

Tratamento diferenciado da macrocriminalidade no plano processual

Mariana Sant'Ana Miceli¹

*Um mafioso nunca fala, porque, se falar, ou é um louco
ou é um homem morto..*
(Provérbio Siciliano)

Hodiernamente, o Brasil, adepto do receituário econômico neoliberal, depara-se com índices crescentes de violência e com uma crise social avassaladora. Assim, o atual contexto político, econômico e social da globalização, que se afigura excludente e mercantilista, acaba por cancelar uma crise do constitucionalismo democrático nas Ciências Criminais.

Nesse contexto, além das pequenas quadrilhas “desorganizadas”, despontam as sofisticadas *organizações criminosas*. Tais organizações encontram o seu campo de atuação e o seu grande fator de fortalecimento justamente no vácuo deixado pelo enfraquecimento das instituições democráticas do Estado.

Em verdade, a ação dos grupos criminosos organizados tem dificultado sobremaneira a obtenção de provas, uma vez que os instrumentos clássicos de investigação, direcionados à apuração da criminalidade comum, assinalam-se insuficientes. Daí surge a necessidade da previsão de novos instrumentos pelos quais se possa combater a macrodelinquência, dando-se, por extensão, uma resposta compatível à gravidade dos crimes perpetrados em seu âmbito.

A reação estatal vem se configurando, por exemplo, no campo legislativo, haja vista a edição das Leis n. 9.034/95, 9.807/99, 10.217/2001 e 10.409/2002, dentre outras que se concentram, em linhas gerais, na prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

O fenômeno da criminalidade organizada, *pari passu*, afetou o plano material e também repercutiu na esfera processual penal, eis que, especialmente a partir dos anos 90, vêm sendo desenvolvidas estratégias específicas a fim de disciplinar mais eficazmente a obtenção da prova e o tratamento destinado aos investigados e acusados envolvidos com o crime organizado.

¹ Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina; Pesquisadora do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente (NEJUSCA/UFSC) e Coordenadora do Projeto “Crescer Direito” para escolas públicas; Assessora Jurídica na Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina; Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Essa tendência não se justifica apenas pela necessidade de maior eficiência penal para a repressão ao crime organizado, pois, considerando seu vultoso poder financeiro e sua imiscuidade nas mais diversas áreas em que se compõe o corpo social, trata-se de uma verdadeira questão de Estado. Isto porque a ameaça ao Estado não reside na conduta criminosa em si, mas na concreta possibilidade de o crime organizado influenciar os processos das decisões democráticas (Cfe. ZIEGLER, 2003, p. 17, 99 e 253).

Em que pesem as características peculiares da macrocriminalidade, constata-se que os instrumentos processuais tradicionais para a apuração da criminalidade monossubjetiva são insuficientes para sustentar uma adequada atividade estatal de persecução criminal, o que justifica a adoção de variadas estratégias específicas ao crime organizado.

De certa forma, por se servir de meios logísticos modernos, muito bem resguardados, estruturas complexas e consideráveis meios materiais e humanos, a criminalidade organizada permanece imune aos meios tradicionais de investigação – tais como: observações, interrogatórios, estudo dos vestígios deixados, etc. De fato, a crença propagada no bojo das organizações criminosas é de que estão imunes frente aos métodos tradicionais de investigação.

Essa espécie de criminalidade moderna, por apresentar uma dinâmica estrutural e uma capacidade de produção de efeitos incomensuráveis, desafia o direito penal clássico, que não consegue acompanhá-la, pois se depara com dificuldades para definir os bens jurídicos *in casu*; individualizar culpabilidade e pena; apurar a responsabilidade individual; e, inclusive, admitir a presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*.

Cezar Roberto Bitencourt (1995, p. 125) assevera que

Nesta criminalidade moderna, é necessário orientar-se pelo perigo ao invés do dano, pois quando o dano surgir será tarde demais para qualquer medida estatal. A sociedade precisa dispor de meios eficientes e rápidos que possam reagir ao simples perigo, ao risco, deve ser sensível a qualquer mudança que poderá desenvolver-se e transformar-se em problemas transcendentais. Neste campo, o direito tem que se organizar preventivamente. É fundamental que se aja no nascedouro, preventivamente, e não repressivamente. Nesse aspecto, os bens coletivos são mais importantes do que os bens individuais; é fundamental a prevenção por que a repressão vem tarde demais.

