

JOSÉ EDUARDO DE SOUZA PIMENTEL

**PROCESSO PENAL GARANTISTA E REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO**

A legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade

MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
SÃO PAULO – 2006

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JOSÉ EDUARDO DE SOUZA PIMENTEL

**PROCESSO PENAL GARANTISTA E REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO**

A legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

PUC/SP  
São Paulo – 2006

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

## RESUMO

O processo penal cumpre duas funções igualmente relevantes no Estado Democrático de Direito. Uma garante a dignidade do acusado, estabelecendo que, para o exercício do *jus puniendi*, a intervenção estatal se realize com respeito aos direitos individuais. A outra tem em vista a satisfação do interesse social de que o processo penal sirva à correta aplicação da lei e cumpra a sua missão de pacificar a comunidade. A detecção entre nós do crime organizado e o recrudescimento da criminalidade violenta têm contribuído para proficiente produção legislativa no campo do processo penal brasileiro, nele se inserindo novos meios operacionais de investigação e prova, na busca de maior efetividade. Tais instrumentos são bastante incisivos e desafiam direitos individuais e princípios processuais. Nesses novos panoramas social e normativo, analisamos a legitimidade constitucional desses mecanismos à luz do princípio da proporcionalidade. Sugere-se, ao final, a reaproximação possível ao escopo garantista do processo penal pela reafirmação do modelo acusatório e redefinição dos papéis do juiz criminal e do Ministério Público, com ênfase na fase de investigação.

## ABSTRACT

Criminal procedure has two functions, which are equally relevant in the Democratic State under the Rule of Law. The first one, is to ensure the dignity of those accused determining that, to exercise its right to punish [*jus puniendi*], the State must conduct its actions based on the full respect for the rights of the individual. The second one, is to meet the social interest that the purpose of criminal procedure be the full and accurate enforcement of the law in order to accomplish the mission of securing peace and order in society. The identification of organized crime and rising violent crime rates among us have contributed for the creation of specific laws in the field of Brazilian criminal procedure, thus adding new operational means of investigation and proof in order to improve effectiveness. Such criminal instruments are highly incisive and endanger the rights of the individual and the procedural principles. In view of this new social and regulatory scenario, the constitutional legitimacy of these mechanisms is analyzed in the light of the principle of reasonability. It is finally suggested that the protective purpose of criminal procedure be sought, as closely as possible, by reasserting the accusation pattern and redefining the roles of the criminal judge and the *Ministério Público* [the “Public Prosecutor’s Office”], with emphasis on the investigation.

A Zaira, pelo carinho e incentivo.

A Natália, com todo o meu amor.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva a oportunidade que me concedeu de ser seu aluno e orientando.

Agradeço ao prezado amigo e colega de profissão Doutor Ivan Carneiro Castanheiro o incentivo à realização desse estudo.

Agradeço a meu irmão Hélio Ricardo de Souza Pimentel e aos meus diletos amigos Doutor Paulo Pereira da Costa e Doutor Rogério Ramos Batista a zelosa revisão do texto e as inestimáveis sugestões.

## SUMÁRIO

1. Introdução .....	10
2. Finalidades do processo penal no Estado Democrático de Direito .....	13
2.1. Estado Democrático de Direito .....	13
2.2. O processo penal como limitação do poder estatal .....	17
2.3. O processo penal como instrumento de realização do poder punitivo.....	19
2.4. Efetividade do processo.....	23
3. O 'devido processo legal' .....	27
3.1. Conteúdo da cláusula .....	27
3.2. Princípios constitucionais do processo penal .....	30
3.2.1. Princípios do contraditório e ampla defesa .....	31
3.2.2. Princípio acusatório, do juiz natural e do promotor natural .....	33
3.2.3. Princípio da publicidade .....	37
3.2.4. Princípio da presunção de inocência e do 'in dubio pro reo' .....	38
3.2.5. Princípio da verdade no processo penal .....	39
3.2.6. Princípio da obrigatoriedade .....	40
3.2.7. Princípio do privilégio contra a auto-incriminação .....	45
3.3. Princípios gerais do processo penal .....	45
3.3.1. Princípio da igualdade.....	45
3.3.2. Princípio da motivação das decisões judiciais .....	46
3.3.3. Princípio do duplo grau de jurisdição .....	46
4. Proporcionalidade e controle da constitucionalidade .....	48
4.1. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional contemporâneo .....	48
4.2. Princípio da proporcionalidade no processo penal .....	57
4.3. Princípio da proporcionalidade e validação da prova ilícita .....	63
5. Macrocriminalidade e crime organizado.....	69
5.1. A experiência italiana de repressão ao crime organizado.....	75
6. O microsistema de repressão ao crime organizado .....	80
6.1. Conceito de crime organizado .....	80
6.2. O conceito de crime organizado e a realidade brasileira .....	86
6.3. Meios operacionais.....	93
6.3.1. Sigilo da investigação.....	94
6.3.2. Infiltração de agentes .....	102
6.3.3. Ação controlada .....	107

6.3.4. Acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais .....	109
6.3.5. Captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e o seu registro e análise .....	113
6.3.6. Interceptação telefônica .....	114
6.3.7. Delação premiada .....	116
6.3.8. Regime disciplinar diferenciado .....	122
6.3.9. Proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores.....	124
6.3.10. Testemunhas sem rosto.....	125
6.3.11. Apreensão e seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado .....	127
6.3.12. Prisão temporária.....	129
6.4. Quadro sinóptico da utilização dos meios operacionais .....	130
7. Legitimidade constitucional dos meios operacionais.....	134
8. O Ministério Público e a repressão ao crime organizado: reaproximação ao processo garantista.....	146
8.1. A nova feição do Ministério Público brasileiro.....	148
8.2. O Ministério Público e o controle do crime.....	152
8.3. Os novos papéis do Ministério Público e do juiz na fase pré-processual .....	157
8.4. Controle externo da Polícia: uma acepção .....	168
8.5. Investigação direta pelo Ministério Público.....	173
8.6. Designação de promotores para atuação em processos relacionados ao crime organizado.....	175
9. Conclusão .....	179
Bibliografia.....	183

## 1. INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, o processo penal cumpre dupla finalidade. De um lado, conformado pela Constituição, estabelece os limites das intervenções estatais, servindo de anteparo ao acusado, enquanto sujeito de direitos expressamente discriminados ou derivados da enaltecida dignidade da pessoa humana. De outro, é o instrumento da realização do poder punitivo, pela aplicação do direito penal.

A complexidade das relações sociais exige, no entanto, que o processo penal atenda a essas finalidades, que muitas vezes apontam para direções opostas, da melhor forma possível. Reclama-se um processo penal garantista que, concomitantemente, propicie a responsabilização dos culpados, especialmente quando da prática dos crimes de maior reprovabilidade.

No atual momento histórico, proliferam-se as quadrilhas urbanas, algumas especializadas em roubos a bancos, umas dedicadas às extorsões mediante seqüestros, outras recolhendo o lucro ilícito do “resgate de presos”. A prisão, aliás, já não faz cessar a atividade criminosa. Nela os presos se organizam em facções, concebem e comandam novos delitos e concretizam ousadas ações criminosas, orientando seus “soldados” dispersos na comunidade por interpostas pessoas ou pelos seus telefones celulares.

Um outro fenômeno, este de abrangência mundial, já vem sendo detectado entre nós e, à primeira vista, parece intangível pelo Estado. Constitui-se dos delitos como o tráfico ilícito de entorpecentes, de órgãos e de armas, o jogo, o contrabando, a lavagem de dinheiro, etc. praticados por associações de criminosos, algumas transnacionais, promíscuas com autoridades constituídas ou escudadas em seus escritórios e empresas “de fachada”.

Neste panorama de aumento quantitativo da criminalidade tradicional, com exacerbação da violência e da manifestação das associações criminosas, é que se estudam na presente dissertação as garantias processuais, à luz da Constituição Federal (CF), e a efetividade que se pode esperar do processo penal.

O princípio da proporcionalidade é apresentado como instrumento de aferição da constitucionalidade dos novos meios operacionais concebidos para fazer frente à nova expressão da criminalidade e para a qual os antigos métodos de investigação se mostram inoperantes.

Destacam-se o sigilo da investigação, a infiltração de agentes, a ação controlada, o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, a captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e o seu registro e análise, a interceptação telefônica, a delação premiada, o regime disciplinar diferenciado, a proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores, as testemunhas sem rosto, a apreensão e seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado e a prisão temporária, estudando-os em face dos direitos constitucionais e garantias processuais sobre os quais tais institutos incidem.

Desse esforço, aferimos a legitimidade do emprego desses mecanismos no Estado Democrático de Direito e a medida de sua incidência para que não deformem o processo penal garantista.

Em seguida, volta-se a atenção ao Ministério Público, sua feição constitucional e o papel que dele se espera no novo processo penal. Na acepção adotada, o *dominus litis* dirige a investigação criminal, para que o juiz possa decidir sobre medidas restritivas de direitos, já nesta fase, com maior isenção e imparcialidade. Desse modo, o promotor de justiça, ao cogitar de um meio operacional de investigação mais gravoso, faz o primeiro juízo sobre a necessidade de sua utilização e pode prescindir de seu emprego se dispuser de outros elementos de prova. O juiz, a seu turno, não se contamina com a investigação criminal, pois foi aliviado da responsabilidade pelo resultado do processo e se apresenta perante o imputado como verdadeiro juiz de garantias. Nessa qualidade poderá melhor decidir sobre a pertinência das medidas requeridas. Divisa-se, assim, a reaproximação possível do processo penal de efetividade ao escopo garantista que, outrora, delineara a sua conformação.

No desenvolvimento do texto, as expressões organização criminosa e associação criminosa são empregadas indistintamente como sinônimos. Isso

porque, sem dizer o que uma e outra significam, nosso legislador as equiparou à quadrilha ou bando, quando previu o emprego de determinados meios operacionais de investigação e prova (art. 1º da Lei n. 9.034/95). Essa imprecisão terminológica, entretanto, estará superada pela detecção dos elementos essenciais do crime organizado – também carente de conceito legal – ao se isolar o discrime que autoriza constitucionalmente o enfrentamento diferenciado.

## 2. FINALIDADES DO PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 2.1. Estado Democrático de Direito

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, de acordo com o disposto no art. 1º da Constituição Federal.

Para compreender o que esse enunciado representa, é preciso que façamos, como propõe Elías Díaz<sup>1</sup>, uma digressão à época da Revolução Francesa, marco da transformação da sociedade estamental em classista. O absolutismo foi superado pela burguesia e esta, sagrando-se vitoriosa na revolução, incumbiu-se de estabelecer a nova configuração da sociedade. No plano jurídico, foram fixados limites de atuação dos governantes. No plano político, o Estado não deveria intervir na atividade econômica. Estabeleceu-se o modelo conhecido como Estado liberal.

O Estado liberal foi erigido sobre um regime jurídico cujos princípios podem ser extraídos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Destacam-se o respeito aos direitos individuais, que devem ser expressamente discriminados nas constituições, e a separação dos poderes do Estado. O artigo 16 da Declaração, aliás, estabelece que sem esses requisitos sequer há que se falar em Constituição. Ao lado dessas diretrizes encontra-se a regra da primazia da lei (artigos 3º e 6º), expressão da vontade geral. É a lei que deve reger as relações entre os homens e o Estado. A ela também se submete o governante. Essas características serão, mais tarde, reconhecidas pela doutrina como os requisitos mínimos para que se tenha um Estado de direito<sup>2</sup>.

O Estado de Direito constitui para Elías Díaz uma conquista histórica da civilização e também um caminho sem volta dessa peculiar forma de compreender a relação dos indivíduos com o poder.

---

<sup>1</sup> DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus Humanidades, 1992.

<sup>2</sup> Jorge Miranda prefere contrapor ao Estado absoluto o Estado constitucional. Reconhece, porém, a equivalência desta última expressão ao termo Estado de direito. De acordo com o autor, “a expressão ‘Estado constitucional’ parece ser de origem francesa, a expressão ‘governo representativo’ de origem anglo-saxônica e a expressão ‘Estado de direito’ de origem alemã”. E acrescenta que “a variedade de qualificativos inculca, de per si, a diversidade de contribuições, bem como de acentos tónicos” (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo I. 4ª. ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 82).

Vieram, entretanto, tempos difíceis, marcados por conflitos sociais potencializados pela má distribuição de riquezas e pelo pouco respeito aos direitos dos não-proprietários. E o regime jurídico do Estado liberal mostrou-se insuficiente diante da crise.

Surgiu, assim, produto de revisão do Estado liberal, até então abstencionista e individualista, como interessava à burguesia, o denominado Estado social de direito, disposto a afirmar os chamados direitos sociais. O novo modelo tinha a pretensão de dar efetividade àquilo que se compreendia por justiça social.

O Estado social de direito apresentava um *plus* em relação à concepção anterior. O respeito formal à lei já não bastava. Era preciso o Estado intervir nas relações sociais de forma a realizar o rol de direitos divisados como inerentes à condição humana e àquele estágio do pensamento jurídico. O modelo que detém essa vocação intervencionista é centralizador e dotado de um poder executivo forte, mas se revela contido no perímetro traçado pela concepção anterior, erigido sobre os princípios do império da lei, separação dos poderes, legalidade administrativa e da garantia dos direitos e liberdades fundamentais. É o Estado material de direito. Daí porque Estados totalitários, isto é, de executivo absolutamente incontrolado, não se enquadram nessa categoria<sup>3</sup>.

Não tardou e o Estado social de direito mostrou-se igualmente deficitário. No plano fático, assentia com a promiscuidade entre os detentores do poder econômico e os governantes. Essa característica fomentava decisões viciadas e de nenhuma legitimidade.

O Estado Democrático de Direito surge, afinal, no estágio seguinte dessa linha evolutiva, como o produto da correção de rumos e da supressão dos pontos frágeis das fórmulas precedentes.

A complexidade da sociedade exige cada vez mais a intervenção do Estado e o novo modelo está, tal como o seu antecessor, determinado a interferir

---

<sup>3</sup> Para Elías Díaz, “el Estado social de Derecho se considera aquí, por tanto, como una auténtica conquista histórica, como un paso adelante de carácter positivo, y ello tanto con respecto a los Estados liberales (de los cuales directamente procede) como sobre todo con respecto a los Estados totalitarios negadores de todo Estado de Derecho” (DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus Humanidades, 1992, p. 91).

efetivamente nas relações sociais. A novidade é que a democracia real – que se deve compreender como um desiderato, um valor a ser perseguido – confere legitimidade à atuação estatal<sup>4</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, diante do artigo 2º da Constituição da República Portuguesa<sup>5</sup>, afirmam que “Estado de direito democrático” constitui-se em conceito-chave<sup>6</sup> da Lei Maior, produto da conjugação do Estado de direito e do Estado democrático<sup>7</sup>. Postulam que a expressão “Estado de direito”, cunhada pela doutrina alemã, ao ser associada com a expressão “Estado democrático” indica o propósito de afastar o caráter puramente formal que aquele pudesse ter e reclama do Estado prestações positivas. No campo dos direitos fundamentais, por exemplo, não basta que os respeite; deve garantir a efetivação desses direitos. Ressalvam, no entanto, que, em princípio, a regra do Estado de direito democrático “não produz normas de per si, ou seja, normas que não encontrem tradução em outras disposições constitucionais”<sup>8</sup>, mas nela enxergam um princípio integrador dos demais preceitos contidos na Constituição, que, pela sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garante aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança.

O Estado Democrático de Direito representa, portanto, uma fórmula institucional, algo a se concretizar na práxis jurídica. Quando a Constituição afirma

---

<sup>4</sup> Celso Bastos também se convenceu de que o conceito de Estado de direito remonta ao final do Século XVIII e início do século XIX, como produto dos movimentos revolucionários burgueses e percorre a história para sustentar que, em certo momento, o formalismo do Estado já não resistia às críticas. Submetido a um processo de democratização, o Estado tornou-se mais dinâmico e vocacionado a certas finalidades, principalmente sociais (BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 64).

<sup>5</sup> Constituição da República Portuguesa – artigo 2º: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas e no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objectivo a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”.

<sup>6</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 60 e ss.

<sup>7</sup> José Afonso da Silva afirma, a seu turno, que “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de direito”. Estado Democrático de Direito é um conceito novo, “que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 108).

<sup>8</sup> **Id., Ibid.**, p. 63.

que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito quer dizer que acolhe os ditames do precursor Estado de direito, exige que as intervenções do Estado fomentem a justiça social, e mais, que tudo se faça sob a orientação dos mais autênticos valores democráticos<sup>9</sup>.

Por certo, a assertiva do artigo 1º da Constituição Federal – “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito ...” – serve de alerta ao intérprete de que os preceitos que seguirão estão orientados à concretização dos mais elevados princípios éticos da sociedade ocidental, que seguem, muitos deles, explicitados no texto da Lei Maior.

A constante aferição de tais proposições traz luz à interpretação de dispositivos constitucionais. A hermenêutica os mostra alinhados com as finalidades de um Estado comprometido com o destino de sua gente e forjado sob a inspiração dos mais caros e autênticos valores sociais. Disso decorre a refutação das ações de governo e até mesmo de textos legais que não concorram para o alcance das finalidades do Estado.

Há um campo da atuação estatal, que é o processo penal, extremamente sensível, porque põe em conflito o legítimo e necessário interesse social da realização da pretensão punitiva estatal e a liberdade do indivíduo.

Como o Estado regulará a intensidade de sua intervenção e em que medida essa atuação incidirá sobre os direitos individuais dos imputados é algo que revela o grau de comprometimento de uma dada sociedade com os ditames do Estado Democrático de Direito<sup>10</sup>, ainda que se o compreenda como um ideal a ser perseguido.

---

<sup>9</sup> O sufrágio universal põe na ordem do dia as reivindicações das massas, que, em regra, não coincidem com os reclamos da elite econômica. Nesse contexto, “passa-se, assim, das liberdades em sentido estrito, meramente negativas [as abstenções do Estado a que nos referimos] (...) às liberdades em sentido mais amplo, correspondendo a prestações positivas por parte do Estado, obrigado não apenas a respeitar a esfera da autodeterminação do indivíduo, como também a um *dare, facere, prestare*” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2ª. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 9).

<sup>10</sup> Antonio Scarance Fernandes, apoiado em Jorge de Figueiredo Dias, anota que o processo penal é o reflexo de uma dada concepção de Estado. Assim, no Estado autoritário, o processo penal tem seu feitiço ditado pelo interesse do Estado. Não concede ao interesse das pessoas qualquer consideração

## **2.2. O processo penal como limitação do poder estatal**

O Estado Democrático de Direito é, como visto, um conceito em plena evolução, produto da incessante indagação que se deve fazer sobre os fins do Estado e de sua relação com o indivíduo.

Nos lindes de um Estado que se tornou intervencionista para atender aos legítimos reclamos da sociedade, entende-se que sobre ele recaiam cada vez mais cobranças de toda ordem, às vezes até contraditórias, pela manifestação dos diversos segmentos que compõem o tecido social (e tudo isso ao sabor das crises e na medida em que elas se apresentam).

As intervenções do Estado fundadas na realização do bem comum são necessárias, mas podem, como se intui, tolher em demasia a liberdade da pessoa e atentar contra direitos individuais de histórica relevância se não houver algum mecanismo de controle que incida sobre o sistema.

Não há fórmula constitucional que, à simples leitura, permita ao intérprete delinear perfeitamente o limite de ação do Estado na relação de conflito intenso.

