

MARCELO ESSER MAYER

DO CRIME ORGANIZADO

**CURITIBA
2004**

MARCELO ESSER MAYER

DO CRIME ORGANIZADO

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias, como requisito parcial à conclusão do Curso de Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Profº. Nilton Bussi.

**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO ESSER MAYER

DO CRIME ORGANIZADO

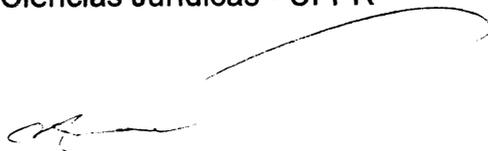
Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção da graduação de bacharel em direito, do curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, para a seguinte banca examinadora:



Prof. Mtr. Nilton Bussi
Setor de Ciências Jurídicas - UFPR
Orientador



Prof. Ricardo Rachid de Oliveira
Setor de Ciências Jurídicas - UFPR



Prof. Carlos Roberto Bacila
Doutorando em Direito - UFPR

Curitiba, 10 de Setembro de 2004.

SUMÁRIO

RESUMO.....	v
1. INTRODUÇÃO	1
2. DO INTERCÂMBIO ENTRE O JURÍDICO-NORMATIVO E O EMPÍRICO....	3
2.1. Por uma Dogmática Crítica do Direito Penal.....	3
2.2. Qual política Criminal ser utilizada no Crime Organizado?	6
3. DO CRIME ORGANIZADO	10
3.1. Conceitua de Crime Organizado	10
3.2. Características de sua atuação	15
3.3. Direito Comparado. Direito Italiano	16
3.4. A razão de ser da Lei nº 9.034/95	17
3.5. Diferenciações técnicas - Criminalidade tradicional. Crimes de quadrilha ou bando. Aspectos gerais e especiais	19
3.6. Das Organizações Criminosas	21
4. ESTUDO DO "COMBATE" AO CRIME ORGANIZADO	23
4.1. A questão do ônus da prova	23
4.2. Da ação contralada, acesso a dados, documentos e informações	24
4.3. Da infiltração de agentes policiais em organizações criminosas	26
4.4. Da captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos	27
4.5. Da delação premiada	28
5. CONCLUSÃO	31
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

RESUMO

Estudo de Processo Penal no que concerne a disciplina do fenômeno do Crime Organizado no Brasil, sob o enfoque jurídico normativo, analisando os diplomas jurídicos que tratam do assunto, seu desenvolvimento histórico os reflexos das suas alterações, além de sua compatibilidade em relação à *Grundnorm*.

Porém este estudo não se restringiu ao ponto de vista lógico-sistemático, como não poderia deixar de ser, deixou também penetrar os valores das ciências empíricas, Criminologia e Política Criminal, como uma forma de tornar o direito penal mais próximo à realidade a qual se aplica.

1 – INTRODUÇÃO.

O Crime Organizado é um tema que está em evidência em todos os setores da nossa sociedade. A imprensa veicula diariamente notícias sobre a atuação das mais diversas organizações criminosas, o que está gerando um clamor público por providências por parte dos poderes constituídos, que reagem com a criação novos diplomas legais como um resposta à sociedade.

Porém tais diplomas, como veremos adiante, estão colidindo com os direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal, além de não refletirem as exigências político-criminais.

É o que está sendo batizado pela doutrina de “Direito Penal do Terror” ou “Direito Penal do Medo”. Pois fundamenta-se no endurecimento das penas, e na restrição das garantias Constitucionais dos acusados.

Podemos notar que a segurança pública está sendo tratada como um mecanismo de promoção política por parte de pessoas que querem ter acesso ou se manterem no poder, que agem de forma inseqüente no sentido de se promoverem, muitas vezes elaborando leis com objetivos apenas simbólicos, o que tem provocado conseqüências desastrosas.

Procura-se compensar a ineficácia do sistema penal, com a edição de tais leis, deixando de tomar medidas preventivas que atinjam as verdadeiras causas da criminalidade.

Tanto a criminalidade de massa quanto a organizada somente serão eficientemente controladas, através de medidas de prevenção primária, como veremos adiante. Não podemos simplesmente deixar de valorizar garantias fundamentais do ser humano, que são fruto de séculos de desenvolvimento e conquistas, sem ao menos refletir-mos sobre isso, e primeiro fazermos um estudo mais detalhado, onde participem todos os setores da sociedade, principalmente dos estudiosos da criminologia e outras ciências sociais que possam contribuir neste *desideratum*.

No tocante especificamente aos dispositivos presentes na Lei nº 9.034 de 03 de Maio de 1995, nos debruçaremos principalmente na conceituação de “Organizações Criminosas”, em virtude da lei fazer apenas referencias a tais organizações, mais ter se omitido na sua conceituação. Sendo portanto um dos

perigosos deste modelo de “direito penal do terror”, que cria dispositivos legais que ampliam os poderes dos órgãos estatais, deixando vago o seu âmbito de incidência.

Serão também alvo de considerações os institutos da delação premiada, da infiltração de agentes policiais, da captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, da ação controlada e do acesso a dados e informações sigilosas.

2 – O INTERCÂMBIO ENTRE O JURÍDICO-NORMATIVO E O EMPÍRICO.

2.1 Por uma Dogmática Crítica do Direito Penal.

Consoante o pensamento de Luiz Flávio Gomes¹, a postura do legislativo, que a cada nova lei no âmbito criminal demonstra não ter a mínima idéia da eficácia direta e imediata das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, bem como de sua força vinculatória, que obriga o seu acatamento por todos, poderes públicos e particulares. Estando portanto o legislativo adstrito a limitações não só formais no momento da criação de novas leis, quanto a limitações materiais como os direitos e garantias fundamentais do cidadão protegidos pela Constituição Federal.

Caberia à dogmática interpretar o direito positivo, sistematizá-lo e criticá-lo. Ocorre que os dogmáticos preocupam-se mais com a interpretação e sistematização deixando para segundo plano a crítica em relação a realidade a qual se destinam.

Luiz F. Gomes diz ainda que é fácil perceber que estamos passando por uma hipertrofia do sistema, tomando as palavras de Mário Chiavario²:

uma supervalorização do pensamento lógico-sistemático.

O formalismo ou conceitualismo da dogmática penal foi cedendo lugar a um realismo tanto metafísico como político social, de acordo com Rodriguez Ramos³:

em virtude das mais recente inovações de Welzel, por uma parte, e das tendências político-criminais representadas hoje por Roxin e seguidores, por outra; Roxin vem dando ênfase à realidade político-social e, muito especialmente, na finalidade político-criminal que deve guiar toda norma punitiva.

A moderna tendência da ciência penal é realização de um intercâmbio entre todas as ciências criminais, é dizer, entre o jurídico-normativo e o empírico. Segundo a doutrina de Roxin⁴:

¹ GOMES, L. F. . *Crime Organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal* – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.17.

² op.cit., p.18

o caminho correto só pode consistir em deixar penetrar as decisões valorativas político-criminais no sistema do Direito Penal. em que sua fundamentação legal, sua clarificação e legitimação, sua combinação livre de contradições e seus efeitos não estejam por debaixo das configurações do sistema positivista formal proveniente de LISZT... o transformar os conhecimento criminológicos em exigências políticos-criminais e estas. por sua vez, em regras jurídicas de *lege lata* ou *lege ferenda* para o estabelecimento do socialmente justo.

Nessa mesma esteira acentua García-Pablos de Molina⁵:

Frente a uma Ciência do Direito meramente formalista ou conceitualista (estritamente sistematizadora). uma ciência “de professores”, concebida como mera “reprodução da lei”, isolada da realidade social e de suas necessidades, valorativamente neutra e reacionária, do ponto de vista político, a Política Criminal surge como solução alternativa.