O direito penal clássico, portanto, contem princípios e métodos investigativos que foram idealizados para a criminalidade pré-industrial. Atualmente, é incontestável sua defasagem e sua inaptidão para a contenção da criminalidade

organizada, reflexo da sociedade pós-industrial/digital. Porquanto se prega a passagem do micro para o macrodireito penal.

Para atestar o obsoleto do clássico sistema investigativo, faz-se imprescindível a averiguação do contexto em que o fenômeno da macrocriminalidade se desenvolve.

No contexto das organizações criminosas vige a chamada *cultura da supressão da prova*, pois aqueles envolvidos com a macrocriminalidade se preocupam em impedir a obtenção de provas contra o grupo.

Nesse esteio, Eduardo Araujo da Silva (2003, p. 42), com base em Elvio Fassoni, destaca algumas das atitudes dos criminosos contemporâneos, *litteris*:

a arma disparada para matar alguém é destruída, para evitar comparações com outros episódios de fogo; o automóvel utilizado não é apenas roubado, mas incendiado, para não deixar vestígios; o assassino, proveniente de muito longe, é desconhecido no ambiente onde age; os suspeitos procuram álibis convincentes e agem por meio de terceiros; os telefonemas dos seqüestradores não duram mais tanto tempo para não permitir a identificação de sua origem; as fontes testemunhais, quando raramente existem, vêm intimidadas ou oprimidas; no interior do grupo criminoso as informações são rigorosamente restritas, para evitar os danos decorrentes de um possível dissociado no futuro.

Antônio Magalhães Gomes Filho (1994, p. 38) acrescenta que:

o crime organizado também inclui em suas atividades a cultura da supressão da prova, destruindo documentos, ameaçando ou eliminando fontes testemunhais, restringindo conversas telefônicas etc., pelo que é essencial que os órgãos de investigação disponham de meios mais eficazes de obtenção das provas, seja porque a busca dessa necessária eficácia muitas vezes colide com os valores maiores de proteção à pessoa proclamados pela Constituição.

Outrossim, como uma das principais características do crime organizado é o alto poder de intimidação, aqueles que ousam violar a *lei do silêncio* – imposta a todos os integrantes da organização – não são poupados, incluídos também os parentes e amigos². Porquanto facilmente se conclui pela dificuldade de obtenção da prova oral nas investigações criminais e processos penais, uma vez que, por um lado, impera o *segredo* como lei suprema; e, por outro, o *temor da vingança* contra eventuais delatores.

No intuito de superar algumas dessas dificuldades, utiliza-se a figura da

² As atrocidades incluem, por exemplo, assassinatos de famílias inteiras e mutilação de membros. Amostra da crueldade atrelada à quebra do silêncio é dada pela Máfia Italiana, que jamais perdoa o *homem de honra* que rompe a *omertà*, por meio da revelação de informações sobre a vida dos dirigentes e as atividades criminosas. O ex-mafioso Tommaso Buscetta, incluído no sistema de proteção norte-americano desde 1984, teve 36 membros de sua família mortos por ex-companheiros como expressão de vingança da Máfia.

colaboração processual do co-réu – ou *colaboração premiada* – como meio de obtenção da prova, ante a possibilidade de concessão de inúmeros benefícios de proteção e assistência ao colaborador e a seus familiares. Em suma, os argumentos favoráveis à adoção desse mecanismo são a necessidade de se angariarem provas que seguramente não seriam obtidas por outros modos de investigação, e a possibilidade de romper o caráter compacto das organizações, minando sua solidariedade interna.

Ainda, em razão da imposição da *omertà* e da utilização da violência e da ameaça em face de seus violadores, surgiram também os sistemas de proteção às vítimas e testemunhas. Frequentemente, vítimas e testemunhas não comparecem em juízo e, mesmo que compareçam, na grande maioria das vezes, não apresentam condições psicológicas para contribuir com a apuração criminal em questão. Dessa forma, uma alternativa encontrada foi lhes oferecer medidas especiais de segurança e proteção à integridade física – própria e de familiares –, bem como medidas de assistência para amparo social, justamente para que assim possam (e consigam) depor contra as organizações³.