Há na Constituição Federal, contudo, uma claríssima restrição à atuação estatal. Constata-se que direitos e garantias são explicitados em função da dignidade da pessoa humana, valor que a Lei Maior destaca como o fundamento da existência da própria República.

Se assim é, serão legítimas as intervenções estatais que respeitem direitos e garantias individuais. As intervenções necessárias que atinjam direitos e garantias individuais somente poderão ser exercidas nos limites traçados pela Constituição e se justificarão quando tiverem por escopo a realização de outros direitos e garantias também de assento constitucional. Note-se, porém, que, em qualquer caso, não se

---

autônoma. A discricionariedade do julgador é sempre exercida em favor do poder oficial. O imputado não participa efetivamente do processo; é mero objeto de inquirição. No Estado liberal, reconhecem-se direitos naturais originários e inalienáveis do imputado. O processo penal representa a oposição de interesses do Estado (que pretende punir) e do argüido (que quer afastar a pretensão punitiva). A lide pressupõe paridade de armas tanto quanto isso seja possível. Finalmente, no Estado de direito social, o processo põe em destaque a relação comunidade-pessoa individual. É em nome do interesse comunitário que se investiga, se persegue e pune o criminoso (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 15-16).

justificará intervenção que resvale na dignidade da pessoa humana, o alicerce central sobre o qual se erigiu o Estado como hoje o conhecemos.

A equação delineada precisa ser transposta para o problemático campo do *jus puniendi*.

Em tempos longínquos, o Estado avocou o direito de punir, fazendo-o em nome da segurança coletiva. Dessa circunstância nasceu a obrigação de que fosse eficiente nesse mister (como de resto o deve ser o Estado em todos os planos de sua atuação), sob pena do desfazimento das condições mínimas para o convívio social e de manutenção do próprio Estado.

A imposição da pena àqueles que cometem os fatos definidos como crimes, no entanto, pela observância da regra de intervenção em destaque, não se faz a qualquer custo. Daí a razão de ser do processo penal moderno, que cumpre a função de reger a atuação estatal no sensível campo da pretensão punitiva oficial, constituindo-se em garantia ao indivíduo de que o Estado, na repressão do crime, manter-se-á dentro de determinado limite<sup>11</sup>.

Com efeito, o indivíduo sobre o qual recai a suspeita da prática delitiva é alguém que se reconhece como titular de direitos públicos subjetivos. O processo penal é, nesse contexto, o instrumento de respeito aos direitos derivados da dignidade da pessoa humana e àqueles que decorrem da especial condição de acusado<sup>12</sup>, isto é, de sujeito passivo da relação processual.

---

<sup>11</sup> Lembra Adauto Suannes que, na sua origem, o processo penal tinha por escopo descobrir a “verdade” do crime e punir o seu autor, e, para dita finalidade, justificavam-se a ordália, a tortura, o duelo, juramentos ambíguos e outros métodos degradantes da dignidade da pessoa humana. Com o paulatino reconhecimento dos direitos do homem e a cristalização das liberdades públicas, o processo penal tornou-se eminentemente garantista (SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 146-176).

<sup>12</sup> Daí porque, com apoio em Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Rogério Lauria Tucci revela o processo penal como um direito não do Estado, mas do réu na defesa de sua liberdade jurídica, “mediante a jurisdição, que testa a legalidade da ação do acusador” (TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 33). No mesmo sentido está a lição de Adauto Suannes, para quem o Estado não necessitaria do processo para fazer prevalecer a pretensão resistida: “quem tem necessidade do processo, porque tem um interesse pessoal ameaçado (o interesse de continuar a desfrutar da liberdade) é o suspeito. Ele é que necessita de recorrer ao Estado-Juiz para que essa ameaça a seu interesse, que ele reputa legítimo, não se concretize. É o Estado-Administração que está questionando e pondo em perigo essa pretensão à liberdade. Logo, há que se encarar o processo como *actum trium personarum*, porém sob a ótica de quem dele precisa, que é o titular do direito

O processo penal – com suas regras sobre a investigação, sobre a ciência da imputação pelo acusado, sobre a ampla defesa e o contraditório, sobre os recursos – exalta a dignidade do acusado, o que faz, especialmente, buscado consagrar, no momento da *persecutio criminis in judicio*, um certo equilíbrio de forças entre as partes.

Sob esta acepção, o processo penal deve conceder ao imputado a potencial possibilidade de se opor decentemente à atividade estatal tendente à imposição da pena, que só se reputa legítima quando exercida estritamente dentro da moldura constitucional.

Nesse sentir, o processo deve ser visto, acima de tudo, como um limite colocado ao Estado e, mais diretamente, à atividade do juiz, inultrapassável quando o interesse da persecução penal põe em risco a dignidade humana<sup>13</sup>.

A lei processual delimita, assim, a atuação do Estado no exercício de sua função de determinar a verdade sobre os fatos delituosos<sup>14</sup>, para que sobre seus autores possa impor a pena.

Nessa ótica, o processo penal é garantista.

### ***2.3. O processo penal como instrumento de realização do poder punitivo***

A par da função garantista, salienta-se no processo penal a sua função instrumental-repressiva.

Tendo o Estado o monopólio da repressão criminal, é preciso que seja dotado de instrumento adequado à realização do poder punitivo, posto que a impunidade das condutas ilícitas esgarça as condições de convivência comunitária e não condiz com a missão estatal de pacificar a sociedade.

---

público à liberdade” (SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 157-158).

<sup>13</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2ª. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 49 e ss.

<sup>14</sup> CHIAVARIO, Mario. **Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 5, p. 29.

O processo penal deve servir à responsabilização do culpado, e somente do culpado, razão pela qual o seu procedimento deve propiciar de fato o diagnóstico da verdade<sup>15</sup> (não da verdade a qualquer preço).

O processo penal legitima a punição oficial. A sanção derivada de uma sentença transitada em julgado traz a idéia de que foram envidados os possíveis esforços para que houvesse certeza sobre a prática de um crime e de sua autoria e que a pena, afinal estabelecida, foi dosada com justiça.

O código procedimental deve abranger necessariamente as fases de investigação e judicial.

Na fase de investigação, a proeminência é do Estado, que, pelas mãos de sua Polícia, em regra, ou do Ministério Público (MP), eventualmente, corre contra o tempo para colher vestígios, muitas vezes perecíveis, do ilícito cometido e de sua autoria<sup>16</sup>.

Para essa fase, a lei processual traçou o roteiro da investigação que, à época de sua edição, supunha-se eficiente. Fez isso, no entanto, em esboço, pois as peculiaridades do caso e os recursos de que é dotado o órgão de investigação melhor indicariam os métodos a serem empregados.

No curso do inquérito policial, pelo menos até o momento do indiciamento, o Estado exerce sua autodefesa, ressalvado que não poderá impor nenhuma medida restritiva de liberdade sem que recorra à jurisdição, à exceção da prisão em flagrante delito. Como o inquérito policial não concretiza um fim em si mesmo, tratando-se de procedimento para aparelhar o eventual ajuizamento da ação penal, nele não há previsão de contraditório.

---

<sup>15</sup> Nesse sentido, Vicente Greco Filho sustenta: “o processo penal tem, também, uma função repressiva. Quando ocorre um fato delituoso, seu autor deve responder através do cumprimento de uma sanção pessoal. A estabilidade social assim o requer, mas também exige que somente seja condenado o culpado, evitando-se que se condene um inocente, o qual tem o direito de não ser punido, salvo nos casos previamente estabelecidos em lei. O processo penal é o instrumento para essa verificação” (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 48).

<sup>16</sup> A prova pode ser produzida por particular, inclusive pela vítima, havendo ações penais ajuizadas com base em filmagens e fotografias de cenas criminosas obtidas em locais públicos ou de acesso público (nota do autor).

No momento em que os elementos informativos apontam para o provável autor do ilícito em apuração, atinge-se a fase do indiciamento. Este é, sabidamente, o primeiro ato que traz algum gravame ao investigado, pois, a partir da formalização, seu nome estará definitivamente relacionado a determinado feito criminal nas consultas realizadas na Polícia e nos juízos criminais.

No indiciamento, o investigado é apontado como autor ou partícipe, sendo esta a razão pela qual deve ser interrogado sobre o crime que lhe é atribuído e sobre sua vida pregressa. Elaborar-se, então, a planilha (conhecida no Estado de São Paulo como “BIC” – boletim de identificação individual) que será remetida ao instituto de identificação para cadastramento e alimentação do banco de dados criminal. Nela são apostas as digitais dactiloscópicas, nas hipóteses legais<sup>17</sup>, o que constitui para a administração da justiça importante elemento de segurança acerca da identidade do investigado.

Havendo o ajuizamento da ação penal, o rito procedimental deve levar em conta as garantias inerentes ao devido processo legal, sobressaindo-se a ampla defesa e o contraditório.

O procedimento adequado é aquele que as observa em sua máxima extensão, fincado na premissa de que o acusado pode ser inocente e necessita de oportunidade para refutar as provas que dão base à acusação. Nesse aspecto, entretanto, não importa tanto o formalismo, mas a efetividade das garantias que o rito consagra. Deve-se ter em mente que a dialética que caracteriza o processo propiciará ao juiz melhores condições de julgar a causa e conduz à solução mais adequada.

---

<sup>17</sup> A Lei 10.054/00 dispõe, entre nós, sobre a identificação criminal. O texto normativo determina que a pessoa presa em flagrante delito, indiciada em inquérito policial ou envolvida em crime de menor potencial ofensivo seja submetida à identificação criminal, inclusive pelos processos dactiloscópico e fotográfico, salvo se já forem civilmente identificadas. Determina a lei, contudo, a identificação criminal compulsória dos indiciados e acusados das práticas de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público. A identificação criminal será realizada ainda diante da suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade, do mau estado de conservação do mesmo documento ou de notícia sobre o seu extravio. O mesmo ocorrerá se houver registro nos arquivos da polícia de que a pessoa faz uso de nome e qualificação diversos.

Acrescente-se que o artigo 5º da Lei n. 9.034/95, em vigor, também regula a matéria, determinando que a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas seja realizada independentemente da identificação civil.

A experiência profissional tem-nos mostrado que a dilação probatória sob contraditório é eficiente instrumento para a refutação de imputações injustas delineadas no inquérito. Daí porque o processo, não obstante a finalidade de realização do poder punitivo, não pode se limitar à validação dos atos do inquérito policial.

Recente alteração do Código de Processo Penal (CPP) conferiu às partes a faculdade de dirigir perguntas aos acusados, no interrogatório, com o intuito de esclarecer a verdade<sup>18</sup>. Das respostas se obtêm, muitas vezes, as mais esfarrapadas justificativas, que, uma vez infirmadas, reforçam a convicção sobre a culpabilidade do réu, sem que isso se traduza em inversão do *onus probandi*. Outras vezes, no entanto, delas se extraem indicações sobre fatos que, uma vez demonstrados ou tidos como plausíveis, figuram-se incompatíveis com a imputação e favorecerão realmente o acusado. Como se sabe, a dúvida o favorece.

A lei processual deve prever para a fase de investigação todos os instrumentos legítimos de apuração do crime e de sua autoria, como corolário da autodefesa e do dever de reação do Estado atingido pelo crime. Já na fase do processo deve conceder, de acordo com o procedimento legal, a efetividade às garantias constitucionais do réu, permitindo-lhe, concretamente, refutar com eficiência, imputação indevida. Tudo isso sem fazer que o formalismo se sobreponha à finalidade do procedimento<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Tramita no Congresso Nacional projeto de alteração do CPP (PL n. 4207/01, Ementa: “Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos”) que desloca o interrogatório do início para a fase final da instrução judicial, tal como já acontece no rito dedicado aos crimes de menor potencial ofensivo. À primeira vista, esta alteração prestigiaria a autodefesa, pois ao acusado seria dada a oportunidade de criticar a prova produzida. Não se deve olvidar, entretanto, da tibieza de muitas defesas dativas. Muitos advogados designados para o exercício desse múnus público, sequer se entrevistam com os seus representados. Fazem seus os róis de testemunhas da acusação (quando se dão ao trabalho de apresentar a defesa prévia) e pouco criticam a prova nas alegações finais, no mais das vezes apresentadas junto ao pedido de arbitramento dos honorários. Sendo assim, enquanto não se estruturarem as Defensorias Públicas, o interrogatório no início da instrução melhor atende aos interesses dos réus carentes, ao menos porque o teor de alguns deles (*v.g.* indicativos de álibis, de causas de justificação, de atenuantes) exigirá maior comprometimento do advogado com a causa.

<sup>19</sup> Hélio Tornaghi já disse que “o processo deve ser meio de chegar a uma decisão justa. Qualquer formalidade que possa levar a uma solução errada, quer por falta de garantia, quer pelo uso do formalismo como fim e não como meio, é o contraproceto (num hibridismo mais enfático: é o antiproceto)” (TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 313).

## **2.4. Efetividade do processo**

A Constituição acentua que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Enfatiza que o Estado propõe-se a estabelecer e cumprir o estatuto dos direitos individuais e respeitar, em todas as suas atuações, a dignidade da pessoa humana.

Os âmbitos penal e processual penal consistem em área crítica da relação Estado-indivíduo, porque, desde que o Estado chamou para si o monopólio da jurisdição penal, deve torná-la capaz de garantir condições para a convivência social pacífica e propiciar a necessária segurança à comunidade, requisito para o seu progresso. Impõe-se, portanto, que a intervenção nesse campo seja efetiva e idônea, suficiente para a sua finalidade. Não há de ser, contudo, ilimitada, porque o mesmo Estado está historicamente comprometido com os ditames traçados pelo estatuto dos direitos individuais.

A conjugação da necessidade de aplicação da sanção penal, imprescindível para a subsistência da própria sociedade, com o imperativo de se respeitar direitos inerentes à pessoa humana resulta na definição de um processo penal que cumpra, a um só tempo, duas aspirações igualmente relevantes.

De um lado, suas fórmulas e ritos materializarão as garantias insculpidas na Constituição Federal, servindo de anteparo ao acusado e de limite à atuação estatal. É a face garantista do processo penal. De outro, essas mesmas fórmulas e ritos deverão servir ao descortino do fato criminoso e de sua autoria, permitir ao juiz a aferição da culpabilidade do responsável, servindo, enfim, à concretização da resposta penal<sup>20</sup>. Cuida-se, agora, da efetividade do processo.

---

<sup>20</sup> Daí a seguinte observação de Antonio Scarance Fernandes: “É o processo o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperadora, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu). Nenhuma dessas atividades deve ser o centro, impondo-se sobre as outras. O excessivo realce à predominância da jurisdição sobre as partes é reflexo do exagerado intervencionismo estatal. Prestigiar a ação é ressaltar a atividade do autor em detrimento da atuação do Estado e da defesa. Colocar a defesa como a razão do processo é, também, valorizar uma das partes da relação jurídica processual em prejuízo da outra. O processo é o ponto de convergência e de irradiação. É nele e por meio dele que alguém pode pleitear a afirmação concreta de seu direito. É através do processo que o juiz, como órgão soberano do Estado, exerce a sua atividade jurisdicional e busca, para o caso, a solução mais justa” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31).

Pelo processo penal o Estado deve assegurar a liberdade (do imputado) e a segurança (da sociedade).

Tão relacionados estão esses conceitos que, na Constituição da República Portuguesa (CRP), sob o título “Direitos, liberdades e garantias”, proclama-se, no artigo 27º., 1, que “todos têm direito à liberdade e à segurança”. Seguem à declaração disposições sobre a privação de liberdade e às garantias do preso.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, em comentário ao artigo 27º. da CRP, afirmam que o direito à segurança significa, essencialmente, a garantia de exercício seguro e tranqüilo dos direitos, liberto de ameaças ou agressões. Observam que, atualmente, esse direito comporta duas dimensões: **(a)** uma negativa, estritamente associada ao direito à liberdade, isto é, direito de defesa perante agressões dos poderes públicos, e **(b)** uma positiva, que se traduz em direito positivo à proteção através dos poderes públicos contra as agressões ou ameaças de outrem<sup>21</sup>.

Eduardo José Olmedo, refletindo sobre a Constituição argentina, também ressalta a existência de um direito constitucional à segurança, que emana do art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos e do art. 9º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, divisando, a partir dessa premissa, a finalidade social da codificação processual penal<sup>22</sup>.

Então, fazer com que a feição garantista deite sombra na função inerente ao processo de evidenciar a prática ilícita e permitir a responsabilização do culpado é desprezar sua função social – justamente aquela que reclama a sua efetividade ou instrumentalidade<sup>23</sup> – de viabilizar a aplicação da resposta penal. É olvidar da

---

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3ª. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 184.

<sup>22</sup> OLMEDO, Eduardo José. **Los jueces, el Ministerio Fiscal y la actuación policial**. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 84.

<sup>23</sup> A instrumentalidade do processo, aqui considerada, é “aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico”. “Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ‘ordem jurídica justa’. Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos objetivos a atingir, como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça. Fala-se da instrumentalidade do processo, ainda, pelo seu aspecto negativo. Tal é tradicional postura (legítima também) consistente em alertar para o fato de

imprescindibilidade do Direito Penal para a própria manutenção do tecido social. Isso, por via reflexa, desprestigia a jurisdição penal, colocando-a a serviço exclusivo do imputado, o que se afigura inadmissível.

Modernamente, aliás, se reconhece no âmbito do Estado Democrático de Direito uma “obrigação constitucional implícita” de criminalizar as condutas que atentem contra bens e valores fundamentais de uma comunidade. Parte-se do pressuposto que, ao fixá-los, a Constituição Federal define quais os bens jurídicos que o Estado fica obrigado a proteger. Tais valores orientarão a produção legislativa, a atividade do juiz e do intérprete.

O Estado vê-se, então, obrigado a criar os mecanismos jurídicos que garantam a defesa de todo o sistema de direitos e liberdades, face à sua eventual agressão por parte de outros cidadãos ou de grupos de cidadãos<sup>24</sup>.

O Direito Penal, como instrumento de maior gravidade, é o último recurso e, por isso, reservado à proteção dos bens essenciais<sup>25</sup>. Uma vez violado o estatuto repressivo, entretanto, o Estado deve responder à infração, não para afirmar a própria autoridade, mas para assegurar o direito público subjetivo à convivência pacífica que tem a comunidade. E o dever de proteção repousa, pois, na proteção penal da dignidade humana globalmente considerada<sup>26</sup>.

---

que ele não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guindado à condição de fonte geradora de direitos. Os sucessos do processo não devem ser tais, que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado). Uma projeção desse aspecto negativo da instrumentalidade do processo é o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas a risco, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados (v.g., não se anula o processo por vício de citação, se o réu compareceu e se defendeu;)” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 43).

<sup>24</sup> Cf. Sardinha, reportando-se ao art. 9º, alínea f, da Constituição da República Portuguesa (SARDINHA, José Miguel. **O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 25).

<sup>25</sup> Cf. Marco Antonio Marques da Silva, escrevendo sobre “fins da pena no Estado Democrático de Direito” (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-31).

<sup>26</sup> SARDINHA, José Miguel. **Op. cit.**, p. 28.

Se assim é, não há como renunciar a um processo penal cuja forma e ritos propiciem a adequada apuração do delito, a identificação de seu autor e a aferição de sua culpabilidade, visando à aplicação da pena<sup>27</sup>. Isso há de ser concretizado, contudo, de modo a preservar a dignidade da pessoa humana individualmente considerada, o que se faz, no processo penal moderno, concedendo ao acusado condições efetivas de defesa e respeitando-lhe os direitos constitucionais.

