos negócios, além das vantagens competitivas do desencorajamento da concorrência, da compressão salarial e da disponibilidade ilimitada de recursos financeiros de origem ilícita, conforme ARLACHI e CATANZARO;
- b) uma estrutura simbiótica de capital legal e ilegal, em relação de recíproca sustentação: o capital ilegal contribuiria com tráfico de armas, objetos preciosos, obras de arte, e de quebra, com vastos recursos financeiros; a empresa legal garantiria acesso ao mercado financeiro, aos investimentos e parcerias empresariais, que direcionam o capital ilegal para a produção econômica e a especulação financeira, segundo RUGGIERO;
- c) uma organização ilegal de poder econômico e político no Estado constitucional, com estrutura hierárquica, recursos financeiros ilimitados e controle total das áreas de atuação, que manipularia partidos políticos interessados no poder mafioso de controle de votos, financiaria candidatos a cargos eletivos e participaria do poder legal, garantindo segurança nos negócios e imunidade de seus membros, de acordo com PEZZINO.²⁴

A história de 130 anos de existência da Máfia mostraria o entrelaçamento de atividade política e corrupção. A relação da Máfia com o poder político italiano se conformaria como troca de bens numa espécie de mercado de proteção recíproca: a Máfia garantiria votos com sua capacidade intimidatória e, assim, produziria consenso social; o poder político garantiria impunidade, contratos, licenças etc., sensibilizando as instituições para os problemas da Máfia.

Nessa ótica, uma das fontes da corrupção do poder público estaria no financiamento de campanhas políticas por organizações de tipo mafioso: a conquista de cargos públicos eletivos seria paga com doações ou venda de “bottons” e também com dinheiro ilegal, proveniente da lesão do patrimônio público por contratos viciados, leis de encomenda e infinitas modalidades de favores pessoais garantidos pela gestão clientelar da coisa pública, controlada por governos privados de tipo mafioso.

Apesar do uso equivocado da categoria frustrada de “*crimine organizzato*” como sinônimo de Máfia, o discurso da criminologia italiana pretende esclarecer a

²⁴ CIRINO DOS SANTOS, op. cit.

realidade doméstica do fenômeno mafioso, no contexto de suas contradições históricas, econômicas, políticas e culturais. Desse ponto de vista, o discurso criminológico italiano, segundo CIRINO DOS SANTOS:

É útil para mostrar que organizações de tipo mafioso – ou seja, de estruturas dotadas de organização empresarial, definíveis como quadrilhas ou bandos – não seriam produtos anômalos das sociedades capitalistas, nem fenômenos patológicos de sociedades intrinsecamente saudáveis, mas produtos orgânicos do ecossistema social, conforme SANTINO, expressões de desenvolvimento econômico defeituoso, segundo BARATTA, ou excrescências parasitárias danosas à comunidade e à organização democrática da vida, para CERRONI.²⁵

Diante disso, a noção italiana de crime organizado não pode, simplesmente, ser transferida para outros contextos nacionais (o Brasil, por exemplo), sem grave distorção conceitual ou deformação do objeto de estudo. Isto porque os limites de validade do discurso da criminologia italiana sobre organizações de tipo mafioso são fixados pela área dos dados da pesquisa científica respectiva, e qualquer discurso sobre fatos atribuíveis a organizações similares em outros países precisa ser validado por pesquisas científicas próprias.

No respeitante ao discurso americano sobre o chamado crime organizado, originário das teorias de desorganização social e subculturais, parece ter sido absorvido pelo paradigma da conspiração contra o povo e o governo, por organizações secretas nacionais, centralizadas e hierarquizadas, de grupos étnicos estrangeiros – um conceito desenvolvido por agências de controle social americanas, assumido por políticos e difundido pelos meios de comunicação de massa.

Extinto o mercado ilícito e os lucros fabulosos da criminalização do álcool, o perigo atribuído ao “organized crime” para o “american way of life” deslocou o eixo para o tráfico de drogas, um novo mercado ilícito com lucros fabulosos criado pela política de criminalização das drogas. Não obstante, diz CIRINO DOS SANTOS, o conceito americano de crime organizado é, do ponto de vista da realidade, um mito; do ponto de vista da ciência, uma categoria sem conteúdo; e do ponto de vista prático, um rótulo desnecessário.²⁶

E continua o autor:

²⁵ CIRINO DOS SANTOS, op. cit.

²⁶ Ibid.

A crítica da natureza conspiratória do conceito americano de crime organizado, bem como da correspondente tecnologia de controle exportada para o Terceiro Mundo, formulada por ZAFFARONI, demonstra o mito desse conceito: sem negar a óbvia existência de bandos, quadrilhas ou outras formas de associações criminosas nos Estados Unidos, mostra que as atividades criminosas atribuídas ao crime organizado teriam sido realizadas por grupos locais desarticulados, sem a organização estrutural da conspiração difundida pelo controle social, políticos e mídia americanos.