Ante o panorama complexo delineado pela macrocriminalidade, despontaram novos métodos investigativos, tal como as *operações encobertas*, uma nova técnica de investigação, mediante a utilização de agentes infiltrados nas organizações criminosas, simulando a condição de “integrante” a fim de obter informações a respeito de seu funcionamento e de sua estrutura. Assim, a infiltração de agentes perpassou os procedimentos de espionagem e de contra-espionagem dos serviços secretos para ser implantada em sede processualista, erigindo-se como um eficiente instrumento para a apuração do crime organizado.

As dificuldades existentes no que toca à obtenção da prova também impulsionaram a admissão e a regulamentação, nos ordenamentos jurídicos modernos, das interceptações das comunicações telefônicas e ambientais e da quebra dos sigilos bancário e fiscal dos investigados. Ambos procedimentos, por importarem violação da intimidade do investigado, com possível ofensa à sua privacidade, demandam prévia autorização judicial para a sua execução.

Embora não sejam mecanismos exclusivos à apuração da macrocriminalidade,

³ Segundo a Recomendação nº 11 do VIII Congresso das Organizações Unidas, realizado em Havana, em 1991, os países-membros devem desenvolver programas de proteção de testemunhas contra a violência e a intimidação. Entre os procedimentos adotados cabe mencionar as medidas destinadas a ocultar a identidade das testemunhas e pessoas acusadas e de seus advogados, a proteção pessoal e residencial, as mudanças de domicílios e a ajuda financeira.

esses instrumentos têm se mostrado bastante úteis para a obtenção de provas, com destaque para a importante aplicação no rastreamento de complexas operações financeiras – não raro usadas pelas organizações criminosas nos processos de *lavagem* do dinheiro obtido ilicitamente.

Ademais, no direito brasileiro, foram previstas regras especiais para a colheita da prova, instituto denominado de *juiz inquisidor*, de constitucionalidade duvidosa⁴, haja vista que se prevê um procedimento secreto para o juiz obter a prova que implicar

⁴ O princípio do devido processo legal que informa o sistema acusatório imperativo no Brasil não se coaduna com essa posição investigativa e parcial do julgador. Na verdade, o que o legislador fez foi copiar a legislação italiana sem atentar para o fato de que lá o Ministério Público integra a Magistratura. No entanto, em sentido contrário, o STF, em 30 de abril de 1997, por maioria de votos do plenário, indeferiu a medida cautelar requerida na ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, dispondo que o juiz goza de poderes de instrução criminal e que a coleta de elementos de provas nesses moldes não antecipa a formação da convicção do juízo. Ou seja, apesar da imediata reação da doutrina em prol da inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.034/95, bem como de sua inaplicabilidade prática, o STF, até então, entende não existir ofensa ao devido processo legal, nem à imparcialidade do juiz, *litteris*:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.034, DE 03/05/95: ART. 3º E SEUS PARÁGRAFOS: DILIGÊNCIA REALIZADA PESSOALMENTE PELO JUIZ. PRELIMINARES: LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM"; PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AÇÃO CONHECIDA. FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA: USURPAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DEVIDO PROCESSO LEGAL: INEXISTÊNCIA DE OFENSA. IMPARCIALIDADE DO JUIZ: NÃO HÁ COMPROMETIMENTO. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE: OFENSA NÃO CARACTERIZADA. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. [...] 3. Mérito do pedido cautelar: a) a Lei nº 9.034/95 é lei especial, tendo em vista que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por grupos de organizações criminosas e constitui-se em medida de alta significação no combate ao crime organizado; b) não há dúvida que a Lei nº 9.034/95 subtraiu da Polícia a iniciativa do procedimento investigatório especial, cometendo-o diretamente ao juiz, pelo fato peculiar de destinar-se o expediente o acesso a dados, documentos e informações protegidos pelo sigilo constitucional, o que, mesmo antes do seu advento, já estava a depender de autorização judicial para não caracterizar prova ilícita; c) aceitável, em princípio, o entendimento de que se determinadas diligências, resguardadas pelo sigilo, podem ser efetuadas mediante prévia autorização judicial, inexistindo impedimento constitucional ou legal para que o próprio juiz as empreenda pessoalmente, com a dispensa do auxílio da polícia judiciária, encarregando-se o próprio magistrado do ato; d) o art. 3º da Lei nº 9.034/95 está inserido em um sistema que, tendo por corolário o dever do Estado, objetiva a prestação da segurança pública, a apuração das infrações penais e a punição dos infratores; e) as normas contidas no art. 144, § 1º, inciso IV, e § 4º não devem ser interpretadas como limitativas do dever da prestação jurisdicional, cuja extensão vai desde a apuração dos fatos até a decisão judicial, elástico esse compreendido no conceito de exercício da magistratura; f) competindo ao Judiciário a tutela dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da verdade material mediante o desempenho das tarefas de investigação criminal, até porque estas não constituem monopólio do exercício das atividades de polícia judiciária; g) a participação do juiz na fase pré-processual da persecução penal é a garantia do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sobretudo os voltados para a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa acerca de quem recaem as diligências, e para a inviolabilidade do sigilo protegido pelo primado constitucional; h) não há cogitar-se de violação das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, pois os §§ 3º e 5º do art. 3º da Lei nº 9.034/95 até asseguram o acesso das partes às provas objeto da diligência; i) a coleta de provas não implica valorá-las e não antecipa a formação de juízo condenatório; j) a diligência realizada pelo juiz, sob sigilo de justiça, não viola o princípio constitucional da publicidade previsto no inciso LX do art. 5º, que admite restringi-lo. 4. Medida cautelar indeferida (grifou-se) [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1517. Requerente Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) e Requeridos Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Maurício Corrêa. 30 de abril de 1997].