---

<sup>27</sup> Por isso, anota José Luis Said: “que si la misión final del derecho penal es garantizar la paz pública, sancionando las conductas absolutamente intolerables para la existencia y desarrollo de las personas y de la comunidad, si se pretende operar como estabilizador contratráfico de las motivaciones disvaliosas, deberá entonces hacerse efectivo, sancionando las conductas que más afectan a la comunidad”. (“Sobre la facultad de las provincias para reglar el principio de oportunidad en la persecución penal”, La Ley, 7 nov. 1997. *Apud*: OLMEDO, Eduardo José. **Los jueces, el Ministerio Fiscal y la actuación policial**. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 134).

### 3. O 'DEVIDO PROCESSO LEGAL'

#### 3.1. Conteúdo da cláusula

A Constituição Federal estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*” (art. 5, LIV).

Para estabelecer o significado dessa garantia, a doutrina se volta à origem dessa expressão, relacionando-a à referência à “lei da terra” contida no artigo 39 da *Magna Carta*<sup>28</sup> *Libertatum*<sup>29</sup> <sup>30</sup>, outorgada por João Sem-Terra, em 1215. A expressão *due process of law*, por sua vez, surgiu com a edição, no reinado de Eduardo III, do *Statute of Westminster of the Liberties of London*, de 1354. *Law of the land* e *due process of law* eram locuções com o mesmo significado<sup>31</sup>.

Como garantia, foram incorporadas às constituições estaduais americanas que precederam a Constituição Federal dos Estados Unidos. Na Declaração de Direitos de Delaware, de 02.09.1776, a expressão *law of the land* surgiu relacionada ao trinômio vida – liberdade – propriedade, tendência que se repetiu nas declarações da Carolina do Norte (14.12.1776), de Vermont (08.07.1777), Massachusetts (25.10.1784) e New Hampshire (02.06.1784), até ser introduzida na Constituição de Filadélfia, pelas 5<sup>a</sup>. e 14<sup>a</sup>. Emendas<sup>32</sup>.

Há várias acepções possíveis para a expressão *due process of law*.

---

<sup>28</sup> Adauto Sunnaes sustenta que, no texto original, ao contrário do que normalmente se lê, redigiu-se *Carta* e não *Charta*, de acordo, aliás, com o latim clássico (SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2<sup>a</sup>. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 94).

<sup>29</sup> “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libere tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per **legem terrae**” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 24 – g.n.).

<sup>30</sup> Nelson Nery Junior explica que “embora a *Magna Charta* fosse instrumento de acentuado e deliberado reacionarismo, criada como uma espécie de garantia dos nobres contra os abusos da coroa inglesa, continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, que até hoje têm provocado a admiração dos estudiosos da história do direito e da historiografia do direito constitucional” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6<sup>a</sup>. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21, p. 32).

<sup>31</sup> Ada Pellegrini Grinover afirma que, “até hoje, *law of the land* e *due process of law* são usados como sinônimos” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Op. cit.**, p. 25).

<sup>32</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Op. cit.**, p. 31-33.

No sentido processual (*procedure due process*), a expressão tem o significado preciso e mais próximo ao da locução equivalente surgida na *Magna Carta*: o devido processo legal é o processo necessário, ou seja, o instrumento indispensável à aplicação da pena: *nulla poena sine iudicio*.

Doutrina e jurisprudência vêm conferindo tamanho prestígio à fórmula que o devido processo legal passou a ser compreendido como o adequado processo, isto é, aquele que assegura a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa<sup>33</sup>.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco conceituam o devido processo legal como “o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de qualquer coisa, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição”<sup>34</sup>.

Nelson Nery Junior, seguindo a mesma trilha, pontifica que “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa”<sup>35</sup>. Discorre o autor que o devido processo legal é o princípio genérico, do qual derivam os demais princípios constitucionais do processo, que daquele são espécies. Na acepção processual, as seguintes garantias decorrem do “devido processo legal”: “**(a)** direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; **(b)** direito a um rápido e público julgamento; **(c)** direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; **(d)** direito ao procedimento contraditório; **(e)** direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; **(f)** direito à plena igualdade entre acusação e defesa; **(g)** direito contra

---

<sup>33</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 54.

<sup>34</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 78.

<sup>35</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21), p. 31.

medidas ilegais de busca e apreensão; **(h)** direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; **(i)** direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; e **(j)** privilégio contra a auto-incriminação”<sup>36</sup>.

No sentido genérico – por força de sua ligação com a vida, liberdade e propriedade – a garantia diz respeito a tudo o que se relaciona aos bens da vida. Pode-se atribuir o alcance abrangente desse instituto ao prestígio das cortes constitucionais no sistema do *Common Law*, cujas decisões servem sempre de paradigma para casos semelhantes futuros<sup>37</sup>.

Logo, a cláusula do *due process of law* passou a ser invocada no campo da concretização do direito material (*substantive due process*), fenômeno este que se observa em todos os ramos do direito.

Assim é que, no direito administrativo, o princípio da legalidade seria uma manifestação desse princípio, que teve lugar justamente quando se analisou a questão dos limites do poder governamental, exigindo-se, até mesmo, a edição de leis razoáveis<sup>38</sup> (isto é, que atendessem ao interesse público) pelo Legislativo. No direito civil, o princípio da autonomia da vontade (atipicidade dos atos jurídicos), derivaria, igualmente, da cláusula em estudo. No direito penal cita-se como exemplo do desdobramento da cláusula a proibição da retroatividade da lei penal<sup>39</sup>.

Há quem situe no devido processo legal a fonte do princípio da proporcionalidade, sobre o qual falaremos mais à frente.

---

<sup>36</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21), p. 40.

<sup>37</sup> José Afonso da Silva sustenta, a propósito, que “a constante afirmação do Parlamento inglês e dos precedentes judiciais, formando a common law, fora suficiente, com aqueles documentos históricos [declarações de direitos], para assentar o mais firme respeito pelos direitos fundamentais do homem” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Malheiros, 1994, p.139-140).

<sup>38</sup> No sentido do texto, diz Grinover: “a cláusula, convenientemente vaga em sua expressão literal, proibindo a infringência de direitos relativos à vida, liberdade e propriedade, constituiu-se, portanto, no fundamento constitucional para permitir ao judiciário o controle do exercício do Poder Legislativo. Malgrado o nítido sentido processual que à cláusula se imprimira, em sua tradição histórica, foi-se impondo um conceito substantivo de *due process of law*, emergente do amplo significado por ela subsumido, quando foi reconduzida a um critério de *reasonableness*” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 35).

<sup>39</sup> Os exemplos estão em NERY JUNIOR, Nelson. **Op. cit.**, p. 36-39.

Assim o faz Juan Cianciardo, para quem o princípio da proporcionalidade emana diretamente da 5ª. Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Observa o autor que, a partir de 1869, a Suprema Corte norte-americana vem afirmando o caráter substantivo da fórmula *due process of law* e que, desde então, “el debido proceso sustantivo consistió básicamente en la garantía de la razonabilidad de las decisiones de cualquiera de los órganos del Estado”<sup>40</sup>.

Entre nós, Gilmar Ferreira Mendes, sustentando a autonomia do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, situa sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV)<sup>41</sup>.

### **3.2. Princípios constitucionais do processo penal**

A Constituição da República traz em seu bojo garantias e princípios informativos do processo penal<sup>42</sup>, como produto de um longo percurso histórico que estabelece os limites do Estado no exercício do *jus puniendi*.

As garantias são explícitas ou implícitas. As primeiras aparecem, especialmente, no artigo 5.º da CF, enquanto as últimas são extraídas da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais.

O constituinte reputou insuficiente a previsão da regra do devido processo legal e preferiu destacar no texto as garantias que dela decorrem. Essa opção tem orientado a doutrina a proceder ao estudo destacado dos princípios e garantias inerentes ao processo penal, sendo esta a razão pela qual também aqui seguem discriminados.

---

<sup>40</sup> CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 35.

<sup>41</sup> *Apud*: BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.19).

<sup>42</sup> Considere-se que “os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo. São também normas de garantia, no mesmo nível hierárquico das constitucionais, os preceitos com relevância processual inseridos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, após a ratificação pelo Brasil e a edição do Decreto 678, de 6.11.92, passaram a integrar o sistema constitucional interno, por força do disposto no artigo 5.º, § 2º, CF.” (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 4ª. ed. rev. ampl. e atual. com nova jurisprudência em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19-20).

### **3.2.1. Princípios do contraditório e ampla defesa**

Esses princípios estão explícitos no artigo 5.º, inciso LV, da Constituição da República.

Pelo contraditório se assegura a bilateralidade do processo, a sua dialética, consagrada no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Os atos processuais são realizados de modo que as partes deles possam participar, em igualdade de condições, ou que, pelo menos, possam impugná-los.

O contraditório não é garantia instituída em favor do acusado, mas das partes indistintamente. Como anotado por Antonio Scarance Fernandes, exigindo-se o contraditório também em favor do Ministério Público, garante-se o indivíduo, pela certeza de que será julgado por órgão imparcial. Recorda o autor que o Ministério Público surgiu, no processo, para que as funções de acusar e julgar não se concentrassem num só órgão, disso decorrendo a concepção de um processo penal de partes colocadas em condições de igualdade nesse exercício de contradizer os atos da parte adversa<sup>43 44</sup>.

Vicente Greco Filho, a seu turno, acentua que “a Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Todavia, o que assegura o contraditório é a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática”<sup>45</sup>. Essa assertiva é de fundamental importância para o estudo dos novos meios operacionais de investigação criminal (discriminados em capítulo próprio) e o que

---

<sup>43</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 63.

<sup>44</sup> Há quem diga que não há partes no processo penal moderno, mas sujeitos processuais: de um lado, representando o aparelho repressivo do Estado, o ministério público e o tribunal; de outro, lutando pelos seus direitos pessoais, o acusado. De acordo com essa noção, juiz e ministério público teriam idêntica missão, a saber, apurar a verdade dos fatos e aplicar o direito penal. A concentração da atividade estatal contra uma pessoa, o acusado, já não permitiria falar em processo de partes, sendo nítida a desigualdade objetiva dos sujeitos intervenientes no processo. Em lugar da paridade de armas, o escopo garantista do processo se mantém pela distinção de papéis dos órgãos requerente e julgador (a propósito do assunto, cf. Eberhard Schmidt. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Penal*, *apud*: CERLETTI, Marco L. e FOLGUEIRO, Hernán L. *Ministerio público en el nuevo Código Procesal de la Nación*. In: MAIER, Julio B. J. (comp.). **El Ministerio Público en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 113-120).

<sup>45</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 55.

autoriza a adoção de algumas medidas cautelares sem o conhecimento do imputado, com vista à efetividade do processo.

É que, admitidos certos mecanismos, como a interceptação telefônica, a infiltração de agentes, a escuta ambiental, etc., na fase de inquérito policial – na qual não tem lugar o contraditório – produz-se prova que, mais à frente, no processo, moldará a convicção do juiz.

A nova feição da investigação criminal prescindirá cada vez menos da prova testemunhal, da qual sempre dependeu a atividade investigativa, e que podia ser facilmente convalidada, em juízo, pela sua reprodução em audiência. Aos poucos, essa espécie probatória dá lugar às perícias, às gravações, aos dados coletados sem a participação do investigado.

Para que se atenda ao princípio constitucional do contraditório impõe-se que o processo ofereça ao acusado, no momento posterior ao da obtenção da prova, a possibilidade concreta de criticar a forma adotada na colheita desses elementos informativos e a oportunidade de requerer e apresentar a contraprova. A essa faculdade se dá o nome de contraditório diferido.

Certas medidas cautelares requeridas na fase investigativa, no entanto, podem ser decididas após a oitiva do interessado, desde que, evidentemente, essa providência não frustrar o provimento jurisdicional, nem ponha em risco o sigilo inerente à diligência. Sendo dispensável o sigilo e tratando-se de produção de prova antecipada, a defesa deve necessariamente participar do ato.

A ampla defesa consiste em dispor o acusado de instrumentos que lhe permitam se opor com eficiência aos termos da acusação. Abrange soluções técnicas consagradas no atual estágio do pensamento jurídico e que, ao longo do tempo, definiram o molde do processo penal.

A ampla defesa exige que a imputação seja clara e que dela tenha ciência plena o acusado. Desse requisito decorre a exigência de que a petição acusatória descreva o fato criminoso e suas circunstâncias específicas, não se aceitando a mera reprodução do tipo penal. A denúncia (ou queixa-crime) delimita, para o caso concreto, o âmbito da cognição jurisdicional.

O Código de Processo Penal em vigor determina que, com a denúncia, o Ministério Público indique a prova que pretende produzir no curso da instrução<sup>46</sup>. Então, com a citação regular, concede-se ao acusado não somente o conhecimento preciso da imputação, como também lhe é indicado o caminho que será trilhado no processo para a comprovação do fato imputado. Daí a possibilidade efetiva que tem de contrariar os termos da acusação, de conhecer a prova e produzir a contraprova. Para isso, prevê-se o emprego da defesa técnica, exercida por advogado, com o que se presume certo equilíbrio de forças entre as partes. Esses ingredientes, somados à previsão de recurso da decisão desfavorável, são manifestações consagradas da ampla defesa.

Leis como a de prevenção e repressão ao crime organizado e da interceptação telefônica projetam, no entanto, diligências secretas em “qualquer fase da persecução penal” (art. 2º da Lei 9.034/95 e art. 3º, inciso II, Lei 9.296/96). Para que se viabilizem tais diligências, deve-se supor que a denúncia contenha o rol de testemunhas e que o pleito sobre a realização da prova sigilosa seja feito em apartado, sem o conhecimento do imputado. Admitida essa possibilidade, será necessária a adaptação do rito procedimental para que, concluída a diligência, se faculte ao acusado a ampla oportunidade de debater sobre a coleta da prova e contraditá-la, abrindo-se novamente – e agora em seu exclusivo favor – a instrução criminal. De outro modo, o princípio constitucional restaria indubitavelmente frustrado.

A ampla defesa não quer dizer defesa ilimitada. Ela está condicionada aos termos, prazos e limites legais, dentre os quais o concernente ao número de testemunhas e à previsão recursal.

### **3.2.2. Princípio acusatório, do juiz natural e do promotor natural**

Assentamos a noção de que o processo é condicionante do poder punitivo do Estado. José Frederico Marques observou, a propósito, que, já no Direito Romano primitivo, “quando a disciplina e a *coercitio to iudicium domesticum* passou para a

---

<sup>46</sup> Basta ver que o rol de testemunhas deve ser apresentado com a denúncia (art. 41). O Código de Processo Penal, tratando da instrução do processo, cogitou tão-somente da oitiva de testemunhas e da possibilidade que têm as partes de juntar, a qualquer tempo, os seus documentos (art. 394 a 405).

*civitas*, o magistrado, exercendo o poder de custodiar a ordem pública, comprovava, antes, a existência do fato delituoso, para aplicar o respectivo castigo”<sup>47</sup>.

Todavia, nos primórdios do processo que se espalhou pela Europa Continental, até mesmo por influência da Inquisição encampada pela Igreja, ao juiz que o conduzia recaía a responsabilidade pelo resultado da persecução penal. Essa era, sem dúvida, sua preocupação mais relevante. Nesse sistema, denominado inquisitivo, o acusado não tinha voz ou direitos que pudessem se contrapor ao inexorável destino traçado pelo *persecutio criminis*.

Carlos García Valdés destacou as seguintes características do procedimento inquisitivo: **(a)** a concentração das três funções (acusadora, defesa e julgadora) numa única pessoa; **(b)** o sigilo; **(c)** a ausência de contraditório; **(d)** o procedimento escrito; **(e)** juízes permanentes e irrecusáveis; **(f)** as provas são valoradas segundo regras pré-estabelecidas; **(g)** a confissão é o que basta à condenação; e **(h)** a possibilidade do recurso de apelação<sup>48</sup>.

A Revolução Francesa e os princípios humanitários proclamados por Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, levaram à substituição desse sistema pelo procedimento acusatório. Neste, as funções persecutórias do juiz são transferidas ao Ministério Público (ou querelante), que se apresenta como titular da ação penal. No outro pólo está o réu, sujeito de direitos processuais e não mais objeto das investigações. Estabelece-se, então, um processo de partes, erigido sobre o pressuposto da paridade de armas das quais a acusação e a defesa podem se utilizar para fazer valer as suas razões a um juiz equidistante, previamente investido da função judicante, e, conceitualmente, imparcial.

Conseqüência da adoção do sistema acusatório é que há uma gama de direitos processuais, da acusação e da defesa, que ao juiz cumpre preservar, agora

---

<sup>47</sup> BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 8.

<sup>48</sup> *Apud*: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1, 3ª. ed., Bauru: Jalovi, 1977, p. 66.

não mais como órgão da repressão criminal, mas especialmente como titular da jurisdição<sup>49</sup>.

A doutrina aponta, agora, as seguintes características do processo acusatório: **(a)** contraditório (e, em decorrência dele, igualdade de direitos e ônus das partes); **(b)** igualdade entre as partes acusadora e acusada; **(c)** a publicidade (em situações excepcionais admite-se o sigilo); **(d)** as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas (em conseqüência, o juiz não pode dar início ao processo: *ne procedat iudex ex officio*); e **(e)** o processo pode ser oral ou escrito<sup>50</sup>.

Sem sombra de dúvida, a atual Constituição da República instituiu, em sua expressão máxima, o processo penal de modelo acusatório. Em seu núcleo imutável (não sujeito a emendas – cf. artigo 60, § 4º), dentre as garantias processuais ali previstas, destaca a ampla defesa e o contraditório. O contraditório, expressão da bilateralidade do processo (*audiatur et altera pars*), é o que caracteriza fundamentalmente o processo de partes. Manifesta-se pela atuação de sujeitos em pólos opostos atuando nos atos processuais ativamente e em igualdade de condições (ao ato de uma parte sempre haverá a possibilidade de impugnação pela outra) perante um juiz isento e equidistante.

A previsão de um Ministério Público autônomo e dotado das mesmas garantias da magistratura para se desincumbir, com exclusividade, da promoção da ação penal pública (artigo 129, inciso I, CF) indica que, no processo penal brasileiro, as funções de acusar e julgar, não obstante afetas ao Estado, são exercidas por órgãos distintos e independentes. Esse aspecto é, como já afirmado, o traço distintivo entre os modelos inquisitivo e acusatório e consolida o atributo da imparcialidade do julgador.

---

<sup>49</sup> Para José Antônio Pimenta Bueno, no modelo acusatório, “a *persecutio criminis* não é mais o exercício do poder de autodefesa do Estado para aplicar a lei penal. As formalidades do sistema inquisitivo passaram de procedimentais a processuais. O magistrado, no juízo penal, não atua como órgão do Estado destinado a tornar efetivo o *jus puniendi*, e sim como órgão imparcial de aplicação da lei. O juiz criminal (da mesma forma que o civil) se substitui às partes em conflito, para aplicar, imparcialmente, o Direito Penal objetivo, dando a cada um o que é seu” (BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959, p. 9).

<sup>50</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v.1. São Paulo: Jalovi, 1980, p. 63-64.

Da atribuição do Ministério Público haurida da Constituição e da expressa previsão à ampla defesa e ao contraditório deriva, portanto, a percepção do processo como um *actum trium personarum*. Emana dessa noção a impossibilidade de que o processo seja instaurado por iniciativa do órgão julgador ou que este julgue fora dos limites do pedido de prestação jurisdicional<sup>51</sup>.