Mas a tese de ZAFFARONI sobre crime organizado é ainda mais radical: independente da paranóia conspiratória do discurso americano que enxergava um comunista por detrás de cada traficante, o conceito americano do "organized crime" teria sido criado para a tarefa impossível de abranger fenômenos tão diversos como contrabando, extorsão, jogo proibido, usura, corrupção política, tráfico de drogas, de armas, de objetos preciosos, de arte, de mulheres e de estrangeiros, entre outros, incluindo, hoje, lavagem de dinheiro e delitos eletrônicos. A amplitude indeterminada do feixe de fenômenos criminosos amontoados na rubrica de crime organizado revelaria o conceito como uma categoria frustrada, ou seja, um rótulo sem utilidade científica, carente de conteúdo jurídico-penal ou criminológico.²⁷

Do ponto de vista jurídico-penal prático, por sua vez, o conceito de crime organizado não designa nada diverso do que já contém aquele de bando ou quadrilha, um tipo de crime contra a paz pública previsto em qualquer código penal. Na verdade, os fenômenos atribuídos ao crime organizado podem ser explicados pela dinâmica da instituição capitalista chamada mercado, mediante constante criação de novas áreas ainda pouco ou não disciplinadas (jogos eletrônicos, mercado da droga etc.), ocupadas imediatamente por múltiplas empresas, mediante atividades e ações legais e ilegais, insuscetíveis de separação entre si.

Por fim, somente a título de ciência, cabe uma nota a respeito do direito alemão, tendo em conta que o ordenamento jurídico brasileiro normalmente procura adaptar e seguir o que ele dita. Na mesma senda dos Estados já mencionados, tem se preocupado incessantemente com o combate à criminalidade organizada.

De acordo com HASSEMER, as mudanças se deram no campo do direito de polícia, do direito penal, mas principalmente no direito processual penal, sendo elas: "veleidoso aumento de los marcos penales; criminalización en ámbitos anteriores a la comisión de hechos penales; nuevos tipos penales; limitación de la presunción de inocencia, así como del principio da proporcionalidad y de los derechos fundamentales como por ejemplo, del derecho a la autodeterminación informativa, del domicilio, del secreto de las comunicaciones, de la propiedad".²⁸

²⁷ CIRINO DOS SANTOS, op. cit.

²⁸ HASSEMER, Winfried apud MEHL, Manuela Lacerda Rocha. **Novo paradigma no combate ao crime organizado?** Artigo publicado na Revista Jurídica THEMIS – Edição Especial 50 Anos, nº 12 e 13. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 273.

Conclui a autora que os avanços ocorridos na Alemanha são um marco no combate à criminalidade organizada e aos próprios princípios que fundam o Estado de Direito. E opina: “Talvez, com um Poder Judiciário comprometido com a Justiça, com um Ministério Público dotado de estrutura investigativa e uma Polícia proba e eficiente, tais medidas possam ser efetivadas sem abuso de autoridade e poder. Sem ressalvas, pode-se afirmar com convicção, que isto não aconteceria na realidade brasileira de hoje.”²⁹

²⁹ MEHL, op. cit., p. 273.

4 – DA LEGITIMIDADE DOS MEIOS INVESTIGATÓRIOS E PROBATÓRIOS INSTITUÍDOS PARA O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Em linhas gerais, pode-se dizer que a Lei nº 9.034/95 – alterada pela Lei nº 10.217/01 – consiste na resposta brasileira de combate ao crime organizado, cuja inspiração adveio da legislação italiana. Entretanto, bem ressaltou CERVINI, seus dispositivos não se enquadram muito bem no ordenamento jurídico pátrio, haja vista que a eficácia dos procedimentos que encerram é tolhida por garantias constitucionais e por tradições e princípios consagrados pelo direito processual brasileiro³⁰.

Salienta o autor em comentário, quanto a certas peculiaridades de nossa corrente organização policial, que apresenta desníveis descomunais, na comparação dos estados brasileiros, ainda mais para cumprirem uma lei nacional:

Alcanza ahora con expresar nuestra convicción sobre la inconveniencia de otorgar tantos poderes a una policía que se propugna sabiamente especializar (Cap. III, art. 4) pero que por el momento se encuentra notoriamente desacreditada en muchos Estados del Brasil. Por otra parte, cabe recordar que los fenómenos de corrupción vinculados a los funcionarios del control tienden a aumentar cuando se flexibilizan a un nivel cercano a lo discrecional los procedimientos para facilitar la prueba. Se puede pensar que resulta preferible flexibilizar los rigores de la prueba a convivir con procesos de condena sin prueba fundados en simples “comentarios de corredores”. Esta posibilidad patológica no puede, a nuestro juicio, legitimar la impertinencia procesal e inconveniencia práctica de habilitar legalmente nuevos espacios de discrecionalidad administrativa.³¹

Não há dissenso doutrinário em que o efetivo combate ao crime organizado parte fundamentalmente da obtenção da prova, sendo imperiosa a criação de instrumentos legais hábeis para tanto.

Sucedem-se que, nesta linha de raciocínio, vêm sendo promulgadas leis que compõem o chamado modelo paleorepressivo, instituidoras da política do “hard control”, baseada na restrição a direitos individuais, de contestada eficácia mesmo no combate à criminalidade violenta e organizada.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio; e CERVINI, Raúl. **Crime organizado**. Enfoques criminológico, jurídico e político-criminal. 2. ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: RT, 1997, p. 326.

³¹ *Ibid.*, p. 327.

No entanto, de 1990 até os presentes dias, em relação a esta última, não se verificou nenhuma diminuição, como reflexo do mencionado modelo. Ao contrário, o que existiu foi um crescimento vertiginoso da criminalidade, inclusive da criminalidade violenta e organizada.

Assim, urgia que o Congresso Nacional aprovasse novos instrumentos legais que possibilitassem o efetivo combate a essa espécie de criminalidade. Em virtude disso, o legislador trouxe a lume as já aludidas leis 9.034/95 e 10.217/01.