violação de sigilo resguardado constitucionalmente ou por lei⁵.

No que tange à produção da prova, a moderna tendência legislativa aponta para a regulamentação da participação à distância do acusado nas audiências judiciais. Essa medida leva em conta que o poder econômico das organizações criminosas, bem como os métodos violentos de que se valem, contribuem para o planejamento e a execução, cada vez mais corriqueiros, do resgate de presos. Em virtude disso, a medida tende a obstar a facilitação da fuga de presos quando dos seus constantes deslocamentos para acompanhar pessoalmente os atos judiciais.

Na órbita internacional, desponta a tendência para a disciplina da colheita de testemunhos à distância e anônimo – contudo, nesse particular, é de se questionar os prejuízos sobrevivendo à ampla defesa dos acusados.

Outrossim, a macrodelinquência, por sustentar características intimidadoras, abre espaço para que também no campo da liberdade individual seja imposta uma inclinação restritiva, visando assegurar a eficiência da colheita da prova. Nesse sentido, limita-se a liberdade de certas pessoas relacionadas ao grupo criminoso para que a apuração dos fatos possa ser exitosa. Ainda, a ampliação dos prazos das prisões cautelares e a previsão da incomunicabilidade dos investigados por algumas horas, quando do início das investigações, são tendências que exsurgem dessa temática.

Em relação ao campo patrimonial, no qual se destaca a necessidade de “legalização” dos lucros obtidos por meio de atividades ilícitas, constata-se que a elaboração de leis passa a traduzir a previsão da inversão do ônus da prova no tocante à origem lícita de bens, direitos e valores oriundos do crime organizado. Sem prejuízo de outros entendimentos, Ada Pellegrini Grinover⁶ sublinha que, pela primeira vez, o

⁵ Marcela de Jesus Boldori Fernandes (2004, p. 59) destaca, nesse aspecto que “[...] a investigação preliminar a cargo do Ministério Público é a que se apresenta como melhor alternativa no combate do crime organizado. Esse posicionamento pode ser justificado pelo fato de que o Ministério Público é uma função independente dos demais poderes do Estado, por isso menos influenciável pelas pressões do poder político, e também menos suscetível à corrupção, em razão de exigências pessoais e perfil exigidos pelo cargo”. Além disso, a instituição é a mais bem capacitada para lidar com as resistências à investigação imposta pelos advogados integrantes de organizações criminosas e também possui maior facilidade em realizar trabalho de coordenação com a Receita Federal, equipes de técnicos e peritos e agentes policiais especialmente selecionados e treinados para a repressão a essa espécie de crime, bem como em buscar cooperação internacional junto a Ministérios Públicos de outros Estados”. No mesmo sentido, Walberto Fernandes de Lima e Mendelsohn Erwin K. Cardona Pereira (1995, p. 186): “[...] ciente da inexistência de uma profícua investigação pré-processual acerca dessa criminalidade organizada, necessário se torna o aparelhamento jurídico do Ministério Público para o eficaz combate a essas organizações criminosas a permitir-se a conseqüente deflagração da ação penal”.