O princípio do juiz natural se destaca da regra de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5.º, LIII, CF). Órgãos julgadores são constituídos anteriormente aos fatos que lhes serão submetidos a conhecimento no processo. As disposições sobre competência precedem os fatos e, de maneira geral e abstrata, apontam para o juiz competente no caso concreto. Essa regra, segundo Julio Fabbrini Mirabete, proíbe a criação de órgãos jurisdicionais ou designação de magistrados especiais para o julgamento de pessoas ou fatos determinados<sup>52</sup>.

Modernamente, admite-se haver entre nós o princípio constitucional do promotor natural, que decorre do art. 5º, inciso LIII, da CF<sup>53</sup>. É que, uma vez que os membros do Ministério Público possuem as mesmas garantias da magistratura e desfrutam da independência funcional outorgada pela Constituição Federal, cristaliza-se a idéia de existir um direito subjetivo do acusado de ser processado pelo representante do MP cujas atribuições estão previamente determinadas. Busca-se, com isso, uma atuação mais isenta<sup>54</sup> do promotor no processo. O princípio repele, portanto, a figura do acusador designado especialmente para atuar num ou noutro

---

<sup>51</sup> Para Eduardo José Olmedo, o princípio fundamental do sistema acusatório “es la *conditio sine qua non* de la actuación de un tribunal para decidir el conflicto, y que los límites de tal decisión están condicionados al reclamo de un acusador y al contenido de ese reclamo (*nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*), y, por outro ángulo, la posibilidad de resistir por parte del imputado frente a la imputación concreta” (OLMEDO, Eduardo José. **Los jueces, el Ministerio Fiscal y la actuación policial**. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 2).

<sup>52</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Proceso penal**. São Paulo: Atlas, 1991, p.49.

<sup>53</sup> Art. 5º, inciso LIII, CF: “LIII - ninguém será **processado** nem sentenciado senão pela **autoridade competente**” (g.n.).

<sup>54</sup> Há quem sustente que o princípio em comento confere imparcialidade ao promotor de justiça, preservando “a igualdade do tratamento a todos os acusados, sem protecionismos ou excessos acusatórios” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Proceso penal constitucional**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 245).

caso, como *longa manus* do Procurador-Geral, e, destarte, com a sua conduta no processo já definida<sup>55</sup>.

Questão interessante que emana da aceitação do princípio do promotor natural reside na possibilidade de existir, no âmbito dos Ministérios Públicos, grupos de promotores de justiça para atuar em determinados processos, como aqueles que tratam do crime organizado, sonegação fiscal, tráfico de entorpecentes, etc. Para que se atenda ao princípio em discussão, tem-se exigido que a atuação de tais grupos se subordine não somente à designação do Procurador-Geral, mas também à concordância do promotor cujas atribuições o relacionam ao processo, sendo dele, no entanto, a proeminência na condução da causa. Essa solução se constitui num arremedo, convindo, em atenção ao princípio do promotor natural, que a lei preveja a existência de promotorias especializadas, com seus cargos e respectivas atribuições predeterminadas, visando à atuação em procedimentos que tenham determinados delitos como objeto.

### **3.2.3. Princípio da publicidade**

O artigo 5.º, inciso LX, da Constituição Federal refere-se ao princípio da publicidade, ao definir que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Vicente Greco Filho afirma que essa regra, embora não explícita na Constituição revogada, já estava incorporada ao processo brasileiro e enfatiza a relevância do instituto, compreendendo-o como a “garantia das outras garantias”<sup>56</sup>.

De fato, a publicidade se contrapõe ao procedimento secreto, próprio do sistema inquisitivo, figurando-se entre as conquistas do processo humanitário, democrático, transparente e refratário a fraudes.

---

<sup>55</sup> Vicente Greco Filho resiste contra o princípio do promotor natural. Sustenta que na persecução penal, até mesmo em virtude de sua repercussão política, deve haver ampla liberdade ao Procurador-Geral de Justiça, “uma vez que a função do Ministério Público deve ser dirigida, acentuada, ou não, em face de certas situações. E isso é possível com o poder de o Procurador-Geral designar promotor especial para o caso, ou, até, equipe de promotores” (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 218-219, em nota de rodapé)

<sup>56</sup> **Id.**, **Ibid.**, p. 56.

Exceções legais à publicidade estão previstas nos artigos 20; 217; 476; 481; 482; 792, § 1º; todos do CPP; 220 da Lei das Execuções Penais (LEP), entre outros, e subsistem quando o sigilo se destina à preservação de outros direitos e garantias igualmente relevantes e de *status* constitucional.

#### **3.2.4. Princípio da presunção de inocência e do ‘*in dubio pro reo*’**

Nos termos do artigo 5.º, inciso LVII, da CF, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Esse dispositivo consagra o que se convencionou chamar de presunção de inocência.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já continha preceito semelhante, que ditava que toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada. Textos equivalentes são encontrados na Declaração Americana de Direitos e Deveres, de 1948, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948.

Questiona-se, entretanto, o alcance dessa regra. É que, levado às últimas conseqüências, o princípio repeliria medidas cautelares, como a prisão provisória, ou até mesmo o próprio processo. Esses institutos não poderiam recair sobre alguém que se presume inocente.

Por isso, hoje se diz que a garantia constitucional define um *estado de inocência*, isto é, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Como *status* já não remanesce a incompatibilidade com as medidas coativas do processo penal incidentes sobre o acusado e objetos (prisão provisória, exame de sanidade mental, busca e apreensão, seqüestro, etc). É de se anotar, aliás, que a própria Constituição cogita da custódia cautelar (art. 5.º, incisos LXI e LXVI), cabendo à lei ditar os requisitos delineadores da necessidade e conveniência da medida.

Decorre do princípio em comento que, para que alguém seja condenado, deve haver prova consistente da autoria e culpabilidade. Não é do réu o ônus de provar a inocência. É o acusador que tem o dever da demonstração do fato criminoso e da responsabilidade do agente. Para a solução absolutória, no entanto,

basta que o imputado lance dúvida plausível sobre o seu envolvimento no delito (*in dubio pro reo*).

### **3.2.5. Princípio da verdade no processo penal**

Pelo princípio da verdade pretende-se que a pena se dirija contra aquele que cometeu a infração penal e que seja proporcional à culpabilidade.

Para que se cumpra tal desiderato, são livres a forma e a iniciativa das partes no que diz respeito à produção da prova, no esforço realizado para reconstruir o fato histórico penalmente relevante ou demonstrar as causas de justificação e de isenção de pena.

O Código de Processo Penal permite ao juiz suprir a desídia das partes<sup>57 58</sup> e providenciar para que se realizem as provas necessárias para o conhecimento do fato posto em debate na ação penal.

A doutrina assimilou essa faculdade<sup>59</sup> estabelecendo a dicotomia verdade real - verdade formal. Preconiza que, para a defesa social e satisfação do poder punitivo, o juiz não pode se curvar diante da deficiência da acusação ou defesa e está autorizado a perseguir sem peia a verdade dos fatos. Interesse social difuso o impele em busca da verdade real. O juiz cível, todavia, decidindo sobre interesses individuais, soluciona a lide com os elementos trazidos pelas partes, delineadores da verdade formal.

Essa concepção fez com que, na prática, não se conhecessem os limites da atividade probatória do juiz no processo penal. Gerou abusos e indevida proeminência da pretensão punitiva, incompatível com o modelo acusatório de processo, com a *par conditio* e com a titularidade da ação penal deferida constitucionalmente ao Ministério Público.

Por isso, num processo penal sobre o qual incide o contraditório, cada vez mais a verdade, sem adjectivação, decorre da iniciativa das partes e da produção da

---

<sup>57</sup> CPP, Art. 209: "O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes".

<sup>58</sup> Na ação privada, entretanto, a desídia do querelante acarreta a perempção (nota do autor).

<sup>59</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 45.

prova, em igualdade de condições, diante de um juiz neutro e atento às garantias processuais do imputado<sup>60</sup>. A sentença se sustentará, então, na “verdade processualmente válida”<sup>61</sup>.

Há, entretanto, uma hipótese clara em que o juiz se curva diante da verdade formal. A insuficiência da prova para a condenação conduz à absolvição do acusado (artigo 386, inciso VI, CPP) e ao trânsito em julgado impeditivo da instauração de novo processo, ainda que surjam provas concludentes contra ele<sup>62</sup>.

### **3.2.6. Princípio da obrigatoriedade**

O princípio da obrigatoriedade (da indisponibilidade ou da legalidade) decorre da idéia de que o crime viola interesses sociais indisponíveis e que a pena é medida que se impõe para restabelecer a ordem jurídica atingida pelo delito<sup>63</sup>. Noutras palavras, diante de um fato de aparente tipicidade e antijuridicidade, surge, para o Estado, o poder-dever de processar e punir o criminoso.

Decorrência desse princípio, as normas que regem a atuação dos órgãos de persecução penal não lhes conferiam discricionariedade<sup>64</sup>. Impunha-lhes que agissem com o mesmo rigor diante de toda e qualquer prática criminosa. Não havia espaço para a verificação da conveniência e oportunidade na repressão dos delitos,

---

<sup>60</sup> Assim, “enquanto no processo civil o princípio dispositivo foi aos poucos se mitigando, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício (v. ainda CPC, art. 440), o processo penal caminhou em sentido oposto, não apenas substituindo o sistema puramente inquisitivo pelo acusatório (no qual se faz uma separação nítida entre acusação e jurisdição: CPP, art. 28), mas ainda fazendo concessões ao princípio dispositivo (cf. art. 386, inc. VI)” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 64).

<sup>61</sup> Expressão que se encontra em FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 4ª. ed. rev. ampl. e atual. com nova jurisprudência em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 114.

<sup>62</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Op. cit.**, p. 64.

<sup>63</sup> A propósito, acentuam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que “o caráter público das normas penais materiais e a necessidade de assegurar a convivência dos indivíduos na sociedade acarretam a consequência de que o *jus puniendi* seja necessariamente exercido: *nec delicta maneant impunita*. O Estado não tem apenas o direito, mas sobretudo o dever de punir” (**Id.**, **Ibid.**, p. 60).

<sup>64</sup> Marco Antonio Marques da Silva anota que até o advento da Lei n.º 9.099/95 vigorava plenamente no Brasil, sem exceção, o princípio da legalidade, “sendo obrigatória a propositura da ação penal” (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61).

independente de como se apresentassem as circunstâncias fáticas ou as condições pessoais dos agentes.

Sob a regra da obrigatoriedade, ao tomarem conhecimento do cometimento de uma infração penal de ação pública incondicionada<sup>65</sup>, as autoridades policiais devem, incontinenti, instaurar o inquérito policial para apurar as circunstâncias do crime e colher elementos indicativos de sua autoria. Esse inquérito policial não pode ser arquivado pelo próprio delegado de polícia: mesmo que infrutíferas as investigações relacionadas ao procedimento, os autos devem ser encaminhados ao juízo e tem como destinatário o promotor de justiça.

O Ministério Público, por sua vez, convencido da existência do crime e se deparando com indícios de autoria reunidos no inquérito policial, deve, consoante a orientação clássica, formular a petição inicial do processo. Não se lhe apresentam quaisquer alternativas, cumprindo-lhe, sob pena de violação de dever funcional, intentar a ação penal no prazo da lei.

A promoção do arquivamento pelo Ministério Público é, nessa sistemática, objeto de controle judicial. Recai sobre o juiz a função de zelar pelo denominado princípio da obrigatoriedade e provocar a manifestação do Procurador-Geral de Justiça acaso discorde das razões invocadas pelo membro do *Parquet* na promoção do arquivamento.

A solução tradicional, como se vê, rege-se pela legalidade e pelo seu correlato princípio da obrigatoriedade, a exigir dos órgãos do Estado que persigam absolutamente todos os delitos, com similar intensidade.

Resulta desse princípio a denominada irretratabilidade, pela qual se impede que a autoridade policial archive um inquérito policial já instaurado ou mesmo que o promotor de justiça desista de ação proposta ou recurso interposto. Tão simbólicas são as manifestações da irretratabilidade que mesmo o pedido de absolvição formulado pelo representante do Ministério Público em alegações finais ou por ocasião dos debates no Júri não obsta eventual decisão condenatória no processo.

---

<sup>65</sup> Nos crimes de ação privada sempre prevaleceu princípio inverso, o da oportunidade. O legitimado age de acordo com um juízo próprio de conveniência.

Há, no entanto, pelo menos dois bons motivos para se pensar em formas alternativas de resolução de conflitos penais e, portanto, na retração do princípio da obrigatoriedade.

O primeiro deles, defendido por autores mais preocupados com a função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, dentre os quais Elena I. Highton, Gladys S. Alvarez e Carlos G. Gregório<sup>66</sup>, decorre da constatação de que o Direito Penal não tem conseguido proteger os bens jurídicos fundamentais e garantir a defesa social<sup>67</sup>. A pena, que teria um papel de prevenção geral e deveria influir sobre o delinqüente (para que ele não voltasse a praticar novos delitos), não se tem mostrado eficaz para reduzir os índices de criminalidade e permitir que a sociedade (vítima coletiva) sintasse-se mais tranqüila, nem tem influenciado positivamente no criminoso de forma a recuperá-lo, fazer com que se arrependa e retorne ao convívio social melhor do que quando foi confinado. Essa corrente doutrinária propugna uma confrontação entre os fins declarados da prisão e os efeitos que sua utilização provoca. Sustenta, com argumentos convincentes, que o cárcere potencializa e reproduz a criminalidade. No convívio do cárcere ocorre o aprendizado delinqüencial e se estabelecem alianças mais fortes entre os marginais. Daí porque mencionados autores defendem alternativas à prisão que estimulem a assunção de responsabilidade pelo autor do fato sobre sua própria conduta, cogitando de que essa seria uma alternativa para tornar a sociedade mais pacífica e democrática.

A outra linha de pensamento tem seu foco no processo penal. Autores como Antonio Scarance Fernandes<sup>68</sup> e Teresa Armenta Deu<sup>69</sup> estão convencidos de que

---

<sup>66</sup> HIGHTON, Elena I; ÁLVAREZ, Gladys S.; GREGORIO, Carlos G. **Resolución alternativa de disputas y sistema penal: la mediación penal y los programas víctima-victimario**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998, p. 26.

<sup>67</sup> Marco Antonio Marques da Silva, citando Hassemer, observa que o direito penal não tem na realidade uma “tradição de luta e eficiência contra a criminalidade”, sustentando, em percuciente análise, que a profusão de *leis simbólicas* tem se mostrado ineficaz diante das novas modalidades delitivas (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001 p. 135 e ss.).

<sup>68</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **O consenso na justiça penal brasileira**. Disponível em <<http://direitoprocessual.org.br/enciclopedia/consenso.pdf>>. Acesso em 3 set. 2003, p. 1-4.

<sup>69</sup> A autora sustenta que o princípio da oportunidade surgiu, efetivamente, ante a incapacidade do poder judiciário cumprir seus objetivos. Reputa-o, ao lado da pena, como um mal necessário, ao qual se deve recorrer à falta de outras soluções. Ressalta, contudo, que, no Estado de direito, o princípio da oportunidade deve se subordinar a requisitos tais que garantam o respeito aos princípios constitucionais e processuais, à segurança jurídica, à igualdade perante a lei e à jurisdição

as soluções alternativas são realmente necessárias para a efetividade do processo. Falam de uma crise na administração da Justiça, que o progresso da ciência jurídica processual não foi capaz de atenuar: o Judiciário está abarrotado de processos, é moroso, burocrático e muito apegado ao formalismo das regras processuais, que muitas vezes prevalecem sobre o mérito da causa. Propõem, então, a deformalização, tanto do processo, para torná-lo mais simples, rápido e econômico (via jurisdicional), quanto das controvérsias, acenando com equivalentes jurisdicionais, isto é, vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo (via dos meios alternativos).

A idéia comum a ambos os enfoques é a de que em alguns casos a solução tradicional, derivada da obrigatoriedade da persecução penal até as últimas conseqüências, não atende ao interesse público e, noutros, as composições entre ofensor e vítima são até mais importantes do que o processo formal, além de mais eficazes para garantir a estabilidade social.

Salienta-se que a adoção irrestrita do princípio da obrigatoriedade tem levado a resultados insatisfatórios. A observação atenta da realidade das partes envolvidas nos conflitos penais, da práxis judicial burocrática e ineficiente e da perene condição da vítima alijada do procedimento reclama um novo caráter de aplicação do direito punitivo.

As soluções alternativas, contudo, demandavam a atenuação da indisponibilidade da ação penal pela via normativa. Era de rigor que se cogitasse da possibilidade de não levar a termo a investigação acerca de alguma prática delitiva ou de não imputá-la ao suspeito diante de determinadas situações. Ademais, noções como Estado Democrático de Direito e disponibilidade da ação penal não são reciprocamente excludentes. No sistema jurídico americano, por exemplo, a regra da disponibilidade da ação penal se compreende como corolário da divisão de poderes do Estado, sendo a ela subjacente a idéia de que não se deve permitir qualquer

---

(ARMENTA DEU, Teresa. **El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas**. Disponível em <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/arment13.htm>>. Acesso em 25 fev. 2006).

interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do *persecutor*, órgão do Poder Executivo<sup>70</sup>.

A mitigação do princípio da indisponibilidade surgiu no nosso direito com o preceito contido no artigo 98, inciso I, da Constituição da República<sup>71</sup>, que prevê a criação dos juizados especiais, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, instituindo um *espacio de consenso*, onde tem lugar a transação penal.

Era preciso que se regulamentasse o dispositivo constitucional. Antonio Scarance Fernandes testemunha que o impulso inicial foi dado por dois juizes de São Paulo, Pedro Luiz Ricardo Gagliardi e Marco Antonio Marques da Silva, com a colaboração de Hermínio Alberto Marques Porto e Nelson Nery Junior: ofereceram à Associação dos Magistrados minuta de anteprojeto de lei federal, disciplinando a matéria, que, depois, se converteu em projeto de lei. Na ocasião, o Presidente do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, juiz Manoel Veiga de Carvalho, constituiu um grupo de trabalho para examinar a proposta do anteprojeto, resultando desse esforço conjunto o texto que culminou no Projeto de Lei n.º 1.480/89, apresentado, afinal, pelo Deputado Michel Temer. Uma vez aprovado, foi editada a Lei n.º 9.099/95, que instituiu, entre nós, os juizados especiais criminais, e trouxe, inclusive para além dos limites desse órgão, a oportunidade regrada, abrindo-se o caminho para soluções de consenso no processo penal<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> HIGHTON, Elena I; ÁLVAREZ, Gladys S.; GREGORIO, Carlos G. **Resolución alternativa de disputas y sistema penal: la mediación penal y los programas víctima-victimario**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998, p. 27.

<sup>71</sup> Cláudio José Pereira, em estudo sobre o princípio da oportunidade no processo penal, afirma que nosso sistema já reconhece a “presença atuante” de tal princípio, dentro de uma forma regulada por lei, “adequada aos casos onde a relevância social a exige” (PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 72).

<sup>72</sup> Antonio Scarance Fernandes ainda acrescenta: “serviram como parâmetros para o Projeto Michel Temer, no direito comparado, a Lei italiana n.º 689, de 14 de novembro de 1981, intitulada ‘Modificações ao sistema penal. Descriminalização’, o novo Código de Processo Penal da Itália e o Código de Processo Penal Português, de 17 de fevereiro de 1987. Nos artigos 77 e seguintes da Lei italiana n.º 689/81, permite-se ao juiz, a pedido do acusado e após manifestação favorável do Ministério Público, que aplique a sanção e, em seguida, declare extinta a punibilidade do réu, com o registro da pena exclusivamente para o efeito de impedir um novo benefício” (FERNANDES, Antonio Scarance. **O consenso na justiça penal brasileira**. Disponível em <<http://direitoprocessual.org.br/enciclopedia/consenso.pdf>>. Acesso em 3 set. 2003, p. 5).