Convém salientar, todavia, que a Constituição Federal aparenta ser liberal e democrática no tocante ao respeito às liberdades individuais, envolvendo-as com preceitos e prerrogativas altamente protecionistas. Por outra, faz-se imprescindível realçar que a Lei Maior, a par de outras garantias constitucionais mais expressas, fez dogma constitucional – em preservação ao tratamento isonômico das partes no processo penal – o princípio acusatório puro, daí advindo diversas outras nuances, como por exemplo, a inadmissibilidade de que o juiz seja deslocado de sua posição de julgador para se transformar em investigador do delito, o que soa intolerável, salvo o impulso oficial que lhe é reconhecido para, em prol da verdade real, determinar de ofício as diligências que entender necessárias para apurar a ocorrência veraz dos fatos.

Pois bem, este e outros meios de investigação e prova foram, em tese, legitimados, para o escopo de se combater o crime organizado. Porém, lamentavelmente, ao arripio da Magna Carta.

Na atual conjuntura, é de se indagar: será que se tratam de mecanismos mais eficazes na apuração de ilícitos perpetrados por organizações criminosas? Atente-se à real situação da polícia judiciária, em visível pé de desigualdade em relação àquelas, devido ao pouco cuidado com o seu profissionalismo, por descaso dos diversos governos estaduais. Será que o extremo poder que está sendo posto em suas mãos – para além daquele do qual já dispõe – é possível de ser bem utilizado no único desígnio de se combater o crime organizado?

Em absoluto, não se pode, nem se pretende partir do pressuposto de que a instituição policial vem tomada pela corrupção, porém é correto reconhecer que ela existe e desafia a própria instituição. Ocorre que, diante de considerações já levadas a efeito, infere-se que consistem em mecanismos altamente lesivos a princípios

fundantes do ordenamento jurídico brasileiro, hoje, especialmente tocantes ao devido processo legal e à inadmissibilidade de provas obtidas de modo ilícito, em detrimento de direitos e garantias individuais. O grande problema é a fiscalização institucional das polícias.

No estudo em apreço, pretendeu-se abordar unicamente a questão da infiltração policial, inicialmente, nos idos de 1995, vetada pelo Presidente da República, mas, agora, no presente século, devidamente instituída por lei.

4.1. A DELICADA QUESTÃO ESPECIAL DA PERMISSÃO DE INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

4.1.1. Primeiramente, uma análise do veto ao inciso I do artigo 2º do projeto da citada Lei nº 9.034/95

Como se sabe, no Projeto de Lei nº 3.516/89, do Deputado Michel Temer, e na própria Lei nº 9.034/95, havia previsão da infiltração policial. No entanto, o dispositivo restara vetado pelo Presidente da República, conforme Mensagem nº 483, de 03 de maio de 1995, sob o respeitável argumento de que o texto aprovado não exigia a imprescindível e prévia autorização judicial e excluía a ilicitude dos crimes que o policial infiltrado viesse a cometer, nessa condição.

Considerava, o projeto, a necessidade de especialização da polícia, autorização judicial e ciência do Ministério Público, além da existência de indícios de crimes previstos em lei, esgotados outros meios de prova, porque a infiltração consistia no trabalho do agente de polícia, por intermédio de sua escamoteada introdução em determinado meio, visando à colheita de informações úteis para a desestruturação da organização criminosa.

A esse respeito, ao comentar a Lei de Combate ao Crime Organizado, quando do momento de sua promulgação, GOMES salientou que pouco poderia se esperar desse meio investigatório, argumentando veementemente acerca da impossibilidade de se autorizar o infiltrado a cometer crimes. Sabe-se que, em relação a este:

Uma das primeiras provas a que ele é submetido, para ser admitido como membro do grupo, consiste em praticar delitos. Os grupos organizados, principalmente, não admitem infiltração sem o cometimento de crime. A lei, por seu turno, não pode admitir a não punição de qualquer crime que venha a ser praticado pelo infiltrado. Em conclusão, pouca eficácia seria de se esperar de tal meio investigatório, que acabou, por essa e outras razões, sendo vetado.³²

No ano de 2001, entretanto, depois de suposta e pretensiosamente supridas as deficiências, a infiltração policial foi aprovada. Só que muito tem se discutido acerca da inconstitucionalidade, ou não, da medida, para obtenção de prova ao combate ao crime organizado. No entanto, antes de se adentrar nesse mérito, há que se enaltecer as manifestações daquela época, quando restou aplaudida a iniciativa do Senhor Presidente da República.

SILVA JÚNIOR, atentara para o fato de que a admissibilidade da infiltração de agentes de polícia nas organizações criminosas, a fim de melhor apurar os crimes por elas cometidos e os agentes que delas participaram, significava a importação ao ordenamento jurídico pátrio de um tipo de investigação que apresentava bom funcionamento nos Estados Unidos e na Itália. Contudo, expôs seu ponto de vista:

Essa forma de atuação reclama polícia extremamente preparada, cujos agentes precisam possuir qualidades singulares, sob pena de serem seduzidos pelo fascínio do proveito financeiro que essas organizações criminosas logram aos seus integrantes.