⁶ A doutrinadora enumera as seguintes legislações internacionais e nacionais que especificamente são aplicadas no combate ao crime organizado: (a) Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (19.12.98), ratificada pelo Brasil e integrada sob a forma de lei ordinária ao ordenamento interno desde 1991; (b) Convenção sobre os direitos da criança (Resolução L 44, XLIV, da

legislador introduziu no sistema brasileiro a *inversão do ônus da prova* não para a apreensão, mas para a “liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados”, restando ao acusado a prova da licitude de sua origem, com notável alteração do paradigma até então existente, da atividade probatória da defesa. Nesse rumo, ao disciplinar acerca do crime de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores provenientes direta ou indiretamente de diversos crimes, o legislador nacional consignou que o juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados tão-somente quando comprovada a origem lícita pelo investigado (Cfe. GRINOVER, 1997, p. 72-75).

A Constituição Federal de 1988, seguindo essa propensão jurídico-criminal na esfera processual, possibilitou a instituição de tratamentos distintos conforme a gravidade de certas formas de crime. Nesse passo, foram editadas algumas leis, tais como: a Lei n. 9.034/95, que disciplina o tratamento específico do crime organizado, dispondo acerca da ação controlada por policiais, do acesso a informações bancárias, financeiras e fiscais, do procedimento específico, etc.; a Lei n. 9.296/96, que tratou da violabilidade das comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática; e a Lei n. 9.613/98, que cuidou dos crimes de “lavagem” de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores.

Outrossim, a Lei n. 9.807/99 tratou das normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas e, também, aos réus colaboradores – normas que, em relação à criminalidade organizada, ganham um *status* relevante. A Lei n. 10.217/2001, por sua vez, veio a complementar a supra citada Lei n. 9.034/95, regulamentando a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos e a infiltração de agentes de polícia ou de inteligência. Ainda, a Lei complementar n. 105/2001 disciplinou o sigilo das operações de instituições financeiras – revogando o art. 38 da Lei n. 4.595/64 – e previu a possibilidade de quebra do sigilo por meio de decreto para a apuração de qualquer ilícito, sobretudo aqueles relacionados ao crime organizado.

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal corrobora a contemporânea tendência restritiva na busca da eficiência penal, *in verbis*:

Organização das Nações Unidas, de 28.11.89), ratificada pelo Brasil aos 24.09.90; (c) Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90); (d) Lei n. 9.034/95; (e) alteração da lei sobre crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 9.080/95), que acrescentou um dispositivo à Lei n. 7.492/86; (f) Lei que disciplina as interceptações telefônicas (Lei n. 9.296/96); (g) Lei sobre tortura (Lei n. 9.455/97); dentre outras (Cfe. GRINOVER, 1997, p. 72-75).

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...]. OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. A QUEBRA DO SIGILO CONSTITUI PODER INERENTE À COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO - O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) - ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política - não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV) - As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal [...] (grifou-se)⁷.

Portanto, de toda essa exposição, percebe-se que a criminalidade organizada, na esfera processual penal, enseja uma tendência de restrição a certos direitos fundamentais dos investigados, vislumbrando, por extensão, uma maior eficiência penal. A justificativa remete ao fato de que a macrocriminalidade demanda mecanismos diferenciados daqueles empregados à repressão da criminalidade tradicional, incluída, assim, a possível restrição a direitos constitucionais dos envolvidos. Ademais, se

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23452. Impetrante Luiz Carlos Barretti Junior e Impetrado Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator Ministro Celso de Mello. 16 de setembro de 1999.

iniciativas específicas não forem invocadas no combate ao crime organizado, existirão grandes chances de que, futuramente, serão imprescindíveis medidas muito mais radicais e prejudiciais aos direitos e às liberdades públicas, bem como às instituições constitucionais.

Silva (2003, p. 48) expõe que

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

Contudo, essa tendência restritiva na busca da eficiência penal tem suscitado críticas de parte da doutrina, que sugere um eventual retrocesso na recente história de consolidação dos direitos fundamentais caso haja o recurso a essas medidas excepcionais.