### **3.2.7. Princípio do privilégio contra a auto-incriminação**

A Constituição Federal assegura o direito ao silêncio no seu artigo 5.º, inciso LXIII, e, por isso, nenhum prejuízo poderá advir ao acusado que optar pelo seu exercício.

Dessa forma, propõe a doutrina nova leitura dos artigos 186, 198 e 191 do CPP, para dissipar pressões que possam solapar o direito.

Entende-se, também, ser necessário informar ao acusado de que possui a faculdade de calar-se, sob pena de nulidade do interrogatório e dos atos dele decorrentes (figure-se a hipótese do sacrifício da autodefesa). Não haverá nulidade, entretanto, se o réu negar os fatos imputados, até porque, neste caso, não ocorrerá prejuízo efetivo à sua defesa.

Já se entendeu que a ausência do réu devidamente intimado para a sessão de julgamento do júri constitui exercício do direito ao silêncio<sup>73</sup>.

## **3.3. Princípios gerais do processo penal**

### **3.3.1. Princípio da igualdade**

Extrai-se do artigo 5.º, *caput*, da Constituição da República, o princípio da igualdade das partes no processo. Partes e procuradores devem ter oportunidades equivalentes de fazer valer, em juízo, as suas razões.

Advertem, contudo, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que, no processo penal, o princípio da igualdade é atenuado pelo *favor rei*, “postulado básico pelo qual o interesse do acusado goza de prevalente proteção, no contraste com a pretensão punitiva”<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> “JÚRI - Sessão do plenário - Não comparecimento do réu, devidamente intimado - Admissibilidade - Direito ao silêncio assegurado pela CF/88. *Ementa oficial*: A Constituição da República de 1988 consagra ser direito do réu silenciar. Em decorrência, não o desejando, embora devidamente intimado, não precisa comparecer à sessão do Tribunal do Júri. Este, por isso, pode funcionar normalmente. Conclusão que se amolda aos princípios da verdade real e não compactura com a malícia do acusado de evitar o julgamento”. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em habeas corpus n. 2.967-6 - GO. Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 2 ago. 1994 – Diário da Justiça da União de 10 out. 1994 – RT 710/344).

<sup>74</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 54.

De fato, o acusado tem, na fase processual, maiores possibilidades que a acusação. Enquanto sobre esta recai o ônus de prova do fato criminoso e de sua autoria, àquele basta colocar em dúvida a tese acusatória para lograr a solução absolutória.

A vantagem do *favor rei* é o que compensa, na verdade, o desequilíbrio inicial da relação processual. No início da ação penal, a acusação está instrumentalizada pelos elementos colhidos no inquérito policial ou em procedimento administrativo conduzido pelas próprias mãos, muitos dos quais colhidos sem o conhecimento do imputado, e elegeu a estratégia da persecução. Essa situação a coloca em inequívoca proeminência, que, todavia, esvazia-se com o oferecimento da denúncia e o requerimento de prova formulado no pórtico da ação penal. O *favor rei* anula a primazia da acusação e restabelece, no curso do processo, o balanceamento das forças.

### **3.3.2. Princípio da motivação das decisões judiciais**

A motivação das decisões judiciais era exigida por normas infraconstitucionais, dada a sua função de garantia das partes, ao lhes permitir a impugnação que visa à reforma.

Modernamente tem-se entendido que, pela motivação, afere-se até mesmo a imparcialidade do juiz, a legalidade e justiça de suas decisões.

Bem por isso, diversas constituições (como a belga, a italiana, a grega e algumas latino-americanas) elevaram o princípio ao diploma constitucional. Na vigente Constituição pátria, a exigência de que os atos judiciais sejam motivados está estampada no artigo 93, inciso IX.

### **3.3.3. Princípio do duplo grau de jurisdição**

O princípio do duplo grau de jurisdição refere-se à possibilidade de que uma decisão judicial seja revista por uma instância superior, de forma que equívocos e injustiças possam ser corrigidos.

Há um fundamento de natureza política na adoção do princípio, que é o de submeter a controle interno (do Poder) o juiz, cuja legitimidade não se extrai das urnas, mas da aprovação em concurso de provas e títulos.

O princípio tem assento constitucional. As normas que organizam o Poder Judiciário atribuem competência recursal a vários de seus órgãos e preconizam até mesmo um terceiro ou quarto grau de jurisdição quando definem as funções dos tribunais superiores.

## 4. PROPORCIONALIDADE E CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

### 4.1. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional contemporâneo*

A concepção de Estado de direito evoluiu através do tempo. No início, a noção tinha por núcleo o respeito à legalidade formal. Atualmente, exige-se do Estado que produza e se submeta a normas que não somente atendam ao processo legislativo, como também estejam de acordo com as finalidades declaradas ou hauridas do texto constitucional, dentre as quais e necessariamente, o intransigente respeito aos direitos fundamentais. Além disso, há um compromisso ético do Estado, que pode ser extraído de sua Constituição, e que tem a ver com a satisfação dos direitos de segunda e terceira gerações<sup>75</sup>. O Estado Democrático de Direito deve, por exemplo, prover a segurança pública.

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade é mais complexo, porque não se limita à apreciação formal da lei, mas à verificação da norma à luz da diretriz constitucional<sup>76</sup>. O sistema jurídico contém um mandamento finalístico, que orienta o trabalho do legislador, e que, se desatendido, conduzirá à inconstitucionalidade normativa. O legislador não tem mais a liberdade que tinha no passado.

O princípio da proporcionalidade surge como instrumento de aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade, permitindo a comprovação da adequada relação entre a finalidade da intervenção estatal e o meio eleito para atingi-la, tornando possível o denominado “controle do excesso”. A análise incide na relação triangular que se estabelece entre o fim, o meio e a situação fática.

---

<sup>75</sup> Direitos de primeira geração são os direitos civis e políticos, as liberdades clássicas (princípio da liberdade). Direitos de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais (princípio da igualdade). Direitos de terceira geração são aqueles de titularidade coletiva, como o direito à segurança pública, à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, etc. (princípio da solidariedade universal).

<sup>76</sup> A propósito, informa Willis Santiago Guerra Filho: “atualmente, uma constituição não mais se destina a proporcionar um retraimento do Estado frente à Sociedade Civil, como no princípio do constitucionalismo moderno, com sua ideologia liberal. Muito pelo contrário, o que se espera hoje de uma constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000, p. 15-16).

Compreendido, pois, como “o instrumento técnico-jurídico mais freqüentemente utilizado para controlar a constitucionalidade dos atos normativos que tratam de direitos fundamentais”<sup>77</sup>, o princípio da proporcionalidade, criação pretoriana, foi definitivamente acolhido pelos Direitos anglo-saxônico e continental e, com diferentes justificativas, tornou-se a ferramenta judicial mais apurada para a comprovação da constitucionalidade das normas que tratam, no plano infraconstitucional, de direitos individuais.

Nos Estados Unidos da América do Norte, seus contornos foram definidos a partir da paulatina dicção pela Suprema Corte do conteúdo da expressão *due process of law*, inserida na Constituição pelas 5<sup>a</sup>. e 14<sup>a</sup>. Emendas, das quais extraem a sua justificação. De conotação meramente processual, o devido processo legal passou a ser compreendido como garantia de cunho substantivo. A partir de 1869, já se acenava com a limitação do poder de legislar em respeito aos direitos individuais, exigindo-se leis razoáveis e rechaçando-se normas reputadas inoportunas e opressivas<sup>78</sup>.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional invoca freqüentemente o princípio da proporcionalidade para aferir se determinado ato atende ao requisito da igualdade perante a lei. Para que se o repute constitucional, questiona se as singularidades foram ditadas por uma finalidade constitucional; se há coerência entre os fins e os meios; e se as conseqüências são proporcionais ao fim colimado. O Poder Judiciário tem justificado a aplicação da proporcionalidade a partir de conceitos fluidos como “valor justiça”, “princípio do Estado Democrático de Direito”, “interdição da arbitrariedade dos poderes públicos”. Nesse país, contudo, nota-se a aplicação do princípio sem a organicidade do Direito alemão (que o considera composto por três subprincípios, como se verá em seguida), havendo, pois, decisões em que a

---

<sup>77</sup> Tradução livre da expressão usada por Juan Cianciardo: “el instrumento técnico-jurídico más frecuentemente utilizado por los jueces para controlar la constitucionalidad de las regulaciones legislativas con materia iusfundamental” (CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 23).

<sup>78</sup> No caso “Chicago Milwaukee & Saint Paul vs. Minnesota” declarou-se a inconstitucionalidade de lei que instituía tributo sobre base de cálculo não-razoável e impedia a empresa certo lucro justificável em relação ao capital que havia investido (**Id.**, **Ibid.**, p. 34-35).

proporcionalidade aparece apenas como um balanço entre os diferentes interesses em jogo, traduzindo-se em verdadeiro risco para os direitos fundamentais<sup>79</sup>.

Na Argentina, o princípio da proporcionalidade tem assento constitucional e decorre da redação dos artigos 28 e 33 da Carta Política<sup>80</sup>. A Corte Suprema já afirmou em várias oportunidades que o artigo 28 constitui garantia de que a regulamentação legislativa dos direitos fundamentais não os altera. Não obstante, tem evitado estabelecer o conteúdo do princípio, enfatizando, tão-somente, “que el principio exige una relación adecuada o razonable entre los medios utilizados y los fines perseguidos por el legislador”<sup>81</sup>.

A Constituição Portuguesa prevê expressamente a aplicação do princípio da proporcionalidade em, pelo menos<sup>82</sup>, dois momentos: ao dispor sobre a “força jurídica” dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais (art. 18º) e ao estabelecer limite às medidas restritivas de direitos adotadas em caso de estado de sítio e de emergência (art. 19º)<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 49-54.

<sup>80</sup> “Art. 28 – Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

“Art. 33 – Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

<sup>81</sup> CIANCIARDO, Juan. **Op. cit.**, p. 41.

<sup>82</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, referindo-se à dignidade constitucional do princípio, alude aos arts. 18º./2, 19º./4, 265º. e 266º./2 (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 259).

<sup>83</sup> Artigo 18.º (Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Artigo 19º (Suspensão do exercício de direitos)

(...)

4. A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio da proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto

A concepção do princípio da proporcionalidade na Alemanha é a que mais nos interessa, seja pelo apurado grau de sistematização que alcançou, seja em razão de sua justificativa, ainda não contestada, de que deriva do princípio do Estado de direito, “em razão da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da liberdade geral dos cidadãos frente ao Estado, não podem ser limitados pelo Poder Público a não ser na medida do imprescindível para a proteção dos interesses públicos”<sup>84</sup>.

Na Alemanha, a máxima da proporcionalidade surgiu no final do século XIX, como decorrência das decisões do Tribunal Supremo Administrativo diante do denominado “direito de polícia”. Os juízes passaram a invocá-la para o controle dos atos de polícia. Até então, havia a noção de que, no exercício desse poder administrativo, eram viáveis todas as medidas destinadas à manutenção da ordem pública.

Embora no início esse *standard* incidisse tão-somente sobre poderes discricionários da administração, a jurisprudência o exaltou em tantas ocasiões que o princípio da proporcionalidade é, hoje, um apanágio da cidadania, sendo ali reconhecido como princípio inerente ao Estado Democrático de Direito.

Ao transpor o princípio da proporcionalidade do Direito Administrativo<sup>85</sup> ao Direito Constitucional, a Corte Constitucional alemã definiu o mecanismo com a qual se “combatem os excessos legislativos que na concretização das reservas de lei interferem sobre [os direitos fundamentais], tornando inaceitáveis algumas limitações

---

restabelecimento da normalidade constitucional. (Constituição da República Portuguesa. Disponível em [http://www.parlamento.pt/const\\_leg/crp\\_port/](http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/). Acesso em 25 fev. 2006)

<sup>84</sup> Tradução livre da expressão “en razón de la esencia misma de los derechos fundamentales que, como expresión de la libertad general de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser limitados por el Poder Público más allá de lo que sea imprescindible para la protección de los intereses públicos” contida em *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão), BVerfGE n.º 19, p. 342-348, *apud*: CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 55.

<sup>85</sup> Estudando o poder de polícia, Georg Jellinek estabeleceu, em 1791, a máxima do princípio em estudo: “o Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos” (*apud*: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 370).

impostas aos mesmos pelo legislador e suscitando o necessário controle judicial por via de eventuais arestos de inconstitucionalidade”<sup>86</sup>.

Na doutrina alemã, os direitos fundamentais são dotados de dupla dimensionalidade: uma subjetiva, de cunho individualista, e outra objetiva, que expressa os valores da comunidade política<sup>87</sup>. Na realização desses direitos fundamentais há que se harmonizar os interesses individuais com os interesses da comunidade (interesse público) ou de parte dela (interesse coletivo)<sup>88</sup>. Na dimensão objetiva incidem princípios como o da isonomia e proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, do modo como o concebeu o Tribunal Constitucional Alemão, é constituído de dois pressupostos, dois requisitos extrínsecos e três requisitos (subprincípios ou juízos) intrínsecos<sup>89</sup>.

Há um pressuposto formal, constituído pelo princípio da legalidade, a exigir que toda medida restritiva de direitos fundamentais se encontre prevista em lei. O outro pressuposto é material e consiste na justificação teleológica, pela qual se reclama que toda medida de limitação de direitos fundamentais tenha em vista à consecução de fins legítimos.

Os requisitos extrínsecos são a judicialidade e a motivação. Pela judicialidade se determina que a ingerência no direito fundamental se dê pela intervenção necessária de um órgão judicial. O último requisito impõe que a decisão sobre a limitação do direito fundamental se apóie em motivação suficiente.

---

<sup>86</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 370.

<sup>87</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª. ed. rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 66.

<sup>88</sup> Na lição de Willis Santiago Guerra Filho: “Note-se que apenas a harmonização das três ordens de interesses possibilita o melhor atendimento dos interesses situados em cada uma, já que o excessivo favorecimento dos interesses situados em alguma delas, em detrimento daqueles situados nas demais, termina, no fundo, sendo um desserviço para a consagração desses mesmos interesses, que se pretendia satisfazer mais que aos outros. Para que se tenha a exata noção disso, basta ter em mente a circunstância de que interesses coletivos, na verdade, são o somatório de interesses individuais, assim como interesses públicos são o somatório de interesses individuais e coletivos, não se podendo, realmente, satisfazer interesses públicos sem que, *ipso facto*, interesses individuais e coletivos sejam contemplados” (**Id.**, **Ibid.**, p. 66-67).

<sup>89</sup> De acordo com a sistematização proposta por SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 69 e ss.

Os requisitos intrínsecos (subprincípios ou juízos) são os seguintes: **(a)** pertinência, aptidão, adequação ou idoneidade (*Geeignetheit*); **(b)** necessidade, indispensabilidade ou da escolha do meio mais suave (*Erforderlichkeit*); e **(c)** proporcionalidade em sentido estrito<sup>90</sup>.

Pelo primeiro subprincípio se examina a conformidade do meio à sua finalidade. O mínimo que se exige é que a norma tenha um fim e que seja adequada a esse objetivo, isto é, a ele o conduza e permita alcançá-lo. Esse fim não pode ser proscrito pela Constituição e deve ser socialmente relevante. Na linguagem do Tribunal Constitucional Alemão, a adequação corresponde à constatação do meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público. Essa verificação conduziria à vedação do arbítrio (*Übermassverbot*), que alguns autores utilizam com o mesmo significado do princípio geral da proporcionalidade.

A verificação da adequação de uma norma não é tarefa exclusiva do legislador. Aos juízes também cabe aferi-la no exercício do controle de constitucionalidade *latu sensu*. Nem se perca de vista que, considerada a ordem constitucional pelos princípios que dela emanam, impõe-se a comprovação judicial das leis aos fins constitucionais perseguidos.

Muitas vezes, a norma sindicada possui finalidades distintas (v.g. finalidades de polícia e tributária). Se a aplicação da norma conduz a mais de um objetivo, a medida somente passará pelo crivo do subprincípio se todos os fins forem autorizados constitucionalmente e consultarem ao interesse público.

Pelo segundo elemento, a necessidade (*Erforderlichkeit*), dispõe-se que a medida não há de exceder os limites indispensáveis à consecução do fim legítimo a que se destina. Noutras palavras, a medida será admissível se for necessária. Consiste em examinar se a medida adotada pelo legislador é a que menos restringe as normas de direito individuais entre outras opções igualmente eficazes. Na lição do publicista francês Xavier Philippe, o subprincípio pode ser resumido na seguinte

---

<sup>90</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 356 e ss.; BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 76 e ss.

máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”<sup>91</sup>. O subprincípio da necessidade é também chamado do princípio da escolha do meio mais suave.

Pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito faz-se com que a escolha do meio recaia sobre aquele que melhor prestigie o conjunto dos interesses em jogo. Corresponde ao balanço entre as vantagens e desvantagens da medida em análise, uma aferição de custo e benefício. Na consideração desse subprincípio, defronta-se com uma obrigação e uma interdição: “a obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados”<sup>92</sup>. Haverá inconstitucionalidade sempre que se reputar excessiva e injustificável determinada medida, isto é, quando a intervenção estatal não couber na moldura da proporcionalidade<sup>93</sup>.

O balanço entre vantagens e desvantagens depara-se com uma interdição. A proteção dos direitos fundamentais reclama uma conexão entre o princípio da proporcionalidade e a garantia do conteúdo essencial desses mesmos direitos. O princípio da proporcionalidade não altera nem descaracteriza os direitos fundamentais, de sorte que sua aplicação somente se justifica consoante a moldura do artigo 28 da Constituição Argentina ou do artigo 18. 2., da Constituição portuguesa, reproduzidos acima. Sob esse prisma, o princípio da proporcionalidade representa o “limite dos limites”<sup>94</sup> aos direitos constitucionais.

O fundamento do princípio da proporcionalidade é a preservação dos direitos fundamentais. Coincide, assim, com “a essência e destinação mesma de uma Constituição que, tal como hoje se concebe, pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de direito democrático”<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> *Apud*: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 361.

<sup>92</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 361.

<sup>93</sup> **Id.**, **Ibid.**, p. 361.

<sup>94</sup> A expressão é de Medina Guerreiro.

<sup>95</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª. ed. rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 63-64; CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 61-110.

Com essa premissa, a Corte Argentina reputa constitucionais as medidas que atendam aos seguintes requisitos: **(a)** não altera o conteúdo essencial do direito fundamental; e **(b)** introduz restrições toleráveis na norma fundamental à vista do fim perseguido. O controle de constitucionalidade remete, assim, aos juízos de alteração e afetação do direito fundamental.

Porém, é no campo da colisão de direitos fundamentais que o princípio da proporcionalidade pode ser extremamente útil<sup>96 97</sup>. “Situações concretas onde bens jurídicos, igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico se acham em antinomia, têm revelado a importância do uso do princípio da proporcionalidade”<sup>98</sup>.

Parte-se do princípio de que a Constituição é una e que suas normas não podem estar em contradição umas com as outras. Segue que não há hierarquia entre as normas de direitos fundamentais. Vale-se o intérprete, então, do princípio da concordância prática – projeção do princípio da proporcionalidade – concebido por Konrad Hesse para a solução de justiça ao caso concreto.