Daí por que, pelo menos por hora, parece-me acertada a posição adotada pela Presidência da República, no vetar a proposição normativa, porquanto a polícia – e a civil em particular –, não é vista com preparo para desempenhar a tarefa ali alvitada.³³

Na mesma senda de pensamento, relevando o texto primitivo – que vedava qualquer co-participação delituosa à exceção do disposto no artigo 288 do Código Penal, conduta esta, de antemão, considerada antijurídica – argumenta NOGUEIRA:

Esse dispositivo, oriundo de sugestões da Polícia Federal e de outros órgãos, corresponde a um procedimento usual em vários países, como nos Estados Unidos da América, e poderia constituir elemento útil ao combate ao crime organizado, mas a vedação da "coparticipação delituosa" frustraria seus objetivos, transformando 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...

A infiltração policial, aliás, poderia ser instituída em nosso país, desde que acompanhada de instrumentos legais e administrativos que evitassem a promiscuidade do policial com o criminoso e que impedissem que tal proceder acobertasse envolvimento verdadeiros da autoridade investigadora com os investigados.³⁴

³² GOMES e CERVINI, op. cit., p. 115.

³³ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Crime organizado: A Nova Lei.** <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina100.doc>> acessado em 05/08/02

³⁴ NOGUEIRA, Frederico. **A lei da caixa preta.** Estudo nº 12. <<http://www.fredericonogueira.adv.br/estudos/12.htm>> acessado em 05/10/2001.

Neste íterim, bem resumiu GALIANO

Como podemos imaginar, em nosso atual ordenamento jurídico, o Estado autorizando seus policiais a cometer crimes visando solucionar outros?

Quando saberíamos que determinados policiais estão “infiltrados” e não “mancomunados”?

Pois o projeto original (...) previa em seu art. 2º, parágrafo único, I, “como meio operacional de prevenção e repressão do crime organizado” a infiltração policial.

Mesmo com a “autorização prévia da autoridade judiciária competente”, conforme determinava seu art. 3º, como saberíamos se se tratava de um policial infiltrado na organização criminosa e não de um meliante infiltrado na Polícia?³⁵

Ou seja: não se estendia credibilidade ao fato de o Estado autorizar agentes seus em organizações criminosas investigadas, inobstante se o fim colimado fosse se inteirar dos acontecimentos, dos planos e estratégias para revelá-los aos seus superiores na hierarquia policial. Não se admitia a possibilidade de o Estado “liberar” os seus agentes para delinquir, mesmo que fosse “de mentira”, porque se atentava às conseqüências insustentáveis que seriam passíveis de advir. Além do mais, no estágio atual do processo penal brasileiro, quais seriam os parâmetros objetivos que o Juiz deveria observar para tomar uma boa decisão? Que preparo haveria de ser propiciado para que as soluções judiciais viessem a superar os intoleráveis “subjativismos”?

Cabe, por fim, destacar que países como a França, a Itália, os Estados Unidos, a Dinamarca e a Espanha até incorporaram em suas legislações internas uma regulamentação a respeito da infiltração. Contudo, a Convenção Européia de Direitos Humanos, em que pese não impedir que a instrução preparatória se valha da infiltração, não autoriza recorrer-se às declarações anônimas dos agentes infiltrados, em fase posterior do processo, utilizando-as como prova suficiente a justificar uma condenação.

Neste sentido, MAIA adverte que:

Muito embora outros países adotem a infiltração, “(...) a adoção deste sistema em outros países tem sido extremamente criticada pelos incontáveis abusos ocorrentes e, o que também é freqüente, pela deserção de agentes infiltrados que ao bandearem-se para as organizações criminosas levam não só informações valiosas sobre as agências que as combatem mas contribuem fortemente para o descrédito delas”.³⁶

³⁵ GALIANO JÚNIOR, Aldo. **Crime organizado: Comentários e sugestões.** <<http://www.ciclone.com.br/aldo.htm>> acessado em 05/08/02.

³⁶ MAIA, Rodolfo Tigre apud LAVORENTI, Wilson; e SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade.** Campinas: Bookseller, 2000, p. 61.

Enfim, a infiltração geraria insegurança ao expor o policial sem garantias expressas e convincentes de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, podendo propiciar perplexidades ao admitir a “legalização” da prática de crimes por parte de “agentes da lei”. Ao menos, essa foi a justificação da época do já mencionado veto.

4.1.2. Aspectos da Lei nº 10.217/2001, que alterou artigos da Lei nº 9.034/95 e instituiu a possibilidade de infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas

De fato, a Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, veio autorizar a infiltração de agentes policiais, para o fim de se obter prova em investigação criminal, desde que com autorização judicial. Essa lei nova modificou os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.034/95, que cuida da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

É imperioso apontar que, diante do que já restou exposto, ao que parece, o Estado assumiu publicamente sua falta de competência em esclarecer crimes, preferindo realizar a investigação partindo do criminoso para o crime, prática comum em estados ditatoriais. Ora, ele deveria se fundar em quesitos de moral e ética, que não albergam o uso de meios imorais, mesmo que para a redução da impunidade.

Segundo D'URSO, a inclusão do inciso V ao artigo 2º da Lei nº 9.035/94 ensejará gravosos problemas ao sistema, ao invés de trazer a solução. A infiltração, por agentes de polícia ou de suposta inteligência, em tarefas de investigação, constituídas pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial, trará preocupação fundamentalmente atinente à sua culpabilidade. Ressalta o autor:

A grande preocupação nesse caso, é que o agente policial eventualmente poderá conseguir autorização para se infiltrar na quadrilha e dela fazer parte, praticando crimes, objetivando colher elementos de interesse da investigação, mas, excepcionalmente, se obrar criminosamente, permanecerá cometendo crimes sob o manto da lei que lhe dará verdadeiro "salvo conduto" para tal, e caso surpreendido, invocará a autorização de infiltração. Temo este dispositivo, que poderá inaugurar uma categoria de agentes policiais acima da lei, autorizados por esta a praticar crimes, tudo objetivando punir autores dessas infrações penais.³⁷

³⁷ D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Lei nova autoriza infiltração de policiais em quadrilhas**. Suplemento “Direito e Justiça”, Jornal “O Estado do Paraná”, de 29.04.2001, capa.