Temos duas correntes a respeito da relação entre política criminal e o direito penal, a tese separatista de Liszt e a moderna tendência integralizadora, liderada por Roxin, as quais foram comentadas por Luiz F. Gomes⁶:

a tese separatista de Liszt. segundo o qual o direito penal “é barreira intransponível da política criminal”, é dizer, a atividade do dogmático deve consistir na interpretação do direito positivo e na construção do sistema independentemente das postulações da política criminal. Estas devem se concretizar em críticas de *lege ferenda*, para a reforma do direito vigente (*lege lata*)...

Em sentido oposto acha-se a moderna tendência liderada por Roxin...cabe à política criminal guiar a interpretação e sistematização do direito positivo em vigor e aqui exercerá uma função integralizadora de *lege lata*; onde não for possível a ação dos postulados político-criminais, em virtude do princípio da legalidade e taxatividade, automaticamente eles serão transformados em condutores que constituirão a base das críticas de *lege ferenda*.

Criminologia, Política criminal e Direito Penal representam portanto, três importantes momentos da ciência penal integral: o explicativo-empírico (Criminologia), o decisional (Política Criminal) e o normativo (Direito Penal). A estes poderíamos agregar mais dois: o instrumental (Direito Processual Penal) e o executivo (Direito de Execução Penal). E da necessidade do estudioso do

³ op.cit., p.18.

⁴ op. Cit., p.18.

⁵ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. **La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas**. Em Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madri, jan/abril de 1976, p. 87 e ss. Apud GOMES, L.F.op. cit., p. 19.

⁶ op. cit., p. 20.

direito penal estudá-lo pelos seus diversos ângulos, bem acrescenta Luiz F. Gomes⁷:

Quem, nos dias atuais, estuda um fenômeno criminal qualquer enfocando-o exclusivamente sob um só ângulo não pode nunca ter a percepção completa da realidade.

A ciência do Direito Penal não é mera interpretação e sistematização do direito positivo, para ser ciência a crítica é fundamenta na atividade intelectual, como assinala com bastante propriedade Muñoz Conde⁸:

não pode ficar reduzida a mera interpretação e sistematização do direito positivo, para ser ciência falta algo fundamental na atividade intelectual do científico: a crítica.

Ao penalista de hoje, afirma Luiz F. Gomes⁹, cabe solucionar o conflito, já não pode ocupar-se exclusivamente da interpretação e sistematização do direito positivo:

partindo do pressuposto ultrapassado da “bondade inerente da lei”; não basta que se preocupe só com a *decisão* juridicamente “intocável”, mais que isso, cabe procurar a *solução* do conflito...o penalista atual não pode ignorar a seletividade do sistema, a desigualdade perante a lei penal, a marginalização da vítima dentro do sistema penal, a irracionalidade do sistema processual penal que até hoje não abriu nenhum espaço para o consenso etc. Os limites inerentes ao Estado Constitucional de Direito, isto é, os direitos e garantias fundamentais do acusado e da vítima. (quanto à última, por exemplo, poderíamos recordar seu direito à indenização. de ser tratada também com dignidade, evitando-se a vitimização secundária, direito de ressocialização, de tratamento, de proteção etc.).

No Brasil, Luiz F. Gomes, elege como símbolo de uma nova postura dogmática no país, o livro *Crimes Hediondos* de Alberto Silva Franco, o qual procurou, mais que investigar profundamente a coerência constitucional vertical de cada dispositivo legal, preocupação, aliás, que podia ser reputada não muito freqüente, até então, na dogmática penal brasileira, descobrir a inspiração criminológica e político-criminal da lei.

⁷ Op. cit. p. 21.

⁸ MUÑOS CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona. p. 119/120. *Apud* GOMES, L.F. *op. cit.*, p. 22.

⁹ Op. cit. p. 22/23.

2.2 Qual Política Criminal a ser utilizada no Crime Organizado?

Segundo Luiz F. Gomes¹⁰, político-criminalmente existem duas vias de reação ao crime organizado, a da repressão, de um lado, e existe também a via da prevenção, por outro:

Sempre que o crime organizado começa a perturbar o convívio social, a tranquilidade pública e a segurança, é indiscutível e imprescindível a intervenção estatal repressiva (*post factum*). O crime já está sendo cometido e então urge a descoberta da sua autoria e sua comprovação processual, com a conseqüente punição do injusto penal realizado...

o ideal porém é controlar o crime organizado no seu nascedouro (*ante factum*). Para tanto são necessárias medidas destinadas à prevenção do delito, até porque, em alguns setores, já se reconhece abertamente o fracasso da política repressiva.

Podemos perceber este fracasso, a que se refere o Gomes, em várias manifestações criminais, como no âmbito do narcotráfico, muito pouco ou nada adiantou a política repressiva americana que investiu bilhões de dólares, e que fracassou em razão da forte demanda pelas drogas. Como relatado por John Finlator¹¹, citado magistrado colombiano Rivera Llano¹²:

Enquanto houver uma demanda os produtores e distribuidores sempre encontrarão um caminho para que elas cheguem aos consumidores. As leis repressivas não resolveram nunca o problema da toxicomania.

Para Rivera Llano¹³, o Direito Penal, também no âmbito das drogas, deve cumprir sua função de *ultima ratio*, importante papel devem desempenhar as instâncias informais de controle social, família, escola, trabalho, igreja, meios de comunicação, encarando o uso de entorpecente como um *desvalor*, pois:

Confiar na eficácia repressiva do Direito Penal exclusivamente é um grave equívoco, porque ele sozinho não desempenha nenhuma função motivadora de respeito à norma... A proibição, muitas vezes, é mais criminógena que a utilização de outros meios mais drásticos, ninguém desconhece a tendência seletiva do Direito Penal eficaz diante dos mais débeis e muito pouco aplicado diante dos narcotraficantes poderosos ou importantes.

¹⁰ Op. cit. p. 25.

¹¹ Vice-Diretor do Departamento de Narcóticos dos Estados Unidos.

¹² RIVERA LLANO, Abelardo. Colômbia, dentro do labirinto da violência – o narcotráfico e a marginalização – repressão ou prevenção? alternativas. Em Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1, n. 1, RT, SP, jan/mar, p. 7 e ss., *apud* GOMES, L.F., *op. cit.*, p. 26.

¹³ *Op. cit.*, p. 26.

Para que haja o ingresso das reivindicações político-criminais ao sistema positivado devemos partir da premissa de que seja uma política criminal ressocializadora e profundamente democrática, isto é, política que encara os direitos e garantias fundamentais como regramento básico impostergável do Estado Constitucional de Direito.

Neste momento em que o neoliberalismo político e econômico conduz a uma tendência repressiva autoritária, devem funcionar os limites dos Estado Constitucional de Direito.

O incremento de criminalidade que está ocorrendo na atualmente no Brasil e na maioria dos países, não será resolvido com a adoção de leis penais mais “duras”, a solução para o problema está na comunidade e somente será resolvido por ela.

Duas vem sendo as premissas básicas dessa política puramente repressiva no Brasil, nas palavras de Luiz F. Gomes¹⁴:

(a) *incremento de penas* (penalização);

(b) *restrição ou supressão de garantias do acusado*.

A lei dos crimes hediondos e, agora, a lei de “combate” ao crime organizado, dentre outras, são expressões desse modelo exclusivamente “dissuasório”, isto é, modelo que confia na “força ameaçadora da lei... a forma mais econômica, porém demagógica (simbólica) de dar uma resposta estatal “popular” ao problema da delinquência... melhor que a criação de leis severas para a prevenção de crimes patrimoniais seria a adoção de políticas econômicas justas.(plano cruzado)

A eliminação da impunidade, infalibilidade, juntamente com a aplicação rápida da lei também são soluções para o controle da criminalidade, sem porém reduzir as garantias individuais do acusado do devido processo legal, direito de defesa e da autonomia da vontade. Sendo sumamente relevantes também os interesses da vítima e da sociedade.

O título da lei 9.034/95, se refere a um tipo de prevenção, mas que, considerando que a referida lei não disciplina nenhuma medida preventiva “*ante factum*”, só nos resta concluir que mais uma vez está o legislador acreditando exclusivamente na eficácia preventiva da lei penal. Não é essa a orientação da

¹⁴ *Op. cit.*, p. 28/29.