Nossa Constituição não previu expressamente a aplicação do princípio da proporcionalidade em nosso país. Isso, no entanto, não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando, com Willis Santiago Guerra Filho,

---

<sup>96</sup> Cianciardo anota: “En efecto, la proporcionalidad es utilizada como test de la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales para encontrar salida al presunto conflicto que en estos supuestos se daría entre fines públicos y derechos fundamentales; en tanto que uno de sus subprincipios, el de proporcionalidad *stricto sensu*, es aplicado para resolver los conflictos entre derechos” (CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 23).

<sup>97</sup> Sobre o tema, afirma Serrano: “medir los intereses que colisionan de manera constante en la convivencia y contrapesarlos, em función de los valores subyacentes, para decidir en las controversias de un modo jurídicamente adecuado, es algo que se realiza seguramente en cada acto de creación o de aplicación normativa. Por ello, la mención del principio de proporcionalidad como pauta que legisladores, jueces o aplicadores del Derecho em general deben respetar no supone quizás más que recordar la inestabilidad del sistema de valores sobre el que se asientan las normas jurídicas sin que con esta simple apelación al principio en abstracto se indique la jerarquía de dichos valores. Unicamente exige el conocimiento de los intereses en juego, la comparación de los valores sobre los que se apoyan y la limitación, em la medida de lo necesario, del sacrificio de los que deban ceder” (SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 17).

<sup>98</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 387.

o disposto no § 2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados etc”<sup>99</sup>.

No mesmo diapasão, Paulo Bonavides sustenta a incidência da proporcionalidade em nosso ordenamento constitucional, como princípio vivo, elástico, prestante, que protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. Daí porque conclui “que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial”<sup>100</sup>.

Suzana de Toledo Barros também afirma a dignidade constitucional do princípio da proporcionalidade na ordem jurídica brasileira, buscando fundamentá-lo na própria conformação do Estado Democrático de Direito, extraíndo-o da força normativa dos direitos fundamentais e garantias materiais objetivas instituídas (arts. 1º, III; 3º, I; 5º, *caput*, II, XXXV, LIV e seus §§ 1º e 2º; 60, § 4º, IV, todos da CF). Afirma a autora que o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da legalidade, convertendo-se ao princípio da reserva legal proporcional. E pontifica: “o legislador brasileiro deve, portanto, observá-lo na regulação das medidas limitativas desses direitos, de modo a unicamente restringi-los quando os meios utilizados sejam idôneos, necessários e proporcionados em relação com a consecução dos fins constitucionalmente legítimos”<sup>101</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes vem colacionando julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) nos quais o princípio da proporcionalidade é suscitado<sup>102</sup>. Cita que a primeira referência ao princípio teria ocorrido no Recurso Extraordinário n. 18.331, de 1951, da lavra de Ozimbo Nonato, e que dizia respeito ao limite da tributação. No vetusto acórdão ficou assentado que “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, (...)”[uma vez que aquele] somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho,

---

<sup>99</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª. ed. rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 64.

<sup>100</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 394-395.

<sup>101</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 93-100 e 214 e 215.

<sup>102</sup> *Apud*: BARROS, Suzana de Toledo. **Op. cit.**, p. 15-20.

comércio e da indústria e com o direito de propriedade”<sup>103</sup>. Em julgado de fevereiro de 1968, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 48 do Decreto-lei n. 314/67 (norma que impedia ao acusado por crime previsto na Lei de Segurança Nacional a prática de qualquer atividade profissional ou privada), por se revelar desproporcional em face do direito à vida<sup>104</sup>. Depois, em decisão proferida na Representação n. 1077, de 28 de março de 1984, o ministro Moreira Alves nos legou um exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo viés da proibição do excesso, rechaçando a elevação da taxa judiciária instituída pela Lei n. 383, de 4.12.1980, do Estado do Rio de Janeiro<sup>105</sup>. Recentemente, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 5º., seus parágrafos e incisos, da Lei n. 8.713, de 30.9.93 (que disciplinava a participação de partidos políticos nas eleições presidenciais, restringindo, pelo dispositivo, a atividade de pequenos partidos) com base na ausência de razoabilidade do critério eleito pelo legislador. Esse julgado<sup>106</sup>, segundo Gilmar Ferreira Mendes, relaciona o princípio da proporcionalidade à cláusula do devido processo legal prevista no art. 5, LIV, da Constituição e, mais do que indicar a fonte, revela a essência desse instrumento, pontificando “de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (*inexigibilidade*), inadequação (*falta de utilidade para o fim perseguido*) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (*desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido*).

#### **4.2. Princípio da proporcionalidade no processo penal**

O processo penal possui finalidades contraditórias.

---

<sup>103</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 18.331 – São Paulo. Rel. Orosimbo Nonato. Rio de Janeiro, 21 set. 1951. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 25 fev. 2006.

<sup>104</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 45.232 – Guanabara. Rel. Themistocles Cavalcanti. Brasília, 21 fev. 1968. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 25 fev. 2006.

<sup>105</sup> Extrai-se da Ementa: “Taxa judiciária é tributo da espécie taxa. Essa natureza jurídica não foi alterada com a edição da Emenda Constitucional n. 7/77. Se a taxa judiciária, por excessiva, criar obstáculo capaz de impossibilitar a muitos a obtenção da prestação jurisdicional, é ela inconstitucional, por ofensa ao disposto na parte inicial do § 4º do artigo 153 da Constituição” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 1.077 – Rio de Janeiro. Rel. Moreira Alves. Brasília, 28 mar. 1984. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 25 fev. 2006).

<sup>106</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 958-3 – Rio de Janeiro. Rel. Marco Aurélio. Brasília, 11 mai. 1994. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 25 fev. 2006.

De um lado, deve assegurar o rol de direitos e garantias individuais do acusado, condicionando a própria atuação estatal no perímetro da persecução penal. Pelo processo, a apuração dos delitos e as medidas que recaem sobre os averiguados devem se conter dentro de certos limites, com o que se enaltece a dignidade do suspeito. Sua configuração garantista propicia, ademais, efetiva condição para que o acusado refute a imputação imprecisa ou injusta, sendo o bastante, para a solução absolutória, que lance dúvida sobre a prova produzida pela acusação. Sob esse prisma, o processo penal atende ao *jus libertatis*.

De outro, o processo deve servir ao *jus puniendi* do Estado. Do Estado Democrático de Direito exige-se, além do respeito aos direitos individuais, a satisfação de certos direitos coletivos, dentre os quais a segurança pública. O Direito penal é o recurso mais gravoso de que dispõe o Estado, e do qual este se vê obrigado a lançar mão, desde que avocou o direito de punir, e, agora, cada vez mais, na medida em que dele se reclama intervenções mais drásticas. Dentre as prestações positivas exigíveis do Estado Democrático de Direito, encontram-se os deveres de cuidar da própria manutenção, preservando suas instituições, e o de garantir a paz social, condição de subsistência e desenvolvimento da comunidade. O poder de punir transforma-se, destarte, no poder-dever de punir, contido, porém, na medida do necessário à consecução de finalidades constitucionalmente legítimas. Nesse contexto, o processo penal deve funcionar como instrumento ágil (porque nesse campo as intervenções são sempre urgentes) para a realização da Justiça Penal e à concretização da sanção oficial.

A conciliação desses interesses antagônicos no processo somente é possível pela aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Willis Santiago Guerra Filho identifica a incidência do princípio da proporcionalidade no processo na opção que, nesse campo se faz, ora por um interesse, ora pelo seu oposto. E adverte: “não se esqueça, finalmente, que a relação mesma entre direito material e processual é de “meio-e-fim”, trazendo consigo a marca da proporcionalidade: um processo, por exemplo, não pode ser sobrecarregado com excesso de formalismo, pois assim torna-se um fim em si mesmo, entravando a aplicação do direito, ao invés de servi-la, muito embora seja incontestável a necessidade de se obedecer certas formalidades para garantir o regular evoluir do procedimento, e, com isso, conferir maior segurança de que a ordem jurídica será observada” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª. ed. rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 79).

A bem da verdade, a proporcionalidade, como princípio geral do Direito, vem sendo utilizada há muito tempo na busca de soluções adequadas entre direitos em conflito. É compreensível, portanto, que o princípio da proporcionalidade tenha encontrado no processo penal campo fértil para sua incidência, ainda que, nesse âmbito, a sua sistematização seja mais recente<sup>108</sup>.

Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano conta que, no processo penal, o princípio da proporcionalidade foi invocado pela primeira vez na Alemanha, em 1875, em ação penal movida contra jornalistas que haviam se recusado a depor como testemunhas em determinado processo. Uma resolução (*deutscher Journalistentang*) atribuiu-lhes penas proporcionais aos crimes cuja prova se negaram a fazer<sup>109</sup>. Depois disso, em 1925, famoso político alemão, preso preventivamente, faleceu na prisão, caso que suscitou importante debate acerca das medidas constritivas de direitos fundamentais. Da disputa resultou a conclusão de que, em virtude do princípio em estudo, tais medidas deveriam sempre se subordinar à necessidade e à proporcionalidade em relação ao fim perseguido<sup>110</sup>.

O princípio da proporcionalidade não é requisitado tão-somente para a solução do conflito inerente ao processo penal – *jus libertatis vs. jus puniendi* – mas também como justificativa de uma nova configuração do processo, mais incisiva de direitos e garantias individuais, relacionadas a determinada categoria de delitos.

A idéia básica da proposição é a seguinte: consciente ou inconscientemente, o princípio da proporcionalidade permite no processo penal intervenções pessoais drásticas – *v.g.* a prisão provisória – como forma de proteção a um interesse coletivo, delineado em expressões normalmente vagas (como “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para

---

<sup>108</sup> Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano e Juan Cianciardo lamentam a falta de estudos sobre o tema com a autoridade de quem têm suas monografias reconhecidas pela excelência no trato com o assunto.

<sup>109</sup> Afirma o autor: “aquella resolución supuso un primer aldabonazo sobre la necesidad de trasladar al proceso penal el principio de proporcionalidad conocido ya en el Derecho administrativo de policia” (SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 22-23).

<sup>110</sup> **Id.**, **Ibid.**, , p. 23.

assegurar a aplicação da lei penal”<sup>111</sup>), havendo consenso da doutrina acerca dessa possibilidade.

Impende que se identifique, ainda, novas formas de intervenção no processo penal, meios operacionais mais agudos, que incidam sobre outros direitos constitucionais, como o da privacidade, e aferir se tais mecanismos se justificam ao menos no âmbito da repressão aos crimes mais graves.

A premissa será considerar que a Constituição da República sugere a classificação dos crimes, segundo a gravidade.

Determina tratamento repressivo rigoroso à prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos crimes definidos como hediondos, impondo ao legislador a obrigação positiva de criminalização e punição mais intensa dessas condutas delitivas. Desse mandamento deriva uma outra obrigação do legislador, que é a de dotar o processo penal de meios operacionais adequados à apuração dessas condutas, abrindo caminho, portanto, à efetividade da resposta penal. A gradação constitucional dos crimes, aliás, repele interpretações normativas que não se coadunem com esse desiderato<sup>112</sup>.

Refere-se a Constituição, por outro lado, aos crimes de menor potencial ofensivo, facultando, no âmbito de sua repressão, a dispensa do processo e meios alternativos para a solução do conflito penal, incluindo a composição civil e a transação penal.

Dessas duas orientações já se extrai que as medidas repressivas e o processo penal têm suas feições forjadas pela gravidade do delito.

Mas é intuitivo que, entre as duas categorias, pode haver uma outra, intermediária, que poderemos chamar de crimes de médio potencial ofensivo. Para essa categoria, funcionam satisfatoriamente as formas e ritos preconizadas no

---

<sup>111</sup> Contidas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

<sup>112</sup> Veja-se que o discurso sobre ser ilegítima a intervenção do Estado nesse âmbito, porque não conseguiu, *v.g.*, reduzir as desigualdades sociais, embora palatável sob o prisma da sociologia, não se sustenta no campo jurídico. A Constituição é programática. Pretende servir tanto à redução das desigualdades sociais, concretizar a justiça social, como à construção de uma sociedade mais segura, cogitando por isso da repressão eficiente ao crime, quando este eclode. São objetivos que se complementam e se realizam continuamente no curso da história (nota do autor).

vigente Código de Processo Penal, lido, é bom que se insista, sob a luz da nova ordem constitucional.

É no âmbito da criminalidade da primeira categoria que devem existir mecanismos que, a um só tempo, contemplem os direitos e garantias individuais asseguradas nas Constituições e Convenções de Direitos e a eficiência do sistema repressivo.

Não há sistema de investigação e repressão eficiente aos delitos da espécie e aos grandes crimes financeiros e tributários, de corrupção, de tráfico de armas e entorpecentes, que não demande a utilização de determinados meios operacionais invasivos a direitos e garantias individuais, dentre os quais, e principalmente, o direito à privacidade.

O Estado não pode abdicar da obtenção de movimentações bancárias, de escutas telefônicas, do sigilo na fase pré-processual, da proteção de testemunhas, etc., em nome da intangibilidade dos direitos e garantias individuais. Esses direitos e garantias são, em alguma medida, tangíveis, diante da necessidade de se investigar e punir certa categoria de delitos.

Neste âmbito há que se fazer um esforço para compatibilizar a eficácia do sistema repressivo com o prestígio aos direitos e garantias individuais<sup>113</sup>. O princípio da proporcionalidade servirá a tal finalidade.

Temos a pretensão de viver num Estado Democrático de Direito, comprometido em “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos,

---

<sup>113</sup> Antonio Scarance Fernandes considera o campo da criminalidade grave ou organizada o mais problemático para o legislador e para a doutrina. Afirma que os países têm dificuldade de enfrentá-la: “não sabem mesmo como criar um corpo legislativo que, outorgando eficiência ao sistema repressivo, não fira os direitos e garantias individuais assegurados nas Constituições e Convenções Internacionais” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2<sup>a</sup>. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 24). No mesmo sentido discorre Marco Antonio Marques da Silva, para quem, a revolução dos métodos investigatórios, embora necessária diante da ineficácia dos meios tradicionais, entra em conflito com os direitos fundamentais, do que emerge “a questão de saber como conciliar estas garantias constitucionais do direito penal e do processo penal com as novas formas de criminalidade” (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 136).

fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”<sup>114</sup>.

Esse compromisso do Estado exige que ele seja o protagonista de ações que concretizem esse desiderato.

Fornecendo justiça e segurança – requisitos indispensáveis para o exercício de um sem-número de outros direitos sociais e individuais – haverá o Estado de enfrentar a criminalidade grave e organizada<sup>115</sup> <sup>116</sup>. É sua obrigação conceber mecanismos operacionais eficazes para contê-las. No campo do processo penal, deverá dotá-lo de instrumentos que garantam resultados.

Os resultados no processo, todavia, não podem ser obtidos a qualquer custo. Não se perca de vista que o processo constitui-se, também, no limite da atividade estatal e no anteparo aos direitos e garantias do acusado. É instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana.

Depara-se, portanto, com o conflito que o princípio da proporcionalidade pode dissolver. Meios processuais invasivos de direitos individuais devem ser adequados

---

<sup>114</sup> Preâmbulo da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.

<sup>115</sup> Depois de colocar em evidência que, em nossa época, as organizações criminais assumiram versões e manifestações das mais insidiosas e violentas, até mesmo porque desfrutam de enormes recursos oferecidos pelo desenvolvimento, inclusive tecnológico, das sociedades contemporâneas, Mario Chiavario conclui que, nos dias de hoje, “a questão da tutela dos direitos da pessoa humana não se pode exaurir totalmente em um problema de limites dos poderes do Estado”. Para o autor, impende que se admita que, atualmente, é a própria criminalidade organizada que propicia “as mais formidáveis ameaças aos direitos mais elementares da pessoa humana a começar por aquele à vida e à segurança individual e coletiva” (CHIAVARIO, Mario. **Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 5, p. 27).

<sup>116</sup> A realidade de nossos tempos se opõe ao ideal do direito penal mínimo que, sob o prisma filosófico, melhor corresponderia à feição do Estado liberal. Os dias em que vivemos estão marcados por novos riscos (terrorismo, crime organizado, crime econômico, exacerbação da violência urbana), pela expansão dos bens jurídicos carentes de tutela penal, pela sensação de insegurança e pelo constante reclamo da sociedade para que Direito Penal cumpra a função pacificadora, não atendida por outras formas de intervenção. O recrudescimento da resposta penal é identificado como resposta “de emergência” (Moccia) ou se justifica quando contraposto à parte de uma realidade específica. Fala-se, então, de “velocidades” diferenciadas do Direito Penal (Silva Sanches). Para o enfrentamento de questões de menor importância, como as contravenções penais, admite-se um direito penal com regras de imputação mais flexíveis e garantias penais menos rígidas. Uma segunda “velocidade”, que incorpore maiores garantias de imputação, deve ser observada quando se prevêem sanções penais mais intensas. Reconhece-se, todavia, a necessidade de se pensar em uma terceira “velocidade”, que, não obstante a expressão da pena cominada, admita a redução das garantias e flexibilização dos critérios de imputação, própria para os delitos econômicos, crime organizado, delinquência social e terrorismo (YACOBUCCI, Guillermo J. Política criminal y delincuencia organizada. In: \_\_\_\_\_. **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 60-68).

à finalidade da eficácia do processo, necessários e servir ao conjunto de interesses em jogo. Deles somente se cogitará, no plano legislativo, em face da criminalidade que se apresenta em seu maior grau, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade.

Mas não é só. Direitos individuais não podem ser esquecidos porque, desde que foram concebidos, estabelecem o limite da intromissão estatal. A questão é delicada porque, pela adoção do princípio da proporcionalidade, desqualifica-se o direito individual que é utilizado para a proteção da atividade ilícita e nociva à sociedade, fazendo com que ceda à satisfação do interesse comum. Essa desqualificação, observe-se, faz-se *ex ante* e pela presunção de que determinado direito – *v.g.* o sigilo bancário – é o escudo da ação criminosa.

Nesse panorama, exige-se da lei (pressuposto formal) que explicita os requisitos para a utilização dos meios processuais invasivos, sempre considerando aqueles três subprincípios (requisitos intrínsecos) da proporcionalidade. A intervenção se subordina à autorização do juiz (cuja presença se traduz em requisito extrínseco), e somente se reputa válida se amparada em suficiente fundamentação (outro requisito extrínseco) à luz do caso concreto. Da desqualificação do direito individual somente se cogitará diante de veementes indícios da prática delitiva que se reputa gravíssima e cuja repressão é exigível constitucionalmente do Estado, nisso consistindo a sua justificação teleológica<sup>117</sup> (pressuposto material).

#### **4.3. Princípio da proporcionalidade e validação da prova ilícita**

A noção mais divulgada sobre o emprego do princípio da proporcionalidade no processo penal é aquela que não o considera *ex ante*, isto é, como instrumento de aferição da constitucionalidade de normas procedimentais, mas como

---

<sup>117</sup> Marco Antonio de Barros entende que o ideal de justiça não cede espaço ao eventual emprego dos direitos e garantias fundamentais para beneplácito da impunidade. Diz o autor: “aceitar o oposto, *ad argumentandum tantum*, transformaria em *capitis deminutio* o poder-dever estatal de aplicar a lei penal ao caso concreto”. Revela sua atenção à teoria da ponderação de interesses, uma acepção possível da aplicação do princípio da proporcionalidade. Está convencido de que “a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de direito, suscetível de ser levado à balança da ponderação com os direitos fundamentais” e conclui que, “sob a luz do princípio da ponderação que se instrumentaliza o Estado e se lhe oferece melhores condições de dar resposta adequada à ameaça de criminalidade mais grave” (BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 269-270).

fundamento de validação de regra violada, pelo sopesamento dos interesses em conflito no caso concreto.