E continua:

Ora, como admitir que poderemos autorizar um agente policial assaltar, para o fim de se prender e punir assaltantes? O Estado não estaria caindo num contra-senso? Essas questões se colocam para o plano prático. Há de se meditar sobre o desvio de conduta do "infiltrado", o que poderá trazer mais males do que contribuição efetiva à investigação criminal, sem falar no altíssimo risco de vida que o agente policial infiltrado correrá. Creio que essa lei nova, já em vigor, poderia ter sido melhor discutida com a sociedade, apesar dos avanços que tal diploma concebe para a investigação ou para o próprio processo penal. Agora resta ao judiciário aumentar o controle dessas autorizações, de forma que a lei posta, sirva efetiva e exclusivamente, aos objetivos que inspiraram o legislador pátrio.³⁸

Neste ínterim, outra insegurança: no que consistirá a determinada autorização judicial circunstanciada? Será possível ela relacionar e deferir a prática de inúmeras – mas determinadas – condutas delituosas pelo infiltrado?

A Lei nº 9.296/96, quando autoriza a interceptação telefônica, determina ser necessária a descrição, por escrito ou reduzida a termo, do objeto da investigação dos envolvidos, bem como dos meios a serem empregados; ordem judicial fundamentada com a indicação da forma de sua execução.

Ocorre que, na presente situação, tal providência é impraticável, levando-se em conta a dinamicidade e desenvoltura das organizações criminosas. E este é mais um motivo que demonstra a ausência de segurança jurídica do atacado mecanismo de investigação, lesivo dos fundamentos constitucionais do direito e do processo penal do Estado Democrático de Direito, padecendo, pois, de inconstitucionalidade.

Se inconstitucional, também é possível considerar que se trata de um meio ilícito de obtenção de prova. E se em prova se converter a diligência da infiltração, e ela restar introduzida em um processo, revestir-se-á de nulidade absoluta, não podendo ser tomada como fundamento por nenhuma decisão judicial, porque não terá aptidão para surgir como meio de convencimento, como já explicitado anteriormente, por mais que se apele para as chamadas “razões de Estado”.

4.2. INDICATIVOS PARA UMA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

Conforme reportagem exibida pelo programa “Fantástico”, da emissora Rede Globo, no dia 14.07.2002, cuja transcrição se encontra em anexo, a respeito da

³⁸ D'URSO, op. cit., capa.

experiência italiana na luta contra o crime organizado, concluiu-se com o óbvio: a dificuldade em se acabar com o crime organizado. Entretanto, discorreu-se sobre as providências, lá, levadas a efeito: “com muito esforço e determinação, a Itália conseguiu calar a máfia mais famosa do mundo: a ‘cosa nostra’. E conseguiu não só porque fez cumprir a lei, mas também porque criou novas leis, ressalta-se, desafiando a constituição do país. O governo derrubou cada obstáculo, criou decretos e, com cuidado, pôs o exército na rua.”

Na Itália, o êxito demandou tempo e ataque às causas do problema. No Brasil, hoje, numa política desesperada visando ao extermínio da criminalidade geral, e da organizada especialmente, tem-se investido somente nas conseqüências, lançando-se mão de medidas exacerbadamente repressivas. É cediço, contudo, que violência gera mais violência, surtindo efeito contrário ao colimado.

É cristalino! Mas as autoridades políticas, o legislador, não vêem, não se atêm ao fracasso do modelo de política de segurança até agora implantado. Ocorre que é necessário pensar esse assunto com mais profundidade e se chegar à sua origem. O plano emergencial contra a violência passa por algumas medidas repressivas, porém, sobretudo, por programas preventivos de cunho alimentar, educacional e ocupacional. Nenhuma política de segurança terá sucesso se desacompanhada de políticas urbanas com intensa participação do Governo e da sociedade civil.

CIRINO DOS SANTOS, apontando que a resposta penal contra o crime organizado – rigorosa e repressiva – vem apresentando semelhança em todas as partes do globo, problematiza:

A experiência mostra que essa resposta penal se situa no plano simbólico, como satisfação retórica à opinião pública pela estigmatização oficial do crime organizado, mas tem sua utilidade: cumpre o papel de evitar discussões sobre o modelo político neoliberal dominante nas sociedades contemporâneas, ocultando responsabilidades do capital financeiro internacional, aliado às elites conservadoras dos países do Terceiro Mundo, na criação de condições adequadas à expansão da criminalidade em geral e, eventualmente, de organizações locais de tipo mafioso.³⁹

Especificamente no âmbito brasileiro, hoje, encarta a resposta institucional dada pelo Governo Federal contra o crime organizado, definida no Plano de Segurança Pública. Primeiramente, ela possui natureza emergencial característica

³⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Crime organizado**. <http://www.cirino.com.br/artigos_crime.htm> acessado em 05/10/2001.