Moderna Criminologia vem dando destaque a três formas de prevenção: primária, secundária e terciária, que são descritas por Luiz F. Gomes¹⁵:

A primeira orienta-se às causas da delinqüência...educação, socialização e moradia, trabalho, bem estar etc... A prevenção secundária tem como meta criar obstáculos ao criminoso, consiste em mais segurança, mais policias, mais prisões etc... não é a política ideal... Seu efeito negativo mais pernicioso é o de provocar o “deslocamento” do crime... A prevenção terciária, por fim, encarrega-se de evitar a reincidência: são medidas que incidem sobre quem já delinqüiu, visando a não reiteração delitiva. ...

Precisamos investir na adoção de medidas preventivas primárias que não foram adotadas até agora, abandonado-se as políticas ilusórias e enganosas, que são irresponsáveis e enganosas. Seria um bom começo fazer uma necessária seleção nas agências policiais. para separar o bom e o mau policial. Reformular as polícias, remunerar bem o policial e dar-lhes estrutura são outras providências urgentes.

O Estado têm que se colocar presente oferecendo condições para que a população, principalmente a favelada comece a perceber que não foi abandonada pelo Estado, certamente não requererá o auxílio “paralelo” das organizações criminosas.

Para Luiz F. Gomes¹⁶, o processo de produção das normas jurídicas está formal e substancialmente constitucionalizado:

Tanto a “existência” (aspecto formal) como a validez (aspecto substancial) das normas estão condicionadas pelo Estado Constitucional de Direito, que possui um núcleo intangível de valores princípios e direitos fundamentais (que configuram a verdadeira realidade “Teleológica-Axiológica” da Constituição. Constituindo esse núcleo a “Constituição Material”.

A primazia da Constituição afirma Peralta¹⁷:

produz o efeito de invalidar as normas infraconstitucionais que violem os preceitos que estão na norma fundamental.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 34/36.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 37/38.

¹⁷ PERALTA, Ramon. La interpretacion del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado, UCM-Serviço de Publicações, Madri, 1994. *Apud* GOMES, L.F. *op. cit.*, p. 38.

A disjuntiva “vontade irrestrita da maioria” ou “supremacia da Constituição”, que foi enfocada recentemente em um livro, por Zaffaroni¹⁸, Gomes encontra resposta no Estado Constitucional de Direito:

nenhuma maioria por mais contundente que seja, pode decidir algumas matérias (as salvaguardadas pelas causas pétreas por exemplo), ou deixar de decidir outras... a maioria decide mas existem condi es “substanciais” que não podem deixar de ser observadas. E são essas que d o o norte sobre o quê   lícito decidir ou sobre o quê não   lícito decidir.

Nessa mesma esteira, o melhor modelo de atua o judicial, por isso,   o positivo-constitucionalista, acrescenta Luiz F. Gomes¹⁹:

que leva o juiz a questionar sempre a validade da lei, antes de apreciá-la. Dessa postura garantista emanar , automaticamente a chamada jurisprudência constitucionalizada.

Temos portanto os valores, princípios e garantias fundamentais, como um norte a ser seguido por todos, principalmente pelo legislador e pelos juízes, mesmo que v  de encontro com a vontade da maioria.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário – Crise, Acertos e Desacertos**. Trad. De Juarez Tavares, RT, SP. 1995. *Apud* GOMES, L.F. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 39.

3 – DO CRIME ORGANIZADO.

3.1 - Conceituação de Crime Organizado.

Ao examinar-mos os dispositivos que tratam desta espécie de crime no ordenamento jurídico Brasileiro, encontraremos vários diplomas, tais quais: a da lei nº 9.034 de 03 de maio de 1995, a lei nº 9.303 de 05 de setembro de 1996, a nº 10.217, de 11 de abril de 2001, além do decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Um tema de fundamental importância é o conceito de crime organizado adotado por esses diplomas.

Veremos as linhas doutrinárias e legislativas formadas sobre o conceito de crime organizado apontadas por Antonio Scarance Fernandes²⁰, que são três:

Na primeira parte-se da noção de "organização criminosa" para definir o crime organizado, o qual, assim, seria "aquele praticado pelos membros de determinada organização";

A Segunda, parte-se da idéia de crime organizado, definindo-o em face de seus "elementos essenciais", sem especificação de tipos penais, e normalmente, incluindo-se entre os seus componentes o fato de pertencer o agente a uma organização criminosa;

A terceira, utiliza-se o rol de tipos previstos no sistema e acrescentam-se outros, considerando-os como crimes organizados.

A primeira posição, a que traz a noção de "organização criminosa", através de suas características, acrescenta o autor, foi adotada no projeto de lei 3.516, de 1989, que, em seu artigo 2º, estipulava:

Art. 2º. Para os efeitos desta lei, considera-se organização criminosa aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional.

Na doutrina, ao distinguir entre "criminalidade de massa" e "criminalidade organizada", Winfried Hassemer parece seguir essa tendência, buscando, para caracterizar a organização criminosa um dado essencial, fundamental e que, para

²⁰ FERNANDES, A. S.. *O conceito de crime organizado na Lei 9034*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.31, p. 03, jul. 1995.

ele um conceito de crime organizado precisa isolar um “potencial de ameaça qualitativamente novo”²¹. Este potencial Hassemer vê no :

assalto, usurpação ou infiltração de instâncias centrais da ordem estatal, procedido por organizações criminosas...somente quando seja possível influenciar criminosamente a definição, a elucidação ou o julgamento das violações penais é que a estrutura criminosa ter-se-á estabilizado.

Para definir o crime organizado pelo elenco dos seus dados essenciais Fernandes²² aponta a linha traçada por Alberto Silva Franco, que segundo ele:

O crime organizado possui uma textura diversa:

- _ tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações;
- _ detém um imenso poder com base em estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal;
- _ provoca danosidade social de alto vulto;
- _ tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas;
- _ dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia;
- _ apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinqüenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade;
- _ origina atos de extrema violência; urde mil disfarce e simulações; e
- _ em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado.

Na terceira forma de se conceituar Crime Organizado apontada por Fernandes, foi a seguida por Luiz Carlos Caffaro, em trabalho apresentado no 10º Congresso Nacional do Ministério Público. Preferiu arrolar as condutas que constituiriam crimes organizados. Idêntica orientação foi a seguida para a definição do crime hediondo (Lei 8.072/90).

Ocorre que as lei que tratam do tema crime organizado, 9.034/95 e 10.217/01, não definiram o que é crime organizado, ou melhor definiram de forma incompleta. Com o advento da lei 10.217/01 e antes da promulgação da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, Luiz

²¹ HASSEMER, W.. **Segurança Pública no Estado de Direito**. In Doutrina Internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Ano 2 –n. 5, p. 59 – janeiro-março – 1994.

²² SILVA FRANCO, Albero. **O difícil processo de tipificação**. Boletim IBCCRIM, nº 21. *Apud* FERNANDES, A. S. *op. cit.*

F. Gomes²³ chegou às seguintes conclusões para delinear o âmbito de incidência de tais diplomas:

- (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).

Referido conceito, complementou o autor, em consequência, por 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)).

Luiz Flávio Gomes ainda procurou se perguntar se não seria o caso de se admitir interpretação extensiva ou aplicação analógica (CPP, art. 3º), como a Lei 9.034/95 tem cunho predominantemente processual, enfocada como lei processual, estendendo-se o conceito de quadrilha ou bando ou mesmo associação para as organizações criminosas? A resposta a esta pergunta é negativa, dizia Gomes²⁴ tecendo os seguintes comentários:

O disposto no art. 3º do CPP só é válido para leis de conteúdo genuinamente processual. Onde o CPP fala em denúncia pode-se também ler queixa; onde fala de prazo para oferecimento da primeira pode-se estender para a segunda etc.