Nelson Nery Junior dá um exemplo de aplicação do princípio, com essa perspectiva, no campo da prova no processo civil alemão. Naquele ordenamento jurídico, a prova obtida mediante ofensa a direito fundamental é reputada inválida. No entanto, invocando-se o princípio da proporcionalidade, a cláusula da proibição da prova obtida ilicitamente é abrandada. São cotejados os interesses e direitos em jogo com vista à solução que se afigura mais justa: “o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito sacrificado”<sup>118</sup>.

Conforme estabeleceu a jurisprudência alemã, a incidência do princípio da proporcionalidade tem lugar somente em situações excepcionais e sempre que a admissão da prova ilícita se constitua no único caminho possível e razoável para a proteção de outros direitos fundamentais. Seu emprego considera que a prova obtida com violação de regras constitucionais pode ser aceita se consiste no único meio de evitar um dano social de expressiva monta<sup>119</sup>.

Sob a influência da jurisprudência da Corte Alemã, há quem defenda entre nós a validação da prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade.

Paulo Lúcio Nogueira afirma que a teoria da proporcionalidade é perfeitamente defensável no Direito Processual Penal pátrio, na medida em que o interesse social ou público deve prevalecer sobre o particular ou privado. Para o autor, o dispositivo constitucional aprovado no sentido de que ‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’ (art. 5º, LVI), ao ser interpretado de acordo com a máxima da ponderação de interesses, é abrandado, “pois o que é

---

<sup>118</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21), p. 154-155.

<sup>119</sup> Nesse sentido, Maximiliano Hairabedián afirma que a gravação clandestina de uma conversa privada foi considerada pela Corte Federal alemã como grave ingerência nos direitos constitucionais e injustificável numa causa de divórcio, mas que foi admitida como prova quando foi realizada pela vítima, em legítima defesa, num caso de extorsão mediante seqüestro (HAIRABEDIÁN, Maximiliano. **Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas em el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002, p. 91-96).

inadmissível é deixar de colher determinada prova importante e de interesse social, ainda que em detrimento de direito individual”<sup>120</sup>.

Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha reconhece a sedução da teoria da proporcionalidade no campo da prova como meio destinado a buscar o ponto de equilíbrio entre os interesses da sociedade em punir o criminoso, “às vezes mais bem preparado que os policiais”, e a proteção dos direitos individuais. Na aplicação desse princípio, reconhece-se, *a priori*, a inconstitucionalidade da prova ilícita, porém, cotejando-a com o mal praticado pelo criminoso, estabelece-se um juízo de admissibilidade ou não dessa mesma prova. O autor propõe que se identifique o princípio pelo nome de teoria do interesse preponderante, porque, diante do caso concreto, a solução deve prestigiar o interesse que preponderar entre dois interesses relevantes e antagônicos, a defesa de um interesse constitucional, de um lado, e a necessidade de perseguir e punir o criminoso, de outro. Ressalva, contudo, um único ponto negativo: a subjetividade da decisão sobre admissibilidade e rejeição da prova, “passível de abusos e gerador de inseguranças”<sup>121</sup>.

De fato, a adoção do princípio da proporcionalidade exige prudência. O uso abusivo pode gerar o que se tem denominado “vício da expansão”, isto é, a consideração demasiada da ordem jurídica a partir de princípios. Nesse caso, o princípio da proporcionalidade acaba sendo considerado superior às regras do sistema e sua incidência sobre os direitos fundamentais conduz ao seu nivelamento. Como conseqüência final, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade estariam equiparados e o princípio permitiria, então, decisão livre sobre tais direitos em cada caso<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Segundo o autor, “todo cidadão merece o amparo ou proteção constitucional dos seus direitos fundamentais, mas, desde que faça mau uso desses direitos, deixa também de continuar merecendo proteção, principalmente quando se contrapõe ao interesse público” (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 9ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 193).

<sup>121</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 4ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 55-56.

<sup>122</sup> A tal objeção responde Xavier Philippe: “esta crítica não é desprovida de todo o fundamento porquanto a aplicação do princípio conduz de necessidade a temperar o caráter absoluto de uma liberdade. Mas ela é excessiva, visto que o confronto e a conciliação das liberdades é uma necessidade para a sua aplicação. A adoção do princípio da proporcionalidade não abala a hierarquia das liberdades; ao contrário, forceja por determinar com precisão o conteúdo concreto levando em conta a ordem jurídica e as situações ocorridas” (*Apud*: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 394).

O problema do limite à admissibilidade da prova ilícita foi enfrentado em emblemático processo decidido pelo Tribunal Federal de Cassação suíço, conhecido como “caso Schenk”, e cuja solução traz a lume critério objetivo pelo qual se estabelece quando uma infração constitucional pode ser tolerada. Conforme esse precedente, se o meio probatório pode ser admitido mediante autorização judicial, este poderá ser excepcionalmente acolhido, vez que põe em disputa direitos e garantias constitucionais que não são absolutos, isto é, que podem ser transpostos à vista de certos requisitos. Nessa ordem de idéias, uma confissão extorquida jamais serviria como prova<sup>123</sup>.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem rechaçado a aplicação do princípio da proporcionalidade para a admissão da prova ilícita, insistindo que, em nosso ordenamento, a proibição é absoluta e explícita no texto constitucional, não se podendo acenar, portanto, com a ponderação dos interesses em conflito.

No dia 7 de agosto de 2001, julgando o habeas corpus n. 80.948-1 – ES, a Segunda Turma da Corte Constitucional, à unanimidade, determinou o trancamento de investigação criminal que tinha por base degravação de conversa telefônica obtida sem autorização judicial<sup>124</sup>. Em seu voto, o ministro Celso de Mello observa que a prova ilícita é expressamente proibida pelo texto constitucional e, por isso, não pode legitimar, quando represente o único elemento de informação, a abertura de investigação penal ou a instauração de processo penal. Com apoio em Ada Pellegrini Grinover, afirma não ser aceitável nesse tema a invocação do critério da razoabilidade do direito norte-americano ou da proporcionalidade do direito germânico<sup>125</sup>, “por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da

---

<sup>123</sup> HAIRABEDIÁN, Maximiliano. **Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas em el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002, p. 92-93.

<sup>124</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 80.948 – Espírito Santo. Rel. Néri da Silveira. Brasília, 7 ago. 2001. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 26 fev. 2006.

<sup>125</sup> Juan Cianciardo sustenta, em sentido contrário ao do julgado, que não há real distinção entre princípio da razoabilidade e princípio da proporcionalidade. Diz o autor: “concebida en términos aparentemente diferentes en varios sistemas jurídicos, la proporcionalidad ha tenido un contenido y una aplicación similar en cada uno de ellos’. En efecto, en Europa continental suele hablarse del ‘principio de proporcionalidad’, en tanto que la expresión ‘principio de razonabilidad se emplea especialmente en Estados Unidos. No obstante, las diferencias entre uno y otro concepto son más aparentes que reales” (CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 25).

pessoa humana”. Alinha-se, desse modo, com autores que repudiam “a crescente predisposição para flexibilização dos comandos constitucionais aplicáveis na matéria”, temendo que o princípio da proporcionalidade se converta em instrumento de frustração das normas constitucionais.

Também no julgamento do habeas corpus n. 80.949-9 – RJ, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a “impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação”<sup>126</sup>. Colhe-se do acórdão da lavra do ministro Sepúlveda Pertence sua advertência no sentido de ser perigosa a recepção de teorias jurídicas estrangeiras, pela diversidade dos dados dogmáticos de que partem, em relação ao nosso ordenamento: “basta notar que, na Alemanha, a solução do problema da admissibilidade, ou não, da prova ilícita no processo não arranca de norma constitucional específica, mas, ao contrário, busca fundamento em princípios extremamente fluidos da Lei Fundamental, a exemplo daquele da dignidade da pessoa humana”.

Antes disso, o STF havia apreciado, em habeas corpus, a alegada ilicitude da prova obtida mediante a apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresas, sem prévia autorização judicial (HC 79.512-9 – RJ). Também nesse julgado há firme objeção ao princípio da proporcionalidade a permitir a prova ilícita em nome do interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes. Salienta-se que, nesse campo, “foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita”. É a razão pela qual se afirma, já na ementa, que “a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete *a posteriori* ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na

---

<sup>126</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 80.949 – Rio de Janeiro. Rel. Sepúlveda Pertence. Brasília, 30 out. 2001. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em 26 fev. 2006

invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência”<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 79.512 – Rio de Janeiro. Rel. Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 dez. 1999. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em 26 fev. 2006

## 5. MACROCRIMINALIDADE E CRIME ORGANIZADO

A Constituição Federal de 1988, prevendo a criação dos juizados especiais para os crimes de menor potencial ofensivo<sup>128</sup>, instituiu, entre nós, a classificação dos crimes segundo a sua gravidade, e, de acordo com essa gradação, um tratamento processual diferenciado.

Seguindo a orientação da Carta Política, o legislador estabeleceu com a edição da Lei n. 9.099/95 o conceito de infração de menor potencial ofensivo. Foram considerados delitos dessa espécie, de acordo com o artigo 61 do referido diploma normativo, “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”<sup>129</sup>.

Com o beneplácito da Lei Maior, foi estabelecida uma nova filosofia de persecução de crimes leves, com ênfase em medidas despenalizadoras, tais como a composição civil e a transação penal. Houve a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Divisava-se ser possível responder aos crimes menores sem que fosse necessário recorrer ao processo, com vantagens para as partes envolvidas na lide penal e para a administração da Justiça, que, destarte, consumiria seus poucos recursos nos procedimentos relacionados aos crimes de maior expressão<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> De acordo com a Constituição Federal (art. 98, inciso I), os juizados especiais são “competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

<sup>129</sup> Conceito alargado, depois, com a edição da Lei n. 10.259 (que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal), de 12.07.2001, em cujo parágrafo único do art. 2º, estabeleceu: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa” (nota do autor).

<sup>130</sup> Luiz Flávio Gomes fala que “é preciso distinguir, tal como aconteceu com a Lei 9.099/95, a criminalidade de alta reprovação, que (ainda) merece a pena de prisão, da criminalidade pequena ou média (que deve dispensar, na sua quase absoluta totalidade, tal pena). Nas infrações menores (constitucionalmente denominadas ‘de menor potencial ofensivo’), o fundamental não é a aplicação de uma pena de prisão que nunca é executada, mas a conciliação (transação) que permite a aplicação de penas alternativas exequíveis e socialmente muito mais úteis. Julgando-se rápida e informalmente a enorme massa de litígios ‘menores’, sobrar tempo para que toda estrutura da Justiça possa cuidar com mais atenção da criminalidade grave (violenta), graúda (crimes econômicos que provocam grave repercussão social) e da organizada” (GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl.

A Lei n. 9.099/95 foi além de dispor sobre os crimes de menor potencial ofensivo. Introduziu no ordenamento jurídico o instituto da suspensão condicional do processo, prevendo-o no artigo 89, para os “crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano”.

Não tardou e a doutrina detectou que esse dispositivo estaria apontando para uma nova categoria de delitos, os de médio potencial ofensivo.

Se assim é, no regime esboçado pela Constituição da República e evidenciado em seus contornos com a promulgação da Lei n. 9.099/95 temos **(a)** os crimes de menor potencial ofensivo, e, em relação a eles uma nova filosofia de controle e persecução, **(b)** os crimes de médio potencial ofensivo, que, a seu turno, também contemplam uma solução alternativa ao processo formal, a saber, a suspensão do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e a extinção da punibilidade pelo cumprimento de determinadas condições durante o período de prova, e **(c)** os crimes de maior potencial ofensivo, para os quais ficou reservado o procedimento clássico, previsto no Código de Processo Penal<sup>131 132</sup>.

Note-se que na categoria dos crimes de maior potencial ofensivo incluem-se todos aqueles cuja pena mínima é superior a 1 (um) ano. Entre eles há crimes cuja pena inicia em 20 (vinte) anos de reclusão, como o latrocínio, reputado hediondo pela lei ordinária. E também a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o

---

**Crime organizado:** enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2ª. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 40).

<sup>131</sup> Ressalve-se que as categorias “médio potencial ofensivo” e “maior potencial ofensivo” não têm suas denominações vinculadas a diplomas normativos (nota do autor).

<sup>132</sup> Anteprojeto de lei visando à instituição entre nós do juizado de instrução, apresentado no seminário intitulado “Propostas para um novo Brasil”, realizado no auditório do Superior Tribunal de Justiça nos dias 29 e 30 de maio de 2003, define como de maior potencial ofensivo os crimes de que tratam os artigos 312, *caput*, 313-A, 316, 317 e 333, do Código Penal, e as Leis nºs. 7.492, de 16.06.1986, 8.137, de 27.12.1990, 8.176, de 08.02.91, 9.034, de 03.05.1995 e 9.613, de 03.03.1998. A íntegra do anteprojeto, com as considerações e sugestões de Rogério Lauria Tucci, pode ser encontrada na Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 4, nº 2, jul./dez. de 2003, p. 27-52. Observe-se, no entanto, que o texto se afasta do critério adotado em relação aos delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, da quantidade da pena prevista no preceito sancionador como determinante da nova categoria. Também não se alinha, neste passo, com a Constituição Federal, quando esta determina tratamento mais rigoroso às espécies ilícitas que especifica (racismo – art. 5º, inciso XLII; tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os delitos definidos como hediondos – art. 5º, XLIII; a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático – art. 5º, inciso XLIV). Assim sendo, há visível óbice à subsunção do anteprojeto ao critério da proporcionalidade, sendo discutível, portanto, a sua constitucionalidade.

terrorismo<sup>133</sup> <sup>134</sup>, crimes equiparados aos hediondos, para os quais a própria Constituição Federal proíbe fiança, graça e anistia (art. 5.º, inciso XLIII, da CF). O rol é, como se percebe, demasiado amplo e multifário<sup>135</sup>, o que exige a verificação se a toda espécie delitiva se ajustam os mesmos institutos do Direito Processual Penal, inclusive os instrumentos de apuração dessas infrações concebidos e discriminados há quase setenta anos.

De partida, o crime do século passado não é o mesmo dos tempos atuais.

---

<sup>133</sup> O recrudescimento de ações terroristas no mundo ocidental gerou a necessidade de se tipificar o terrorismo nos códigos penais europeus. José Miguel Sardinha discorre sobre a dificuldade de se estabelecer consenso entre os Estados membros do Conselho da Europa sobre o conceito de terrorismo e sua distinção com o crime político. O autor adota a definição de Ebile Nsefum, para quem “o terrorismo pode definir-se como todo conjunto de actos contra a vida, integridade física, saúde ou liberdade; de destruição ou apropriação do património que, verificados sistematicamente, tendem a provocar uma situação de terror que altere a segurança ou a ordem pública com fins políticos”. Revela que o bem jurídico em causa é a segurança de toda a comunidade e não a segurança institucional do Estado. Sardinha apóia a criminalização da associação ou organização terrorista. E explica: “a decisão de incriminar a simples constituição de uma organização que, não tendo ainda praticado crimes, tem intenção de os cometer, é justificável atendendo à revelação de uma vontade criminoso mais ou menos intensa de violar bens jurídicos-penais”. Informa que a jurisprudência do STJ espanhol aponta para a existência de quatro elementos para a caracterização da organização terrorista: a) vínculo estável e duradouro entre os membros da organização terrorista; b) organização presidida por idéias de disciplina e hierarquia; c) uma finalidade concreta que se traduza na realização habitual e não esporádica de ações criminosas com fins ideológicos coincidentes com a *ratio* de sua existência; e d) um elemento objetivo de adequação à ação, de modo a permitir a realização da conduta criminoso, ou seja, o armamento que a organização dispõe para levar a cabo atos de terror (SARDINHA, José Miguel. **O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 16-22).

<sup>134</sup> Não temos, ainda, em nosso país o conceito legal de terrorismo. De toda sorte, em julgado recente, o Supremo Tribunal Federal manifestou veemente repúdio a essa forma de criminalidade, enfatizando o desvalor que lhe conferiu a Assembléia Nacional Constituinte. De acordo com o julgado, impõe-se distinguir o terrorismo do crime político que, de ordinário, confere a seu agente tratamento benigno. Colhem-se na Ementa as seguintes assertivas: “o terrorismo - que traduz expressão de uma macrodelinquência capaz de afetar a segurança, a integridade e a paz dos cidadãos e das sociedades organizadas - constitui fenômeno criminoso da mais alta gravidade, a que a comunidade internacional não pode permanecer indiferente (...)”; e “o ato terrorista atenta contra as próprias bases em que se apóia o Estado Democrático de Direito, além de representar ameaça inaceitável às instituições políticas e às liberdades públicas, o que autoriza excluí-lo da benignidade de tratamento que a Constituição do Brasil (art. 5º, LII) reservou aos atos configuradores de criminalidade política” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 855 – República do Chile. Rel. Celso de Mello. Brasília, 26 ago. 2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 26 fev. 2006).

<sup>135</sup> Antonio Scarance Fernandes propõe que a criminalidade grave seja classificada em três subespécies: “a) a criminalidade grave, violenta e não organizada que causa danos ao indivíduo: o homicídio, o roubo, o estupro; b) a criminalidade grave, nem sempre violenta, não organizada, que atinge grupos de pessoas ou a coletividade: o envenenamento da água potável, o induzimento ao suicídio coletivo, os golpes financeiros; e c) a criminalidade organizada, cujas características não foram ainda bem definidas, mas que se manifestam no mundo através da 'máfia', dos cartéis do tráfico internacional de entorpecentes, dos grupos que atuam no tráfico internacional de armas, no tráfico de mulheres, de crianças” (FERNANDES, Antonio Scarance. Crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 35).

A revolução dos meios de comunicação e de informática, tão cara à humanidade, também serve à prática de um sem-número dos chamados “crimes virtuais”. Pelo computador, um bem acessível a milhões de indivíduos em todo o mundo, bancos de dados são violados, subtraem-se valores em dinheiro de instituições bancárias, cometem-se estelionatos, faz-se apologia ao crime, incita-se ao terror ou ao racismo, facilitam-se a prostituição e a pedofilia, tudo à distância e sob o escudo do anonimato proibido pela Constituição Federal<sup>136</sup>.

As quadrilhas urbanas, ao tempo da edição do Código Penal (1940), não preocupavam a sociedade<sup>137</sup>. A tipificação da associação de mais de três criminosos como fato penalmente relevante foi prevista no código mais por influência da legislação alienígena do que pela efetiva necessidade de se incriminar, naquela época, a reunião de criminosos<sup>138</sup>.

Fato é que, de balde a previsão legal, há duas ou três décadas a associação de criminosos ganhou dimensão preocupante, constituindo-se em inequívoca realidade as quadrilhas especializadas na prática de determinados crimes, como roubos, extorsões mediante seqüestro, estelionatos, etc.

Os criminosos de hoje perceberam que, unidos uns aos outros, potencializam os lucros e oportunidades de sucesso nas empreitadas ilícitas. Dividindo tarefas na

---

<sup>136</sup> Art. 5.º, inciso IV, CF: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

<sup>137</sup> Na seguinte passagem, Nelson Hungria revela a dimensão do problema no século passado: “no Brasil, à parte o endêmico ‘cangaceirismo’ do sertão nordestino, a delinqüência associada em grande estilo é fenômeno episódico. Salvo um ou outro caso, a associação para delinqüir não apresenta, entre nós, caráter espetacular. Aqui e ali são mais ou menos freqüentes as quadrilhas de rapinantes noturnos, de salteadores de bancos em localidades remotas, de ‘abigeatores’ (ladrões de gado), de moedeiros falsos, de contrabandistas e, ultimamente, de ladrões de automóveis. Ainda que o banditismo indígena não tenha jamais assumido as proporções de uma guerra franca e afoita contra a ordem jurídica, não podia deixar de ferir a atenção do nosso legislador penal, no sentido de procurar, a exemplo do que já se fez em outros países, atingi-lo na sua formação mesma (já de si conturbadora do sentimento coletivo de segurança ou paz pública), incriminando o simples fato da associação em quadrilha ou bando, independentemente da respectiva atuação programática” (HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 2ª. ed., v. 9, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 177).