de programas formulados sob o impacto emocional de acontecimentos dramáticos do noticiário policial; depois, assume a teoria simplista de que o crime organizado é causa da criminalidade, ignorando as relações de determinação entre as estruturas de exclusão de sociedades desiguais e promoção daquela, ou formação de associações de poder ilegal independentes do Estado; e, por fim, o ponto mais importante, representa resposta simbólica no melhor estilo do discurso repressivo das políticas criminais autoritárias, dirigida à produção de efeitos sócio-psicológicos no imaginário popular, induzindo a idéia de segurança pela percepção ilusória da presença do Estado como garante da lei e da ordem.⁴⁰

No que tange ao plano técnico, à polícia judiciária, para que consiga sucesso na sua empreitada contra o crime organizado, urge, inicialmente, que seja procedido o reaparelhamento do sistema, com o treinamento e especialização dos membros que combaterão este “mal”, pois somente um profissional bem treinado psicologicamente e apto tecnicamente, além de bem pago, saberá como fazê-lo.

Neste sentido, GALIANO JÚNIOR salienta que, em vez de falar em extinção de “setores especializados” da polícia, diante da dinâmica do crime, “os diversos departamentos devem permanecer com policiais especializados em seu contingente, devidamente hábeis e prontos para investigar de modo científico e correto, podendo assim, coibir as diversas práticas delituosas”. E continua: “o presente exige uma nova Doutrina de Segurança Pública, elaborada por policiais e juristas, moderna, alicerçada em conceitos de cidadania, direitos humanos e direito de propriedade, com sua conseqüente defesa e proteção”.⁴¹

Nesta linha de pensamento, ressalte-se, por fim que a Constituição Federal continua vigente, e são seus dispositivos – suas regras e seus princípios – que devem nortear e ponderar as possíveis e viáveis soluções, ou, até mesmo, medidas paliativas. Ela paira acima das leis comuns, e respeitá-la é um dever de todos.

A História ensina: “dura lex, sed lex”.

⁴⁰ CIRINO DOS SANTOS, op. cit.

⁴¹ GALIANO JÚNIOR, op. cit.

CONCLUSÃO

A dicotomia defesa social-direitos de liberdade assume, freqüentemente, conotações dramáticas no juízo penal; mas, é a obrigação do Estado sacrificar na menor medida possível os direitos fundamentais, bem garantindo, assim, as liberdades públicas. Por óbvio que os direitos do homem não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência social, pelo que não se permite que qualquer liberdade seja exercida de modo danoso à ordem pública.

Neste sentido, foi por bem ressaltar que, no curso de um processo penal, em toda sua extensão – da colheita da prova hábil à acusação até o lastro de uma possível condenação –, não olvidando que se prima pela busca da verdade real, a investigação das circunstâncias tem de ser a mais ampla possível, quer para comprovar a ocorrência do crime, quer para refutá-la. Mister, no entanto, é a exigência de que os meios dos quais se pode lançar mão sejam idôneos, com respeito, fundamentalmente, aos ditames constitucionais. Isto em razão de que o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, mormente por estar em questão a liberdade do indivíduo.

Assim, apontou-se que o devido processo legal consiste em um dos princípios que com maior propriedade delimita o limite de confronto entre a garantia dos direitos individuais e a defesa dos direitos da sociedade. E, por via de consequência, a sua observância afirma mais consistentemente uma resposta jurisdicional legal e justa. Tudo porque é inadmissível, na justiça penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória.

Sustentou-se, nesta ilação, a rejeição da prova ilícita e a sua utilização em juízo, tendo por escopo a inconstitucionalidade, ante a ilicitude de sua obtenção por infringência de princípio constante da Magna Carta.

Neste íterim, contextualizando o fato ao ensejo do presente estudo – o combate ao crime organizado – ressalta-se a necessidade de legitimidade dos meios

para seu êxito. Inobstante o clamor pelo combate à criminalidade – e, especificamente, à criminalidade organizada, fonte própria de violação dos direitos sociais – não se pode perder de vista os direitos e garantias previstos na Carta Política, para adotar-se, então, mecanismos de investigação lesivos aos fundamentos constitucionais e ao processo penal do Estado Democrático de Direito.

Não se olvidou ao fato de que os interesses e valores constitucionalmente tutelados, por muitas vezes, podem entrar em conflito em uma dada situação, pelo que, para assegurar a harmonia do conjunto, é imperioso reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inexorável. Desta forma, sopesou-se que o princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas não pode ser visto de modo absoluto; mas, por outro lado, que o comando contido no inciso LVI do artigo 5º somente deve ceder naquelas hipóteses em que a sua observância intransigente levaria a uma lesão de um direito fundamental ainda mais valioso. É por isso, então, que a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas, de uma certa maneira, de acordo com um ritmo determinado, na observância de regras morais preestabelecidas.

Procurou-se demonstrar, contudo, que a atual conjuntura vem procedendo de maneira diversa, diante da promulgação de leis baseadas na restrição a direitos individuais, de contestada eficácia no combate à criminalidade violenta e organizada, numa política desesperada visando ao seu extermínio. A consequência, desta forma, vem sendo paradoxalmente contrária, porque, como cediço, violência gera mais violência.

Foram promulgadas, não obstante, as leis nº 9.034/95 e nº 10.217/2001, intituladas de “combate ao crime organizado”. O fato, entretanto, é que o exato conceito de “crime organizado”, de “organização criminosa”, ainda está em construção. São noções vagas, em frontal dissonância com o princípio da legalidade, tão caro ao direito penal, além instaurarem a insegurança jurídica e darem margem ao arbítrio do julgador.