A lei processual deixa de ter caráter cristalinamente processual em duas hipóteses: (a) quando reflete diretamente no *ius libertatis* (lei que versa sobre regime de cumprimento de pena, sobre fiança, liberdade provisória sem fiança etc.); (b) quando sua eficácia é dependente de um conceito de Direito penal: é o que se passa justamente com todos os dispositivos legais da Lei 9.034/95 que fazem expressa referência às organizações criminosas. São leis processuais (em geral), mas ao se referirem explicitamente às organizações criminosas deixam de ter eficácia, por ora, por falta de um conteúdo normativo para esse conceito.

²³ GOMES, L. F.. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n. 10.217, de 11.04.01?** Artigo disponível na internet:<http://www.ibccrim.org.br>, 26.10.2001.

²⁴ *Idem.*

Outro caminho possível, apontado por ele²⁵, para se admitir a presença no nosso direito do conceito de organização criminosa seria o do direito internacional:

Sabemos que recentemente (final do ano 2000) dezenas de países (incluindo o Brasil) assinaram a Convenção da ONU sobre Delinquência Organizada Transnacional. É verdade que o art. 2º da Convenção procura definir o que se entende por crime organizado (mais de três pessoas, estabilidade, intenção de cometer crime graves, intuito econômico). Crime grave é o punido com pena igual ou superior a quatro anos (no máximo); a organização é transnacional quando envolve mais de um país (art. 3º) etc.

Mas há obstáculos intransponíveis para se admitir essa via integradora: (a) a Convenção da ONU ainda não foi ratificada pelo Congresso brasileiro, portanto, não conta com existência jurídica no Brasil; (b) ela cuida exclusivamente da organização criminosa transnacional (nada disciplinando sobre as nacionais).

Como pudemos perceber, até aquele momento, era impossível conceituar-se o termo organização criminosa, ao qual a maioria dos artigos da lei 9.034 faziam referência, e por isso estariam momentaneamente sem eficácia.

Porém Gomes admitia a possibilidade de uma integração dos conceitos contidos na Convenção da ONU Contra o Crime Organizado, mas colocava como óbice a sua não ratificação pelo Congresso Nacional naquela época. Ocorre que atualmente a referida convenção já conta com existência jurídica no Brasil, com a promulgação do decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004²⁶.

A convenção, em seu artigo 1²⁷, define o seu objetivo, que é o de promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade

²⁵ idem.

²⁶ O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000; Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação junto à Secretaria-Geral da ONU, em 29 de janeiro de 2004; Considerando que a Convenção entrou em vigor internacional, em 29 de setembro de 2003, e entrou em vigor para o Brasil, em 28 de fevereiro de 2004.

DECRETA: **Art. 1º** A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

²⁷ Artigo 1

Objetivo

O objetivo da presente Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

organizada transnacional. E em seu artigo 2²⁸, traz a seguinte a descrição terminologica de : “Grupo criminoso organizado”, “infração grave” e “grupo estruturado”.

Sendo portanto ampliada com a entrada em vigor da Convenção em território nacional, a noção de crime organizado no Brasil, na sua manifestação transnacional, talvez única possível, por ser a transnacionalidade um elemento essencial para sua caracterização, como prescreve a doutrina de Silva Franco, bem como a de Hassemer, com a entrada no direito interno dos conceitos acima descritos, bem como do âmbito de aplicação da Convenção²⁹, que para ser considerada transnacional, não é imprescindível o cometimento da infração em mais de um Estado. Admite-se também que a preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado, ou que envolvam um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou for cometida a infração num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

Corrige-se desta forma os equívocos provocados pelo legislador, que restringiam a incidência da lei do Crime Organizado, apenas ao tipos de quadrilha ou bando, e associações ilícitas previstas em lei, além de tornar inválidos vários

²⁸ Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

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

²⁹ Artigo 3

Âmbito de aplicação

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

- a) Infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção; e
 - b) Infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção;
- sempre que tais infrações sejam de caráter transnacional e envolvam um grupo criminoso organizado;
2. Para efeitos do parágrafo 1 do presente Artigo, a infração será de caráter transnacional se:
- a) For cometida em mais de um Estado;
 - b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
 - c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou
 - d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

dispositivos da referida lei como alertava Gomes, sem porém violar os direitos e garantias fundamentais do ser humano, protegidas pela Constituição Federal³⁰.

3.2 – Características de sua atuação.

Para apontarmos as características de atuação das organizações criminosas iremos adotar as diagnosticadas por Winfried Hassemer³¹:

- _ É um fenômeno cambiante; ela segue mais ou menos as tendências dos mercados nacionais e internacionais e torna-se portanto difícil de ser isolada (exemplo, o tráfico clandestino de lixo nos países industrializados);
 - _ compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas (ex. tráfico de drogas, corrupção) e portanto não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular;
 - _ intimida as vítimas, quando elas existem, a não levarem o fato ao conhecimento da autoridade e a não fazerem declarações (ex. extorsão de “pedágios” ou “seguros” por organizações criminosas);
 - _ dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação.
- Daqui não se deve extrair a conclusão de que medidas de prevenção e combate devam aguardar a aquisição de um conhecimento preciso sobre o objeto de atuação, para que possam ser implementadas.

Podemos constatar que o autor alerta para a necessidade dos órgãos de persecução criminal estarem preparados para atuarem, e o legislativo forneça instrumentos hábeis para investigar este “fenômeno cambiante”, com vítimas difusas, que intimida as vítimas (quando não as elimina é claro), dispondo de múltiplos meios de disfarce e simulação (operam por trás de atividades aparentemente lícitas).

Porém, para Hassemer³², não é compensando a sua ignorância criminológica com o enrijecimento do direito que se irá controlar o problema da criminalidade organizada:

O medo da criminalidade organizada é o principal responsável pelas mais radicais alterações e exacerbações do poder de polícia, mas também do Direito penal, nos últimos tempos. Princípios fundamentais ou não valem mais ou valem

³⁰ ARTIGO 34

1. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, incluindo legislativas e administrativas, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, para assegurar o cumprimento das suas obrigações decorrentes da presente Convenção.

³¹ *Op. cit.*, p. 59.

³² *Op. cit.*, p. 60.

apenas limitadamente: o princípio *in dubio pro reo*; a antes nítida separação entre poder de polícia e a persecução penal (ou seja, entre prevenção e repressão); a limitação do emprego de medidas restritivas de direitos à pessoa do verificado no poder de polícia e do suspeito na persecução penal; a regra básica da transparência das investigações.

3.3 – Direito Comparado. Direito Italiano.

Consoante o ensinamento de Luiz Flávio Gomes³³, que diz que através do estudo do funcionamento de diversas organizações criminais italianas chegou-se à conclusão de que um novo direito deveria ser criado naquele país, prevendo-se algum “prêmio” e “segurança” para os “pentiti”³⁴ que confessassem seus delitos. As confissões, desse modo, passaram a ocupar o lugar central nas investigações. Criou-se, em conseqüência a “delação premiada”³⁵, o “patteggiamento”³⁶, possibilitou-se a quebra do sigilo bancário, das comunicações telefônicas, etc.

Foram ampliados, ademais os poderes da polícia, do Ministério Público e da Magistratura; a prisão cautelar foi amplamente utilizada e surgiram os “maxi-processos”, foi criminalizada a conduta da associação mafiosa (CP italiano, art. 416), estendeu-se aos suspeitos a *sorveglianza speciale*, admitiu-se a proibição de morar em certos lugares, a obrigação de morar em certo lugar e a possibilidade de amplas investigações sobre o nível de vida das pessoas, patrimônio, movimentação financeira etc. Sendo que o incremento maior foi a adoção de medidas de caráter patrimonial ou fiscal, porque se descobriu a natureza empresarial dos mafiosos.