Nessa direção, Sergio Moccia entende que as garantias individuais estariam em risco, não sendo possível que numa estrutura ordenamental de democracia avançada se adotem, ainda que com a finalidade de remediar gravíssimas perturbações do complexo socioestatal, remédios normativos e práticas jurisprudenciais que acabem por fazer a estrutura estatal deslizar para as mais diversas formas de arbítrio (Cfe. MOCCIA, 1999, p. 58).

No mesmo sentido, Mario Chiavario destaca que o Estado não deve sacrificar a defesa dos direitos humanos em nome da maior eficiência no combate à criminalidade organizada e violenta, pois tal postura assumiria contornos autoritários e, até mesmo, ditatoriais (Cfe. CHIAVARIO, 1994, p. 34).

Não se pode olvidar, entretanto, que a hipótese cuida da compatibilização de garantias processuais com o novo paradigma criminal delineado pelas peculiaridades do crime organizado. Em outros termos, não se trata da supressão de garantias processuais conquistadas a duras penas nos séculos passados, tampouco se propugna a instauração de um período de abusos em relação aos direitos e liberdades públicas, lesando as garantias próprias de um Estado Democrático de Direito.

Na realidade, o direito processual penal demanda uma nova abordagem, haja vista que, ainda hoje, é eminentemente informado por princípios fixados no século XIX,

época em que a única séria ameaça à intangibilidade do indivíduo era configurada pela atuação do Estado.

Essa visão apenas garantidora não sublinha a natureza instrumental do processo. Para Góes e Nascimento (1996, p. 158), nesse campo,

É evidente que qualquer inovação deverá estar pautada nos direitos fundamentais, a fim de que se possa harmonizar a tensão estabelecida entre as exigências coletivas de repressão e os limites emanados da necessária tutela da intimidade. Note-se, porém, que a direção atual da criminalidade organizada impõe também uma releitura das liberdades públicas.

Assim sendo, as características da criminalidade organizada não autorizam, em hipótese alguma, a supressão da cultura da legalidade e da garantia, pois, em verdade, buscam-se encontrar formas eficazes para a sua apuração, sob os auspícios da ética da responsabilidade.

Os aludidos autores (1996, p. 158) destacam oportunamente que

o reconhecimento da existência real desta ameaça invisível e disseminada obriga à reformulação dos parâmetros dos direitos fundamentais, à medida que um deles, o direito à vida, precisamente aquele que torna o homem igualmente sujeito do direito à segurança, vem sendo reiteradamente vilipendiado pela ascensão da criminalidade [*organizada*].

Logo, a corrente restritiva se fundamenta no fato de que o bem-estar da comunidade e a prevenção da repressão criminal, tal como os direitos fundamentais, estão consolidados na ordem constitucional e não podem ser preteridos por um viés estritamente individualista. Os direitos fundamentais, por conseguinte, não são absolutos nem ilimitados, de modo que devem ser interpretados à luz da responsabilidade e relidos a partir do prisma dos valores comunitários. Portanto, é constitucionalmente permitido ao legislador restringir certos direitos de indivíduos integrantes de organizações criminosas, posto que estão em risco os direitos fundamentais da sociedade.

Nessa relação entre direitos individuais e bens jurídicos comunitários, merece ser invocada a *cláusula da comunidade*, pela qual os direitos individuais estão sempre contidos em prol da preservação dos bens jurídicos impreteríveis à existência da comunidade. A baliza para a limitação dos direitos fundamentais, no entanto, requer a ponderação dos valores constitucionais diante do caso *in concreto*, posto serem inadmissíveis, no atual estágio de evolução da sociedade e do ordenamento jurídico nacional, cláusulas gerais permissivas para o Estado agir em prejuízo dos cidadãos.

Essa orientação doutrinária é defendida por autores como J. C. Vieira de Andrade, Suzana de Toledo Barros, Román Julio Frondizi e Maria Gabriela Silvina

Daudet. Para eles, a relevância constitucional das garantias e a eficiência do processo penal devem ser interpretadas conjuntamente, pois a vigência prática das garantias constitucionais está na dependência do adequado funcionamento da jurisdição penal. Na medida do possível, por meio da persecução penal, consagra-se a função estatal de absolver inocentes e de condenar os culpados, sem menoscabar o princípio da legalidade e seus demais consectários.