Os aludidos diplomas legais, ainda, encerraram previsão de mecanismos altamente lesivos a direitos fundamentais, como a possibilidade de infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas, para obtenção de prova ao combate ao crime organizado. Neste campo, relevou-se que consiste em medida que não

encerra segurança jurídica e padece de constitucionalidade, ao menos no atual panorama.

Enfim, intentou-se chamar atenção para o fato de que, ao que parece, o Estado assumiu publicamente sua falta de competência em esclarecer crimes, preferindo realizar a investigação partindo do criminoso para o crime, prática comum em estados-inquisidores ou ditatoriais, quando deveria se fundar em quesitos de moral e ética, que não albergam o uso de meios imorais, mesmo que para a redução da impunidade.

Ora, não se pode atacar as conseqüências do problema sem se perquirir sobre suas causas. Ocorre que as autoridades políticas e o legislador ainda não se ativeram à inoperância do modelo de política de segurança até agora implantado.

O plano emergencial contra a violência, num programa sério de segurança pública, passa por algumas medidas repressivas, porém, sobretudo, por ações preventivas interdisciplinares, de cunho alimentar, educacional e ocupacional. Nenhuma política de segurança terá sucesso se desacompanhada de políticas urbanas que requerem intensa participação do Governo e da própria sociedade civil.

Por óbvio, este estudo não se encerra aqui. Apenas consistiu numa tentativa de fazer aflorar uma reflexão acerca de um tema que se encontra consideravelmente em voga, e que, por isso, merece ser cuidadosamente tratado.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1989.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Crime organizado**. <http://www.cirino.com.br/artigos_crime.htm> Acessado em 05/10/2001.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Lei nova autoriza infiltração de policiais em quadrilhas**. Suplemento "Direito e Justiça", Jornal "O Estado do Paraná", de 29.04.2001, capa.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade e a prova ilícita**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GALIANO JÚNIOR, Aldo. **Crime organizado**: Comentários e Sugestões. <<http://www.cicline.com.br/aldo.htm>>. Acessado em 05/08/2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Crime organizado**: que se entende por isso depois da Lei n. 10.217, de 11.04.01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). <<http://www.estudoscriminais.com.br>>. Acessado em 05/08/2002.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Crime organizado**. Enfoques criminológico, jurídico e político-criminal. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 1999.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

MANZANO, Luiz Fernando de Moraes. **Crime organizado: A Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001.** <http://www.veredicto.com.br/leis/lei%2010217_01.htm> Acessado em 05/08/2002.

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

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Prova criminal.** Retrospectiva histórica, modalidades, valoração. Curitiba: Juruá, 1996.

MEHL, Manuela Lacerda Rocha. **Novo paradigma no combate ao crime organizado?** Artigo publicado na Revista Jurídica THEMIS – Edição Especial 50 Anos, nº 12 e 13. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado.** São Paulo: IBCCrim, 1998.

NOGUEIRA, Frederico. **A lei da caixa preta.** Estudo nº 12. <<http://www.fredericonogueira.adv.br/estudos/12.htm>> Acessado em 05/10/2001.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos.** 2. ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Síntese, 1999.

SANTOS, William Douglas Resinente dos; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Comentários à lei contra o crime organizado.** Lei nº 9.034/95. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 14. ed. São Paulo: RT, 1997.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Crime organizado: A Nova Lei.** <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina100.doc>> Acessado em 05/08/2002.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SIQUEIRA FILHO, Élio Wanderley de. **Repressão ao crime organizado: inovações da Lei nº 9.034/95.** Curitiba: Juruá, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal.** 20. ed. Revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 1998.

_____. **Processo penal.** São Paulo: Saraiva, 1990-1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1993.

TUCCI, Rogério Lauria; e TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional.** São Paulo: RT, 1993.

ANEXO

<http://redeglobo.globo.com/fantastico/>

Programa exibido em 14.07.2002

Internacional

A experiência italiana na luta contra o crime organizado

Foram muitas ações espetaculares. A polícia italiana não deu trégua. Vasculhou campos, invadiu casas, descobriu grandes carregamentos de droga, patrulhou os mares do sul. Os mafiosos continuaram controlando o tráfico.

Entre o fim dos anos 70 e o começo dos 90, a máfia matou milhares de homens, dissolveu os seus corpos em tambores de ácido ou simplesmente deixou-os na solidão da rua. Juízes, promotores, políticos e jornalistas morreram por denunciar a máfia e por combatê-la.

Há exatos dez anos, na estrada que liga Palermo a Capaci, a máfia cavou a sua ruína. Fez saltar pelos ares o herói que investigava o crime organizado. O juiz Giovanni Falcone morreu numa ponte. A dinamite matou também a mulher dele e os três seguranças.

Falcone morreu porque uniu a justiça italiana, juntou as peças do quebra-cabeça do crime organizado. No mesmo ano de 92, o herdeiro da luta de Falcone, o juiz Paolo Borsellino, também foi assassinado. Um carro bomba explodiu na frente da casa da mãe do procurador, em Palermo. Pedacos de carne humana chegaram ao último andar do prédio.

A máfia demonstrou força. Mas a Itália não era a mesma de antes. O povo começou a derrubar a lei do silêncio, exigiu o fim da impunidade e da covardia.

Acabar com o crime organizado pode não ser fácil. Com muito esforço e determinação, a Itália conseguiu calar a máfia mais famosa do mundo: a cosa nostra. E conseguiu não só porque fez cumprir a lei, mas também porque criou novas leis, desafiando a constituição do país. O governo derrubou cada obstáculo, criou decretos e, com cuidado, pôs o exército na rua.