Consoante o filósofo e Magistrado italiano FERRAJOLI³⁷ esse Direito penal de emergência, na Itália, pode ser dividido em três fases:

a *primeira* vai de 1974 a 1978: caracteriza-se pela ampliação dos poderes de polícia, pelo interrogatório sem a presença do defensor, pelo poder de busca sem mandado, poder de disparar arma de fogo, liberação das interceptações

³³ GOMES, L. F.. **Crime Organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal / Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini** – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, pp. 41-50, 1995.

³⁴ Arrependidos

³⁵ benefício a quem delatar outras pessoas implicadas com as atividades ilícitas.

³⁶ Acordo.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Ed. Laterza, Roma. 1990. P. 853, ss. *Apud* GOMES, L.F.. *Op. cit.*, p. 42.

telefônicas, aumento do controle policial sobre certos locais, investigações sumárias etc. Nesse período, foi a polícia, não a Magistratura, o aparato institucional privilegiado na luta contra a criminalidade e contra o terrorismo.

A *Segunda* fase nasce com a legislação anti-terrorista de 1979: caracteriza-se por uma nova praxe judiciária. sendo desta vez magistratura (Ministério Público e Juízes), não a polícia, que assumem o peso da luta contra a criminalidade, surgem a lei dos arrependidos (“pentitismo”), os crimes associativos (com definição vaga), a prisão praticamente compulsória dos imputados, a ampliação da duração da prisão cautelar, proibição de liberdade provisória, a agravante especial da “finalidade de terrorismo” que implica aumento automático e rígido, a possibilidade de benefícios na aplicação e execução da pena para os arrependidos que confessassem, interrogatório sem a presença do defensor, segredo instrutório, interferência de um processo em outro, administração da execução penal, prêmios para os delatores etc. O processo penal se transformou numa máquina incontrolável sem as garantias tradicionais em favor do processado.

A *terceira* fase acontece nos anos oitenta: caracteriza-se por novas leis de exceção, agora não tanto contra o terrorismo, senão conta o crime organizado, o tráfico internacional, a criminalidade econômica e financeira, a corrupção política e administrativa etc. Trata-se de um Direito penal *diferenciado* porque já não importa tanto o *fato* senão o tipo de *autor*, ampliou-se consideravelmente de outro lado, a discricionariedade na praxe judicial.

De acordo com o lúcido magistério de FERRAJOLI³⁸, tal legislação excepcional tornou-se possível porque:

criou-se uma verdadeira “cultura de emergência”, assim como uma “prática de exceção”, o que provocou um claro retrocesso, típico da tradição penal pré-moderna marcada pela inquisição.

Complementado o raciocínio complementa Gomes³⁹, que a base de tudo politicamente falando está:

No primado da “razão de estado” sobre a “razão jurídica”. A intervenção estatal passa a ter legitimação não jurídica, senão política: “*salus rei publicae, suprema lex*”: A tutela ou só o bem do Estado é a *Grundnorm* do direito de emergência.

3.4 – A razão de ser da Lei 9.034/95

Através da leitura do seu art. 1º, aparentemente a Lei 9.034/95 pretendia definir e regular somente “meios de prova” e “procedimentos investigatórios”, como nos art. 2º o flagrante prorrogado (inc. II), captação e a interceptação

³⁸ Idem.

³⁹ GOMES, L.F.. *Op. cit.*, p. 42.

ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial (inc. IV), infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial (inc. V), bem como a figura do juiz inquisidor (art. 3º).

Na verdade, não é só isso, regula também organização da polícia judiciária (art. 4º), identificação criminal (art. 5º), a delação premiada (art. 6º), proibição de liberdade provisória (art. 7º) e prazo para a instrução criminal (art. 8º), a proibição de apelar em liberdade (art. 9º) e progressão de regime (art. 10º)

Na opinião de Luiz Flávio Gomes⁴⁰, com o ingresso no nosso ordenamento jurídico da Lei 10.217/01, que modificou os artigos 1º e 2º da Lei 9.034/95, e antes da entrada em vigor da Convenção da ONU Contra o Crime Organizado, foi eliminada a eficácia de inúmeros dispositivos legais contidos no referido diploma legal, dentre eles (arts. 2º, II, 4º, 5º, 6º, 7º e 10º). Caberia aos juizes e tribunais, que vinham dando ampla efetividade a muitos dos dispositivos legais contemplados na Lei 9.034/95, revisarem seu anterior posicionamento em relação aos vários dispositivos legais mencionados. Mais precisamente, todos que tinham como base comum as organizações criminosas. Todos haviam perdido a eficácia, após a referida lei, porque não se sabia no ordenamento jurídico brasileiro, o que se entendesse por organização criminosa:

A Lei 9.034/95, que dispõe "sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas", não definiu o que se deve compreender por "organizações criminosas". Foi feita para cuidar desse assunto, mas juridicamente continuamos sem saber do que se trata.

Dir-se-ia que ficou por conta do intérprete e do juiz a tarefa de descobrir o real âmbito de incidência da lei. Ocorre que definições como as que estão em destaque (crime organizado, organização criminosa) constituem tarefa exclusiva do legislador, por força do princípio da legalidade (ou da reserva legal). E nada mais inseguro que deixar sob a responsabilidade de cada juiz a incumbência de dar a moldura do tipo penal. O princípio da anterioridade da lei criminal (não há crime sem lei anterior que o defina) obriga que a lei (clara e inequívoca) delimite o âmbito do proibido previamente (leia-se: antes do cometimento do fato). Sem lei prévia é impossível a incidência de qualquer medida restritiva dos direitos e liberdades fundamentais.

⁴⁰ GOMES, L. F.. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n. 10.217, de 11.04.01?** Artigo disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>, 26.10.2001.

Dessa forma até aquele momento, afirmava Gomes, poderíamos chegar à seguinte conclusão:

(a) impossível aplicar, por ora, todos os dispositivos legais contidos na Lei 9.034/95 que foram idealizados para terem incidência em relação às organizações criminosas (arts. 2º, II, 4º, 5º, 6º, 7º e 10º);

(b) os demais dispositivos da Lei 9.034/95 continuam vigentes e com eficácia, podendo ser aplicados sem nenhum problema.

Mas, como vimos anteriormente, com a entrada em vigor da referida convenção, voltaram a ter eficácia os referidos dispositivos legais da Lei 9.034/95 (arts. 2º, II, 4º, 5º, 6º, 7º e 10º), pois já temos pelo menos uma definição de Organização Criminosa que é a “Transnacional”, prevista naquela carta.

3.5 – Diferenciações técnicas – Criminalidade tradicional. Crimes de quadrilha ou bando, aspectos gerais e especiais.

O Crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal, recebeu o rótulo de crime organizado, pela redação da lei 10.217 que deu nova redação ao art. 1º da lei 9.034/95, embora seja fenômeno completamente distinto do verdadeiro crime organizado, pois trata-se de uma manifestação da criminalidade de massa.

Segundo Hassemer, como vimos anteriormente, a criminalidade de massa para ser considerada como criminalidade organizada, necessitaria de um incremento⁴¹:

de um potencial de ameaça qualitativamente novo ...que é o assalto, usurpação ou infiltração de instâncias centrais da ordem estatal, procedido por organizações criminosas...somente quando seja possível influenciar criminosamente a definição, a elucidação ou o julgamento das violações penais é que a estrutura criminosa ter-se-á estabilizado.

O jurista alerta para a necessidade de distinguir-se estas duas manifestações de criminalidade, pois⁴²:

⁴¹ HASSEMER, W.. *Segurança Pública no Estado de Direito*. In Doutrina Internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2 –n. 5, p. 59 – janeiro-março – 1994.

Se bem que provoquem repercussões públicas semelhantes, distinguem-se radicalmente no tocante à origem, potencial de ameaça e possibilidades de combate...Agentes secretos. observações policiais prolongadas e outros meios de investigação modernos só ajudam no combate à criminalidade organizada.