Fernandes (2004, p. 59-60) complementa a argumentação:

[...] com um sistema de investigação pré-processual eficiente aumenta-se o grau de certeza da aplicação da lei penal, fazendo-se, assim, com que o ordenamento jurídico penal cumpra com sua função preventiva, diminuindo a crença na impunidade e reduzindo os números da criminalidade não-apurada.

Contudo, o Estado não deve se limitar a combater o crime organizado de forma mais eficiente apenas lançando mão das mudanças do corpo legislativo, isto é, aprimorando apenas o procedimento probatório, ou mesmo, definindo novos tipos penais. A transformação almejada compreende também a reestruturação dos órgãos estatais de investigação, principalmente daqueles responsáveis pela persecução penal – dentre eles, o Ministério Público.

Em verdade, um sistema penal só encontrará justificativa legítima quando a soma das violências que ele puder prevenir for superior ao das violências constituídas pelas penas que cominar. E, seguindo essa lógica, os direitos fundamentais do cidadão devem ser afastados da livre disposição do Estado – que, além de respeitá-los, deve garanti-los. Não existe a mínima possibilidade de restrição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais – a dignidade humana – ou de sacrifício deste a fim de beneficiar o aumento do bem-estar social ou econômico de um indivíduo, ou de um grupo de indivíduos.

Uma lei restritiva jamais poderá, portanto, ultrapassar o limite que lhe é imposto pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é intrínseco ao *núcleo essencial* dos direitos, liberdades e garantias, que constitui o pilar sobre o qual se assenta todo o sistema constitucional de direitos fundamentais.

Em outros termos, esse binômio direitos fundamentais/poderes estatais requer equilíbrio, de modo que os primeiros não sejam alvejados e que a atividade estatal de repressão à criminalidade, por outro lado, não seja preterida.

Sérgio Moccia (1999, p. 58-91) explicita o tema de forma contundente:

violar os direitos fundamentais, além dos limites a eles intrínsecos equivale a atentar, por um outro caminho, contra a própria convivência civil que, num estado social de direito, funda-se justamente no respeito aos princípios que presidem as garantias dos direitos fundamentais.

De fato, qualquer garantia fundamental só pode ser restringida até os limites de seu *conteúdo essencial*, que é característico e abstratamente determinável, visando-se preservar o epicentro impreterível de cada direito fundamental: o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ARBEX Jr., José; TOGNOLLI Claudio Julio. O século do crime. São Paulo: Boitempo, 1998.
- ARLACCHI, Pino. La mafia imprenditrice: l'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo. Bologna: Il Mulino, 1983.
- AVOLIO, Luiz Torquato. Provas ilícitas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 118-127, jul./set., 1995.
- _____. Manual de direito penal: parte geral, v.1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BORGES, Paulo César Corrêa. O crime organizado. São Paulo: UNESP, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.034, de 03/05/95. Art. 3º e seus parágrafos. Diligência realizada pessoalmente pelo juiz. Preliminares: legitimidade ativa “ad causam”; pertinência temática. Ação conhecida. Função de polícia judiciária. Usurpação não configurada. Devido processo legal. Inexistência de ofensa. Imparcialidade do juiz. Não há comprometimento. Princípio da publicidade: ofensa não caracterizada. Medida cautelar indeferida. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1517. Requerente Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) e Requeridos Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Maurício Corrêa. 30 de abril de 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comissão parlamentar de inquérito. Poderes de investigação (CF art. 58, §3º). Limitações constitucionais. Legitimidade do controle jurisdicional. Possibilidade de a CPI ordenar, por autoridade própria, a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico. Necessidade de fundamentação do ato deliberativo. Deliberação da CPI que, sem fundamentação, ordenou medidas de restrição a direitos. Mandado de segurança deferido. Medida cautelar indeferida. Mandado de Segurança n. 23452. Impetrante Luiz Carlos Barretti Junior e Impetrado Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator Ministro Celso de Mello. 16 de setembro de 1999.
- BRAZ, Graziela Palhares Torreão. Crime organizado x direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS: banco de dados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 16 mar. 2007.
- CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CONSELHO DE CONTROLE DAS ATIVIDADES FINANCEIRAS (Org.) Lavagem de dinheiro: um problema mundial. Brasília: UNDCP, 1999.
- CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 5, p. 25-36, jan./mar., 1994.
- FALCONE, Giovanni; PADOVANI, Marcelle. Cosa Nostra: o juiz e os “homens de honra”. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1993.
- FERNANDES, Marcela de Jesus Boldori. A legitimidade investigativa do Ministério Público e a importância de sua investigação no combate do crime organizado. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano III, n. 11, p. 43-63, abr./jun., 2004.