O exército que ocupou a cidade não teve poder de polícia. Depois da morte do juiz Falcone, os soldados desembarcaram em Palermo apenas para garantir a

ordem e a segurança. Foi decretado o estado de emergência. Quase um ano depois, o exército voltou pra casa.

Um dos responsáveis pela comissão parlamentar de inquérito que investigou tragédias de máfia e terrorismo, o deputado Walter Biella, foi contra a presença do exército. Mas mudou de opinião. “O exército controlou os edifícios públicos. Foi uma presença que deu aos cidadãos e aos policiais a sensação de que eles não estavam abandonados”.

E aqui no Brasil? Deveriam as forças armadas entrar na luta contra o poder paralelo dos bandidos?

“O momento seria muito oportuno para que o exército tivesse essa posição, pudesse contribuir nesse aspecto de vigilância”, explica o presidente do Superior Tribunal de Justiça, Nilson Naves.

“Em determinadas situações é perfeitamente cabível que lhes confirmem prerrogativas de controle, por exemplo, das fronteiras, o que foi feito na Itália. O problema é que você tem que evitar o envolvimento do soldado, do homem das forças armadas com a possibilidade de uma atração perigosa, que o envolva na corrupção”, opina Michel Misse, do Núcleo de Estudos da Violência da UFRJ.

Uma medida que deu certo na Itália foi a lei dos arrependidos. A lei oferecia vantagens aos criminosos que colaborassem com a polícia.

O primeiro mafioso arrependido, Tomaso Buscheta, revelou os segredos da cosa nostra. Desde o juramento de honra, feito diante da imagem de uma santa, até os nomes dos padrinhos, os poderosos chefões.

Um a um, os criminosos foram identificados e levados para a cadeia. Rostos insuspeitos apareceram como chefes de famílias mafiosas. Outros criminosos se arrependeram e tiveram a pena reduzida. Hoje o governo italiano mantém 1.600 colaboradores da justiça. Dá proteção às famílias, quatro mil pessoas. Muitos recebem salário.

“Acredito que um programa muito sério de proteção a testemunhas com incentivos tanto penais quanto materiais para denunciante seja um dos principais pontos que podem ser aproveitados da experiência italiana”, observa Michel Misse.

O parlamento discutiu até a exaustão medidas de emergência. Um remédio para um câncer tão disseminado. Cento e nove prefeitos foram afastados porque

mantinham ligações com a máfia. A prisão preventiva por 48 horas sem mandado judicial foi liberada naqueles anos difíceis. Uma lei de exceção, que hoje não está mais em vigor.

Autorizar a polícia fazer prisões sem ordem judicial foi uma medida extrema adotada na Itália. Isso seria aceitável no Brasil?

“Em determinados casos, em determinadas situações, pode efetuar prisões por um curto período e, depois, referendar essa diligência ao juiz. Creio que seria um avanço”, recomenda o delegado Getúlio Bezerra, coordenador da força tarefa do Rio de Janeiro.

“Somos absolutamente contra, porque um dos fundamentos do crime organizado é a corrupção e a corrupção vai exatamente dentro da área que seria encarregada de fazer este tipo de prisão”, opina Rubens Aprobato, presidente da OAB.

“Ou o judiciário se torna rápido para conceder a ordem de prisão ou então, não havendo essa possibilidade, a gente tem que enfrentar essa possibilidade, muito dolorosa, muito problemática, que vai ser necessária se o crime radicalizar”, diz Roberto Aguiar.

“Precisamos aqui de um maior controle do poder de polícia e principalmente de um maior controle da corrupção dos agentes do estado”, explica Misse.

O escritor Giani Cipriani conta que foi preciso manter os mafiosos na cadeia, mesmo sem julgamento. Para evitar as manobras de uma justiça lenta, um decreto proibiu o habeas corpus. Criou-se até um novo conceito de delito: a tolerância à prática mafiosa. Os parentes de criminosos foram acusados. Algumas esposas condenadas.

Foi preciso ir ainda mais além. Mudou-se o código penal. Prisão perpétua para mafiosos e seqüestradores.

Condenados para o resto da vida, os chefões da máfia começaram a comandar o crime de dentro dos cárceres, como também acontece no Brasil. A Itália então criou uma lei duríssima, que foi aceita pela sociedade e até pelas organizações de defesa dos direitos humanos: o isolamento total dos mafiosos.

Sozinho dentro da cela e até no banho de sol. Sem direito a um telefonema. Sem nenhum contato com outros presos. A lei 41-bis previa poucas visitas e só dos

familiares íntimos. Um vidro de proteção impedia qualquer contato físico. As famílias de mafiosos fizeram protestos, juraram vingança, mas já não tinham a força de antes.

“Tem que haver um tratamento diferenciado, mais duro, mais rigoroso, porque por trás deles existe muito dinheiro, muita corrupção e muita ameaça”, diz Roberto Aguiar.

A máfia sofreu outro golpe, desta vez no seu patrimônio. Apartamentos e fortalezas foram seqüestrados e doados para obras sociais. O governo indenizou as vítimas da máfia que perderam emprego ou negócio, e que colaboraram com a justiça.

A Itália conseguiu o que parecia impossível. Dos grandes delitos aos pequenos crimes cotidianos. Demorou décadas, mas o país entendeu que o remédio existe. O câncer não é incurável.