A redação original do artigo art. 1º da Lei 9.034/95⁴³, porém, limitou-se ao crime de quadrilha ou bando tipificado pelo art. 288 do CP, no capítulo dos crimes contra a paz pública. Como observa Carlos Alberto Marchi de Queiroz⁴⁴:

Crime eminentemente brasileiro, introduzido no ordenamento jurídico-penal nacional para dar combate ao cangaço, nivela, por baixo, punguistas, *pais de rua*, cortadoras de bolsa, com organizações criminosas, dificultando, sobremaneira, o trabalho da Polícia e a conseqüente prestação jurisdicional.

A nova redação dada pela Lei 10.217/01, continua a fazer referência ao crime de quadrilha ou bando, incorporando porém as “associações ilícitas” e as “organizações criminosas”.

De qualquer forma . mesmo não respeitando a opção do legislador não podemos deixar de mencionar algumas características deste tipo penal.

O crime de quadrilha ou bando segundo a doutrina de Damásio de Jesus⁴⁵ é:

Crime de perigo abstrato. de concurso necessário, de convergência e, sobretudo permanente.

Permitindo portanto que a polícia (ou qualquer cidadão) prenda em flagrante delito, a qualquer momento, desde que subsistente a associação criminosa, como destaca Queiroz⁴⁶:

o ato de associar-se em quadrilha ou bando revela a existência de coesão entre o grupo, unido, por convergência de vontades, de forma permanente, para a

⁴² *Op. cit.*, p. 57.

⁴³ Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.

⁴⁴ QUEIROZ, C. A. M. **Crime Organizado no Brasil: comentários à Lei 9.034/95: aspectos policiais e judiciários: teoria e prática**. São Paulo. Iglu, 1998. p. 78.

⁴⁵ JESUS, D. E.. **Direito Penal, Parte Especial**, 3 /416. *Apud* QUEIROZ, C. A. M.. *Op. cit.*, p. 74.

⁴⁶ QUEIROZ, C. A. M.. *Op. cit.*, p. 75.

realização indiscriminada de infrações penais, distinto da co-autoria e da co-participação.

3.6 – Das Organizações Criminosas.

Não existia, antes do advento da Convenção da ONU contra o Crime Organizado, em nenhuma parte do nosso ordenamento jurídico a definição de organização criminosa. Como bem observava Gomes⁴⁷:

Cuida-se, como vimos, de um conceito vago, totalmente aberto, absolutamente poroso. Considerando-se que o legislador não ofereceu nem sequer a descrição típica mínima do fenômeno, só nos resta concluir que, nesse ponto, a lei (9.034/95) passou a ser letra morta. Organização criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conteúdo normativo, que atenda o princípio da legalidade).

Se as leis do crime organizado no Brasil (Lei 9.034/95 e Lei 10.217/01), que existem para definir o que se entende por organização criminosa, não nos explicaram o que é isso, não cabe outra conclusão: desde 12.04.01 perderam eficácia todos os dispositivos legais fundados nesse conceito que ninguém sabe o que é. São eles: arts. 2º, inc. II (flagrante prorrogado), 4º (organização da polícia judiciária), 5º (identificação criminal), 6º (delação premiada), 7º (proibição de liberdade provisória) e 10º (progressão de regime) da Lei 9.034/95, que só se aplicam para as (por ora, indecifráveis) "organizações criminosas".

É caso de perda de eficácia (por não sabermos o que se entende por organização criminosa), não de revogação (perda de vigência). No dia em que o legislador revelar o conteúdo desse conceito vago, tais dispositivos legais voltarão a ter eficácia. Por ora continuam vigentes, mas não podem ser aplicados.

Bem, acontece que agora a situação é bem diferente, com a entrada em nosso ordenamento jurídico-penal, da referida Convenção, passamos a ter uma definição de organização criminosa, que se encontra no seu Artigo 2, que faz referência a "Grupo criminoso organizado"⁴⁸, o qual deverá ser um "grupo estruturado", possuir três ou mais integrantes, existência há algum tempo e que esteja atuando com o propósito de cometer uma ou mais "infrações graves" ou

⁴⁷ GOMES, L. F.. *op. cit.* 2001.

⁴⁸ a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material

infrações previstas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

O termo infração grave, foi definido como sendo o ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior.

Por grupo estruturado, a Convenção definiu-o pelo que ele não é: grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, portanto deve ter sido formado já a algum tempo antes do cometimento da infração grave ou prevista na Convenção. Ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, ou seja não é necessária a hierarquia. Que não haja continuidade na sua composição, os membros podem ser sistematicamente alterados com o decorrer de tempo. E que não disponha de uma estrutura elaborada, não necessitando sofisticação tecnológica nem organizacional.

Bem, já que temos a definição de Organização Criminosa Transnacional, nos resta, destarte, delimitar-mos o seu âmbito de aplicação.

A Convenção prevê que ela é aplicável à prevenção, investigação, instrução e julgamento de Infrações:

a) enunciadas nos seus Artigos 5, 6, 8 e 23, tais sejam respectivamente, da participação em um grupo criminoso organizado, a lavagem do produto do crime, a corrupção e da obstrução à justiça, prevendo que cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, dentro de parâmetros convencionados;

b) Infrações graves, na acepção do Artigo 2 da Convenção, sempre que tais infrações sejam de caráter transnacional e envolvam um grupo criminoso organizado.

Segunda a Convenção a infração será de caráter transnacional se: for cometida em mais de um Estado, ou num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado, ou num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado, ou ainda se for cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

4 – ESTUDO DO “COMBATE” AO CRIME ORGANIZADO

4.1 – A questão do ônus da prova.

Um dos mecanismos propostos para o “combate” ao crime organizado, seria a inversão do ônus da prova, onde caberia aos acusados provarem que seu patrimônio foi obtido licitamente, na opinião de Gomes⁴⁹ este dispositivo, se aprovado estaria ferindo um dos direitos fundamentais do ser humano, que é o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto na constituição⁵⁰ e complementado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵¹:

A inversão do ônus da prova foi uma das muitas sugestões apresentadas para controlar o crime organizado. Consistiria numa reforma da lei de enriquecimento ilícito, para obrigar o suspeito a provar ou informar a origem dos seus bens. Em suma caberia ao acusado provar que seu patrimônio foi obtido licitamente, pois do contrário prevaleceria a presunção de ilicitude. A proposta, conforme nosso ponto de vista, fere frontalmente o princípio da presunção da inocência, que é de nível constitucional. Logo, nenhuma presunção infraconstitucional pode sobrepor-se, salvo se deseja a inversão da pirâmide Kelseniana.

⁴⁹ GOMES, L. F. . *op. cit.*, 1995, p.158

⁵⁰ “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁵¹ “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove sua culpa”

Tal princípio explica Gomes⁵², possui dupla importância: processual e penal. No âmbito processual, na ideia de quem acusa tem que provar e a proibição de tratar o acusado como culpado antes formada sua culpa em definitivo, concluindo o autor:

Por força dessas regras e considerando que o legislador infraconstitucional não pode estabelecer presunções contrárias à presunção constitucional, devemos descartar definitivamente a sugestão da inversão do ônus da prova.

Sendo portanto inconstitucional a implantação deste dispositivo visando a mudança do ônus da prova por colidir frontalmente o princípio da presunção de inocência que já está sacralizado em nosso ordenamento jurídico.

4.2 – Da ação controlada, acesso a dados, documentos e informações.

A respeito do dispositivo referente a ação controlada, Antonio Scarance Fernandes⁵³, reproduz uma manifestação favorável sobre a ação controlada, do Dr. Roberto Precioso Júnior, Delegado da Polícia Federal em São Paulo, que diz:

A ação controlada é um permissivo legal adotado nos mais civilizados e democráticos países do mundo, onde por razões históricas estão efetivamente preparados para combater o crime organizado.

Finalmente, a partir de 3.5.95, já existe a previsão legal: II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ser praticada por organizações criminosas a ele vinculadas, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações. Portanto, já pode a autoridade policial trabalhar bem mais às claras, demonstrando o seu trabalho de inteligência (sentido técnico), sem recorrer a sofismas, como o da decantada denúncia anônima.