- GARCÍA, María Dolores Delgado. El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada. In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (Org.). La criminalidad organizada ante la justicia. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996.
- GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. Principios de criminología. Valência: Tirant to Blanch, 1999.
- GIACOMOLLI, Nereu José. A garantia do devido processo legal e a criminalidade organizada. Revista Brasileira de Estudos Criminais, São Paulo, ano 4, n. 14, p. 113-121, 2004.
- GOÉS, Silvana Batini César; NASCIMENTO, Rogério Soares do. A investigação do crime organizado no cenário da comunicação em redes informatizadas. Revista da Procuradoria-Geral da República, São Paulo, n. 8, p. 153-168, jan./jun., 1996.
- GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de derecho penal y criminología. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Crime organizado: o que se entende por isso depois da lei 10.217, de 11.04.2001? (apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da lei 9.034/95). Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 795, p. 489-598, jan., 2002.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O crime organizado e as garantias processuais. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.2, n. 21, p. 38-50, set., 1994.
- _____. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- INSTITUTO BRASILEIRO GIOVANNI FALCONE: banco de dados. Disponível em: <<http://www.ibgf.org.br/pcorg/index.html>>. Acesso em: 15 mar. 2007.
- INTERPOL: banco de dados. Disponível em: <<http://www.interpol.com/Public/Drugs/cannabis/default.asp>>. Acesso em: 15 mar. 2007.
- GONÇALVES, Fernando et al. Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador; os princípios do processo penal. Coimbra: Almedina, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, p. 70-80, out./dez., 1997.
- HASSEMER, Winfried. Três temas de direito penal. Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, p. 85-90, 1993.
- LIMA, Walberto Fernandes de; PEREIRA, Mendelsohn Erwin K. Cardona. O Ministério Público, o crime organizado e a nova ordem processual penal. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 5, p. 179-188, jan./jun., 1995.
- MACIEL, Adhemar. Observações sobre a lei de repressão ao crime organizado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 12, p. 97-120, 1995.
- MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. O estado desorganizado contra o crime organizado: anotações à lei federal nº 9.034/95 (organizações criminosas). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.
- MAYOR M., Pedro Juan. Concepción criminológica de la criminalidad organizada contemporánea. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 7, n. 25, p. 216-225, jan./mar., 1999.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MINGARDI, Guaracy. O estado e o crime organizado. São Paulo: IBCCrim, 1998.

- MITTERMAYER, C. J. A. Tratado da prova em matéria criminal. 3. ed. Campinas: Bookseller, 1996.
- MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa de direitos fundamentais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, p. 58-72, jan./mar. 1999.
- OBREGON, Sônia Regina de Grande Petrillo. Conceito de crime organizado e/ou organização criminosa: uma pequena tentativa. Revista Jurídica/Faculdade de Direito da Alta Paulista, Tupã, n. 6, p. 89-100, 2002.
- PUCCIO, Luis Lamas. Manifestaciones del crimen organizado. Derecho penal y criminología, Buenos Aires, v. XI, n. 39, p. 159-175, set./dez., 1989.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Crime organizado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 214-224, jan./mar., 2003.
- SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex, 1990.
- SILVA, Eduardo Araujo da. Crime organizado: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.
- SILVA, Juary C. A macrocriminalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- STERLING, Claire. A máfia globalizada: a nova ordem mundial do crime organizado. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- SZNICK, Valdir. Crime organizado: comentários. São Paulo: Leud, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. Crime organizado: uma categorização frustrada. Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, p. 45-67, 1996.
- ZIEGLER, Jean. Os senhores do crime: as novas máfias contra a democracia. Rio de Janeiro: Record, 2003.