De acordo com a interpretação do inciso II do artigo 2º, a polícia não é mais obrigada a efetuar a prisão em flagrante no ato, prolongando o acompanhamento das atividades criminosas até alcançar os agentes e o produto do crime, prendendo aos envolvidos no momento adequado. Apesar da opinião favorável

⁵² *idem* 41

acima exposta, pois, segundo Queiroz⁵⁴, deve-se tomar muita cautela com este dispositivo pois invade atribuição do poder judiciário:

Trata-se *concessa venia*, de medida que invade atribuições do Poder Judiciário, já que pode dar margens para eventuais arbitrariedades, e outros desvios, visto que confere ao policial poderes judiciais.

Em relação ao acesso ao dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeira e eleitorais, prevista no inciso III do mesmo artigo, verifica-se que a lei permite a quebra de sigilo bancário, fiscal, financeiro e eleitoral de qualquer suspeito de participação em crime de quadrilha ou bando. Em relação a este dispositivo Queiroz⁵⁵ tece os seguintes comentários:

Trata-se de dispositivo redundante uma vez que o sigilo fiscal, garantido pelo artigo 198 do CTN, pode, perfeitamente ser conhecido pelo juiz, que fará juntar aos autos as informações colhidas, sem o estardalhaço acenado pela Lei nº 9.034/95...O sigilo bancário, por sua vez, tem sido devassado pela polícia judiciária, através do envio de simples ofício ao Poder Judiciário...o sigilo financeiro, em termos de investigação pode ser rompido através da mesma conduta policial-judiciária...em tema de Direito Eleitoral, não é inútil lembrar que o voto é secreto...convém salientar que as informações eleitorais não são sigilosas...aliás os arts. 45, § 6º, e 371, do Código Eleitoral não consideram sigilosas as informações relativas ao alistamento, à filiação, às campanhas eleitorais e às finanças partidárias.

Sendo portanto desnecessária a inclusão deste inciso, que só vem a dificultar ainda mais a ação dos órgão encarregados da investigação criminal, os quais já tinham o acesso aos dados e agora, estão tendo o seu trabalho dificultado. Exercendo portanto a Lei um papel contrário ao que se propôs porque ao invés de “combater” estará beneficiando o Crime Organizado.

⁵³ FERNANDES, A. S. O conceito de crime organizado na Lei 9034. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.31, p. 03, jul. 1995.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 22

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 22/24.

Outro ponto a ser destacado é a interpretação do *caput* dos artigos 2º e 3º da lei 9.034/95⁵⁶, e sua operacionalização durante a fase inquisitória.

No artigo 2º o legislador prevê que em “qualquer” fase da persecução criminal, serão permitidos os procedimentos de investigação e formação de provas, portando o acesso aos dados a que se refere o inciso III, está sendo permitido inclusive no inquérito policial, não definindo o procedimento a ser adotado pelo delegado de polícia, se necessitaria de autorização judicial, ou não, oficiando à instituição detentora dos documentos e informações.

No artigo 3º está previsto que ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por “lei”, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, isso inviabilizaria qualquer investigação criminal que envolvam organizações criminosas, além de criar a figura do juiz inquisidor, o qual estaria violando o princípio da imparcialidade do juiz, que é uma garantia constitucional.

De qualquer forma é melhor que os delegados continuem a formular o seu pedido ao juiz, cabendo a este entender de deferir ou não o pedido.

4.3 –Da infiltração de agentes policiais em organizações criminosas

Esta também é uma novidade em nosso ordenamento jurídico, que veio com a inclusão do inciso V ⁵⁷ no artigo 2º da Lei 9.034, pela Lei 10.217/01, a introdução da infiltração de agentes em organizações criminosas, os órgãos de polícia têm um novo mecanismo de investigação que, “talvez”, muito auxiliará na coleta de provas, na operacionalização da ação controlada, visando o controle deste fenômeno criminal.

⁵⁶ **Art 2º** Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

⁵⁷ V - infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.”

Porém o legislador teve a cautela de subordinar esta infiltração à imprescindível e circunstanciada autorização judicial, restringindo ainda a sua implementação a agentes de polícia ou de inteligência.

Parece-me que ao mesmo tempo que restringe a infiltração de pessoas que não integrem os quadros das polícias, o legislador amplia a infiltração aos agentes de inteligência das instituições militares, as quais tem muitas vezes contestada a sua ação na investigação criminal, que a princípio deva restringir-se às ações perpetradas por integrantes de suas corporações.

Bem como estas instituições não estão livres de terem seus integrantes envolvidos nestas organizações criminosas, abre-se uma janela para que estes órgãos também atuem no combate ao crime organizado, com a devida autorização judicial é claro.

Com relação à infiltração de agentes policiais não poderia deixar de destacar os comentários de Antonio Magalhães Gomes Filho⁵⁸:

Trata-se, como se sabe, de procedimento de cuja legitimidade ética e jurídica é cada vez mais contestada em sociedades mais avançadas, como a alemã e a norte-americana, pois é incompatível com a reputação e a dignidade da Justiça Penal que seus agentes se prestem a envolver-se com as mesmas práticas delituosas que se propõem a combater; e mesmo as eventuais provas resultantes dessas operações terão sido conseguidas através da instigação, simulação ou outros meios enganosos, e portanto de duvidosa validade.

Portanto este dispositivo apesar de trazer uma grande revolução para a investigação criminal, vai ser também alvo de muitas críticas em relação à sua legitimidade, pois podem sempre ocorrer a instigação, simulação, e vários artifícios de duvidosa validade. É pois questionável do ponto de vista ético!

4.4 – Da captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos

A captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial é uma outra novidade trazida pela introdução pela Lei 10.217/01, do inciso IV ao artigo 2º da Lei 9.034/95.

O referido dispositivo consiste na utilização de tecnologia avançada no intuito de captar ou interceptar, conversar, como bem aponta D'Urso⁵⁹:

Fica fácil imaginar que para o interesse da investigação criminal, após autorização judicial, utilizando-se de tecnologia de ponta, se possa captar as conversas, telefônicas ou não, do investigado, além de sinais óticos que sirvam para a investigação, concluindo-se, que inegavelmente, o legislador ampliou o alcance da norma modificada.

Já Gomes⁶⁰ também fala sobre a necessidade deste dispositivo mas faz uma distinção entre captação e interceptação de conversas telefônicas, da captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos:

Esses meios probatórios são absolutamente indispensáveis para a apuração do crime organizado...interceptação e a escuta telefônicas (aquela é a captação de conversa alheia, esta e a captação feita por terceiro com a ciência de um dos interlocutores), assim como a interceptação e escuta ambiental (que consiste na gravação por um terceiro de conversa – não telefônica – alheia por gravador, filme etc)

3.5 – Da delação premiada

Em seu artigo 6º, a lei 9.034/95⁶¹, trouxe um mecanismo que visa a incentivar a colaboração espontânea por parte dos acusados, que ficou conhecida por delação premiada. Consistindo numa previsão de redução da pena de dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

A respeito deste artigo Damásio E. de Jesus⁶² teceu os seguintes comentários:

⁵⁸ GOMES FILHO, A. M. Boletim IBCCrim, nº 13, fev, 1994, p. 1. *Apud* GOMES, L.F. *Op. cit.*, 1995, p.162

⁵⁹ D'URSO, L. F. B.. **Lei nova autoriza infiltração de policiais em quadrilhas**. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2138>>. Acesso em: 27 ago. 2004.

⁶⁰ GOMES, L.F.. *Op.cit.*, 1995, p. 154

⁶¹ **Art. 6º** Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

⁶² JESUS, D.E..*in* BOLETIM-IBCCrim, n.5, Junho/93, p. 1. *Apud* GOMES, L.F. *Op. cit.*, 1995, p. 132.

A lei citada não é pedagógica porque ensina que trair traz benefícios.

Nessa mesma linha crítica Gomes⁶³ complementa:

O Direito, para ser duradouro, tem que se assentar em vigas éticas firmes. O Direito é um conjunto normativo eminentemente ético e é por isso que é acatado e respeitado.

Outro fator que põe em dúvida a eficiência da delação premiada é a sua confiabilidade, pois o delator, visando adquirir o benefício da diminuição da pena previsto neste artigo poderá simplesmente delatar pessoas inocentes, seus desafetos como uma forma de vingar-se destes indivíduos e ainda ter uma redução de sua pena, quando não a absolvição ou o perdão judicial.

Nesta linha de raciocínio cabe lembrar a doutrina do saudoso magistrado paranaense, Desembargador Luiz Viel⁶⁴, que a delação deve ser tomada como um meio de prova que deve ser encarado com reservas pelo juiz⁶⁵:

Embora não haja hierarquia entre as provas, vigendo o livre convencimento judicial motivado, a delação suscita um certo cuidado próprio, reclamador de que alguma ponderável circunstância ou fonte de informação lhe dê corroboração.

Outro ponto observado pelo Magistrado Paranaense, é a eficiência da delação premiada. Ela se justifica para evitar ou interromper crimes, como a libertação da vítima em caso de seqüestro. Sendo justamente este o motivo, segundo ele, da introdução da delação premiada no Brasil pela Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8.072 de 25 de Julho de 1990 quando há quadrilha ou bando. Sendo portando um elemento qualificativo que irá dar legitimidade a esta delação para que seja eticamente aceitável⁶⁶:

A vítima foi encontrada no lugar indicado será, então, delação eficaz, quanto à vítima, e valiosa, quanto à prova, pois haveria cabal corroboração. Mesmo aí, então, não será bastante a só delação: Ela produz efeitos porque eficaz, útil e proveitosa – e plenamente confirmada. A delação é, então, ponto de partida e não única realidade em si.

⁶³ GOMES, L.F. *Op. cit.*, 1995, p. 132

⁶⁴ do Tribunal de Justiça do Paraná.

⁶⁵ VIEL, L. **Temas Polêmicos, Estudos e Acórdãos em Matéria Criminal**. JM Editora. Curitiba, p. 252. 1999.

⁶⁶ *Idem*, p.253.

No nosso direito o instituto está melhor tratado no art. 32, § 2º, da Lei 10.409/02⁶⁷, a seguir comentado por Eduardo Araújo da Silva⁶⁸:

a nova lei introduziu pela primeira vez no Direito Brasileiro, o instituto da colaboração processual na sua verdadeira amplitude, ou seja, decorrente de acordo entre o representante do Ministério Público e o investigado colaborador na fase pré-processual. Até então, em matéria de direito premial, o legislador nacional havia tutelado tão-somente a delação premiada do acusado como um instituto de natureza material (perdão judicial ou causa de diminuição da pena), possibilitando ao juiz extinguir a punibilidade ou diminuir a pena do acusado que, no interrogatório judicial, delatava os co-autores ou partícipes do crime.⁽⁵⁾ O novo instituto, de natureza processual, busca consagrar a noção de processo cooperativo, incorporada na cultura jurídica estadunidense (*plea bargaining*) e consagrada há décadas no direito italiano (*pentitismo*). Através da colaboração processual, o investigado ou acusado, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras venham a se consumir (*colaboração preventiva*), assim como auxilia a Polícia e o Ministério Público nas suas atividades de colheita de elementos de prova contra os demais co-autores, possibilitando suas prisões (*colaboração repressiva*). É, assim, um instituto bem mais amplo que a delação premiada consagrada nas leis brasileiras.

Portanto podemos notar que a delação premiada foi introduzida na Lei de Crimes Hediondos, e reiterada pela Lei do Crime Organizada, como um dispositivo de natureza material, que seria utilizado pelo juiz, no momento do interrogatório judicial. Com a Lei 10.409/02, a delação ocorre fora do processo através de acordo entre o delator e o Ministério Público, o qual poderá inclusive, justificadamente, deixar de promover a denúncia contra os agentes ou partícipes do delito.

Mas já que o legislador admitiu a delação premiada, então não compreendemos qual tenha sido o pudor de não completá-la com a proteção ao delator. O delator que melhorará o rendimento do sistema, suprimindo o “déficit” estrutural investigatório do Estado, deveria ser aquinhoado, além do prêmio penal,

⁶⁷ (...) “o sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça”. Complementando os termos deste dispositivo, prevê o art. 37, inc. IV da lei, que o Ministério Público poderá “deixar, justificadamente, de propor ação penal contra os agentes ou partícipes do delito””.

⁶⁸ SILVA, E. A. **Breves Considerações sobre a Colaboração Processual na Lei nº 10.409/02**. Artigo do Boletim IBCCRIM nº 121 Dezembro/2002

com a proteção total, como ser introduzido em um programa de proteção às testemunhas, com casa em lugar distante, nova identidade e segurança.

4 – CONCLUSÃO

O controle do crime organizado deve merecer muita atenção, ninguém duvida, mas a reação estatal não pode ter por base medidas e instrumentos inconciliáveis com o Estado Constitucional de Direito.

Todo direito de “exceção” configura um sério risco para o cidadão porque ele é sempre construído em detrimento dos direitos e garantias individuais. Constitui também sério risco para o Estado Democrático porque, pouco-a-pouco, vai se incorporando no direito comum e geral. Nem tudo que a política criminal sugere, em suma, encontra abrigo no *ius positum*.

O Poder legislativo deve se convencer definitivamente, de que inclusive a “produção de normas”, tem limites não só formais senão também materiais, o conteúdo daquilo que ele decide transformar em lei tem que encontrar coerência vertical com a Constituição, sob pena de invalidade e inafastável rejeição pelo Judiciário.

A legislação que trata do Crime Organizado no Brasil, foi mal elaborada pois o legislador não foi suficientemente capaz de definir com clareza o que devemos entender por organização criminosa, deixando essa tarefa para a doutrina e jurisprudência, o que significa inevitavelmente uma certa margem de insegurança.

Estaria a referida Lei praticamente sem eficácia se não fosse a entrada em vigor da Convenção da ONU contra o Crime Organizado, que abriu uma nova oportunidade para que este dispositivo cumpra com o seu papel, pois trouxe a definição de grupo criminoso organizado transnacional.

Porém, mesmo sabendo-se que o direito penal, por si só, muito pouco pode resolver, é necessária a elaboração de uma nova lei, impondo-se ao Poder Legislativo disciplinar, uma definição de organização criminosa que englobe sua manifestação nacional e regional.

Merecem, ainda, atenção a regulamentação o instituto da escuta ambiental, bem como de um profundo estudo para adequação da legislação interna ao texto da Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional, e o cumprimento das providências que cada Estado deverá tomar para se adequar ao estatuto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

D'URSO, L. F. B.. **Lei nova autoriza infiltração de policiais em quadrilhas** . Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2138>>. Acesso em: 27 ago. 2004.

FERNANDES, A. S.. **O conceito de crime organizado na Lei 9034**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.31, p. 03, jul. 1995.

GOMES, L. F.. **Crime Organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal / Luiz Flávio Gomes, Raúl Cervini** – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, pp. 41-50, 1995.

_____. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n. 10.217, de 11.04.01?** Artigo disponível na internet:<http://www.ibccrim.org.br>, 26.10.2001.

GRINOVER, A. P.. **Que juiz inquisidor é esse?**. Artigo do Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.30, p. 01, jun. 1995.

HASSEMER, W.. **Segurança Pública no Estado de Direito**. In Doutrina Internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 2 –n. 5, p. 59 – janeiro-março – 1994.

QUEIROZ, C. A. M. **Crime Organizado no Brasil: comentários à Lei 9.034/95: aspectos policiais e judiciários: teoria e prática**. São Paulo. Iglu, 1998, p. 78.

SILVA, E. A. **Breves Considerações sobre a Colaboração Processual na Lei nº 10.409/02**. Artigo do Boletim IBCCRIM nº 121 Dezembro/2002.

VIEL, L. **Temas Polêmicos, Estudos e Acórdãos em Matéria Criminal**. JM Editora. Curitiba, p. 252. 1999.