<sup>138</sup> De acordo com Nelson Hungria: “o crime que o nosso atual código, art. 288, conhece sob o nome de ‘quadrilha ou bando’ (...) corresponde à ‘association de malfaiteurs’ do código francês (arts. 262 e 266), ou à ‘associazione per delinquere’ do código italiano (art. 416), ou à ‘asociación ilícita’ do código argentino (art. 210). Trata-se de entidade criminal estranha aos nossos códigos anteriores, não passando de um equívoco de Galdino Siqueira o dizer que o fato já se encontrava aí incriminado sob o título de ‘ajuntamento ilícito’ pois este não passava de reunião acidental de sediosos ou amotinados na praça pública, sem nenhum caráter de estabilidade associativa” (**Id.**, **Ibid.**, p. 174).

consecução de crimes, os agentes lançam-se às mais ousadas ações criminosas, desafiando, a cada dia, a capacidade reativa do próprio Estado.

Colhem-se hoje, na jurisprudência, inúmeros julgados declarando-se os réus culpados pelo crime do artigo 288 do Código Penal. O desfecho condenatório decorre do reconhecimento, no processo, da estabilidade e permanência do grupo e do *animus* associativo, prova de difícil obtenção. O livre convencimento motivado dos juízes, pedra de toque do exercício da jurisdição no Estado Democrático de Direito, permite-lhes, no entanto, que infiram esses requisitos a partir de elementos visíveis da ação dos bandos, inclusive considerando os resultados obtidos do esforço comum de seus integrantes, do que decorre, nos dias de hoje, o elevado número de condenações pela espécie delitiva em comento.

A quadrilha, entretanto, não é a expressão máxima do banditismo.

Hoje se nota um *plus* na associação de criminosos. Muitos deles identificam-se como uma classe social diferenciada e se unem uns aos outros às centenas. Deparamo-nos hodiernamente com o fenômeno das facções ou partidos de criminosos, surgidos nos estabelecimentos prisionais. Tais associações dispõem de estatutos<sup>139</sup> e orçamento próprios e a elas se aderem espontaneamente ou pela coação.

A existência dessas facções ou partidos, aliás, potencializou a violência e pôs a nu a ineficácia do sistema prisional. Nos dias atuais, nada obsta a um bandido encarcerado, dependendo de sua posição no grupo criminoso a que pertence, que, de dentro da cadeia, organize e comande ações criminosas das mais notáveis.

Na comunidade, traficantes de entorpecentes infiltram-se nas favelas, em meio à população. Pela violência desmedida, definem e ampliam seus territórios. Logo empregam em sua empresa ilícita pessoas sem perspectiva de futuro digno, inclusive crianças e adolescentes, para exercer as funções de gerentes e soldados

---

<sup>139</sup> No início de 2001, época em que se atribuía ao denominado PCC (Primeiro Comando da Capital) a responsabilidade pelas rebeliões desencadeadas simultaneamente nos estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo, documento que seria o “estatuto” da facção criminosa foi apreendido em local onde funcionava uma central telefônica clandestina e apresentado à imprensa pela Polícia Civil (“Estatuto’ do PCC é encontrado em central telefônica”, Folha Online, 21 fev. 2002. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u46495.shl>>. Acesso em 26 fev. 2006).

do tráfico. Os lucros são inimagináveis. Os chefões são intangíveis e estão protegidos pela lei do silêncio ou pela distância que os separa do ponto visível do crime.

Ao lado dessas formas de criminalidade, há outra, de especial importância e não menos nociva. Cuida-se da criminalidade camuflada por empresas “de fachada”, promíscua com membros dos poderes constituídos e que garante seus lucros pela deficiência dos instrumentos de investigação ou pela corrupção<sup>140</sup>.

O crime, portanto, apresenta-se inovador. Outra é a sua natureza e dimensão, pondo em evidência que os meios à disposição do Estado são ineficientes para contê-lo ou são mal empregados, posto que o delito se encontra em franca e induvidosa expansão.

Essa realidade instiga a uma nova forma de pensar o Direito Processual Penal. Já não basta ao processo penal que tão-somente delimite o campo de atuação do Estado na repressão criminal. É preciso que o faça sem olvidar da eficiência que se espera de um sistema repressivo, sob pena de se afastar de certas finalidades do Estado Democrático de Direito.

Por esse motivo, países que, ainda antes de nós, depararam-se com a criminalidade desmedida e ou organizada, editaram leis específicas para o combate das novas modalidades delitivas. Constitui a técnica em estabelecer, ao lado dos institutos clássicos do processo penal, novos meios de prova, novas modalidades de prisão processual, novos ritos procedimentais, novas medidas cautelares, como forma de dotar o processo penal de maior eficácia, atendendo à necessidade premente do corpo social.

Para cumprir tal desiderato, haveria que se destacar do gênero “crimes de maior potencial ofensivo” aquelas espécies delitivas que, por razões próprias e

---

<sup>140</sup> Juary C. Silva, observando como a criminalidade se apresentava na década de 80 e fazendo analogia à subdivisão utilizada na Ciência Econômica (macroeconomia e microeconomia), propôs que se chamasse de microcriminalidade a criminalidade tradicional, dos atos individuais, do delinqüente ocasional, do criminoso profissional e até mesmo das quadrilhas urbanas, isto é, a criminalidade do artesão, para a qual está voltado o código penal. De outro bordo, a macrocriminalidade seria aquela que se apresenta sob forma empresarial, produto da organização e da cooperação dos criminosos, e que, no sentir do autor, estaria incontida (SILVA, Juary C. **A macrocriminalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980).

juridicamente aceitáveis, reclamam uma nova concepção do processo penal, para torná-lo um processo de resultado<sup>141</sup>. A tarefa, como se verá, não é fácil. O legislador brasileiro não ousou fazê-lo.

### **5.1. A experiência italiana de repressão ao crime organizado**

Quando o assunto é repressão ao crime organizado, logo vem a lume a experiência italiana nesse campo, que teve seu apogeu com a denominada “Operação Mãos Limpas”.

Ao longo de séculos, a sociedade italiana convive com as chamadas máfias, organizações criminosas de grande envergadura, que obtêm lucros exorbitantes atuando em atividades francamente ilícitas, como o tráfico de drogas (em especial heroína), extorsões disfarçadas de venda de proteção, evasão fiscal, assassinatos, fraude em concorrências públicas e corrupção ativa, e em atividades aparentemente lícitas, fomentadas com o capital reciclado de origem criminosa<sup>142</sup>.

As associações de modelo mafioso estão estruturadas em princípios rígidos de hierarquia e disciplina. Seus integrantes são recrutados mediante rigorosa seleção e inseridos em seus postos após juramentos solenes, verdadeiros “contratos para a vida”<sup>143</sup>. Contam com ramificações armadas para fazer valer pela força a vontade de seus líderes. São identificadas, conforme a legislação penal italiana, “pela intimidação (*intimidazione*), interna e difusa (chegando a atentados de matriz terrorista, como os recentemente ocorridos em Firenze: museu Uffizi e Roma); pelo perpétuo vínculo hierárquico (*assoggettamento*); e pela manifestação de silêncio,

---

<sup>141</sup> Nesse sentido, Wilson Lavoretti assinala que “parte da criminalidade continua sendo praticada de forma tradicional e atacando bem jurídicos individuais. Para essa criminalidade, temos formas de atuação apropriadas, contempladas no ordenamento jurídico existente. Por outro lado, parte da criminalidade surge de forma diferenciada, atuando de maneira organizada, complexa, menos ostensiva, com possibilidade de distanciamento entre vítima e autor, aproveitando-se de meios tecnológicos e da globalização, garantindo a sua impunidade e aproveitando-se de um ordenamento jurídico que ainda se busca encontrar dentro de toda essa complexidade” (LAVORETTI, Wilson e SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 18).

<sup>142</sup> No sentido do texto, MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. A ética judicial no trato funcional com as associações criminosas que seguem o modelo mafioso. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 80.

<sup>143</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José e PELLEGRINI, Angiolo. **Criminalidade organizada**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 17.

*omertà*, conseguida junto à população”<sup>144</sup>. No desempenho de suas atividades, tais associações atuam simultaneamente em campos flagrantemente ilegais (como o tráfico de drogas, a exploração dos jogos de azar, o contrabando, o tráfico de armas, o lenocínio, etc) e em atividades aparentemente lícitas (o que fazem com o emprego do dinheiro criminoso lavado e, ao depois, investido em empreendimentos imobiliários, turísticos, artísticos, no mercado de valores, etc).

Recentemente <sup>145</sup>, a Itália elegeu o combate ao crime organizado como prioridade política.

A legislação italiana passou a reconhecer duas formas de associações criminosas: as comuns, que são as quadrilhas ou bandos sem natureza de perpetuidade e sem programas de governo, e as de modelo mafioso, que, são “associações complexas, com programa delinqüencial de execução ininterrupta e estratégia de infiltração no Estado-legal”<sup>146</sup>.

Para o enfrentamento dos crimes praticados pelas associações dessa última espécie reformularam-se os organismos policiais, o Ministério Público e a magistratura, o sistema prisional e, fundamentalmente, o processo penal<sup>147</sup>. O novo aparato repressivo do Estado e os inéditos instrumentos processuais obnubilavam

---

<sup>144</sup> MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As associações criminosas transnacionais. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 62.

<sup>145</sup> Paulo José da Costa Júnior explica que, até 1980, a Cosa Nostra, uma das principais organizações mafiosas, era ainda “misteriosa e indecifrável”. Até então, somente eram submetidos à justiça os executores materiais dos crimes. Chefes e mandantes permaneciam impunes. Remonta àquele período uma nova concepção na repressão das organizações mafiosas, cujo foco, antes restrito às ocorrências delituosas, ampliou-se para a organização como um todo. A partir daí, o governo buscou desarticular essas associações, golpeando-as em seus pontos estruturais, que são suas alianças políticas e seus interesses financeiros (COSTA JÚNIOR, Paulo José e PELLEGRINI, Angiolo. **Criminalidade organizada**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 16).

<sup>146</sup> MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **Op. cit.**, p. 61.

<sup>147</sup> Armando Spataro, em conferência realizada no dia 13 de setembro de 1996, pelo Seminário Internacional “Drogas: debate multidisciplinar”, no Memorial da América Latina, destacou quatro aspectos da resposta institucional italiana contra a máfia, a saber: “a) a especialização da magistratura inquirente (Ministério Público), com a criação da Direção Nacional Antimáfia (DNA), assim como da Direção Distrital Antimáfia (DDA); b) a especialização da força policial; c) restrições carcerárias em relação aos mafiosos detidos (uma visita ao mês, restrições telefônicas, interceptação dessas comunicações, censura nas correspondências etc); d) atenuantes especiais e eficaz proteção em relação aos colaboradores processuais (hoje cerca de 1200 arrependidos estão sob proteção do Estado italiano), punição da ‘lavagem de dinheiro’” (*Apud*: GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2ª. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 53).

direitos e garantias individuais dos acusados, mas este ônus a sociedade haveria de suportar à vista da elevada finalidade desses institutos. Era o preço do combate ao câncer social. Parte da doutrina divisou, nessa empreitada, um novo direito ou um direito de emergência ou de exceção<sup>148</sup>.

As novas leis editadas para o enfrentamento do crime organizado poderiam ser agrupadas, segundo a doutrina<sup>149</sup>, em quatro categorias: **(a)** a legislação antiterrorismo; **(b)** a legislação anti-sequestros; **(c)** as medidas de proteção aos denominados “colaboradores da justiça”; e **(d)** a legislação antimáfia.

A legislação antiterrorismo (Dec.-lei 625/79, convertido na Lei 15/80; e Lei 304/82) cuidou de estabelecer o conceito de organizações destinadas a cometer atos de violência para fins de terrorismo ou de subversão do ordenamento constitucional. Tipificou o crime de seqüestro, quando cometido com os mesmos fins (arts. 270 *bis*, 280 e 289 do Código Penal). Estabeleceu o regime jurídico do arrependido, do dissociado e do colaborador<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Para Luigi Ferrajoli, consoante o testemunho de Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini, a legislação excepcional somente se tornou viável porque nascida no seio de uma verdadeira “cultura de emergência”. Inicialmente (entre 1974 e 1978) impunha-se lutar contra o terrorismo. E, aí, ampliaram-se os poderes da polícia. Depois, a legislação enfocou a magistratura (ministério público e juízes), fazendo que ela assumisse o controle da repressão ao terror, pela lida com os arrependidos. Nesse ponto, o processo penal já se apresentava como uma “máquina incontrolável sem as garantias tradicionais em favor do processado”. Na terceira fase, observada nos anos oitenta, o objetivo já não era o terrorismo, mas o crime organizado, o tráfico internacional, a criminalidade econômica e financeira, a corrupção política e administrativa, etc. Leis especiais são editadas e acabam por incidir sobre o código de processo penal de 1988, descaracterizando-o. Estabelecem o agravamento de penas, regime jurídico especial para o arrependido, o dissociado e o colaborador, ampliação do prazo da prisão preventiva, arresto de bens de pessoas próximas da vítima de seqüestro, proteção dos colaboradores da justiça, inversão do ônus da prova, inabilitações profissionais, utilização de prova emprestada, prisão cautelar obrigatória, direito premial, etc. (GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2ª. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 54).

<sup>149</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 15.

<sup>150</sup> Segundo Ada Pellegrini Grinover, o arrependido é aquele que, antes da sentença condenatória “dissolve ou determina a dissolução da organização criminosa; se retira da organização, se entrega, sem opor resistência ou abandona as armas, fornecendo, em qualquer caso, todas as informações sobre a estrutura e organização da *societas celeris*; impede a execução dos crimes para os quais a organização se formou; comete o crime de favorecimento com relação a membro da organização, mas fornece completa informação sobre o favorecimento”, sendo beneficiado com a extinção da punibilidade. O dissociado, a seu turno, é aquele que, antes da sentença condenatória, “se empenha com eficácia para elidir ou diminuir as conseqüências danosas ou perigosas do crime ou para impedir a prática de crimes conexos e confessa todos os crimes cometidos”. O dissociado é contemplado com diminuição especial da pena de um terço (não podendo superar os quinze anos) e substituição da pena de prisão perpétua pela de reclusão de quinze a vinte e um anos. O colaborador, finalmente, é

A legislação anti-sequestros (Lei 849/80, Dec.-lei 8/91 e Lei 82/91) conferiu nova redação ao artigo 630 do Código Penal, aumentando a pena e instituindo a prisão perpétua. Outra vez, referiu-se à figura do dissociado. Estabeleceu a indisponibilidade automática dos bens da pessoa seqüestrada, dispondo que o Ministério Público deve requerer o arresto dos bens da vítima, medida esta que pode ser estendida ao patrimônio de outras pessoas próximas a ela. Podem ser declarados nulos os negócios jurídicos praticados com o objetivo de fazer chegar o preço do resgate aos autores do seqüestro. Passou-se a admitir as operações policiais controladas pelo juiz e MP.

A proteção aos colaboradores da justiça está prevista, especialmente, na Lei 82/91 (originariamente o Dec. 8/91), a mesma que dispõe sobre o crime de seqüestro. Referido diploma manda que se adotem medidas idôneas a assegurar a incolumidade e assistência às pessoas presas e a seus parentes quando expostos a perigo em razão da colaboração com autoridades policiais e judiciárias. A lei dispõe sobre o programa especial de proteção, que pode abranger, inclusive, assunção de nova identidade.

A legislação antimáfia foi reformulada pela Lei 55/90. Definiu-se a organização do tipo mafioso, como aquela “formada por três ou mais pessoas, em que os que a integram se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeição e silêncio que dela deriva para cometer crimes, para adquirir de modo direto ou indireto a gestão ou o controle de atividades econômicas, de concessões, autorizações, empreitadas e serviços públicos, ou para auferir proveitos ou vantagens injustas para si ou para outrem”<sup>151</sup>. Tornou obrigatório o confisco dos instrumentos do crime e de seu produto. Introduziu no processo penal a inversão do ônus da prova acerca da procedência dos bens, cumprindo ao acusado demonstrar a origem legítima de seu patrimônio. Estabeleceram-se inabilitações ligadas à

---

aquele que, antes da sentença condenatória, além dos comportamentos já especificados, “ajuda as autoridades policiais e judiciárias na colheita de provas decisivas para a individualização e captura de um ou mais autores dos crimes ou fornece elementos de prova relevantes para a exata reconstituição dos fatos e a descoberta dos autores”. Para o colaborador, a lei italiana prevê redução da pena até a metade (ou até um terço, se a colaboração é de excepcional relevância), não podendo superar os dez anos, ou a substituição da prisão perpétua por pena reclusiva de dez a doze anos. (GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 16).

<sup>151</sup> **Id.**, **ibid.**, p. 20.

atividade empresarial ou a contratos com o Estado. Novos crimes econômicos foram descritos. A Polícia Judiciária teve seus poderes ampliados e foi reorganizada.

## 6. O MICROSSISTEMA DE REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO

### 6.1. Conceito de crime organizado

Na Itália, partiu-se da definição do crime organizado para se estabelecer mecanismos próprios para o seu enfrentamento. Todo o sistema repressivo do Estado, incluindo o instrumental legislativo, foi reformulado para o combate a essa modalidade criminosa. Ao lado do processo comum, concebeu-se o processo especial voltado exclusivamente para os delitos praticados pelas associações de modelo mafioso, que, embora supressor de direitos e garantias individuais, estaria justificado racionalmente<sup>152 153</sup>.

O legislador brasileiro inspirou-se no modelo italiano de repressão à criminalidade organizada e editou a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, para dispor sobre “a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.

Não tínhamos, entretanto, Cosa Nostra, Camorra, ‘Ndrangheta ou Stidda<sup>154</sup> para enfrentar. Havia, sem dúvida, algum grau de sofisticação e estabilidade em certas quadrilhas urbanas dedicadas ao tráfico de entorpecentes, de armas, de

---

<sup>152</sup> Mario Chiavario insiste que na Itália o processo penal tem ‘dupla via’: é um para os crimes comuns e outro para operar contra o crime organizado. Considera que essa solução não é irracional, em relação, justamente, às grandes capacidades intimidativas e inquietantes das organizações delinquentes. Mas faz sua ressalva: “não ficam eliminados todos os problemas: porque também nos processos para os piores delitos – aliás, sob dados perfis, especialmente nesses processos – certos *standarts* mínimos da *fair trail* deveriam sempre ser respeitados, se não quisermos que o prejuízo possa muito facilmente substituir um correto juízo; e também porque o apoio a praxes pouco escrupulosas nos confrontos das garantias das pessoas pode facilmente determinar um efeito de *transfert*, com conseqüências também nos processos ‘comuns’” (CHIAVARIO, Mario. **Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 5, p. 32).

<sup>153</sup> Walter Fanganiello Maierovitch também sustenta que, com a introdução do art. 416, *bis*, ao Código Penal italiano, foi instituído o sistema de *doppio binario*: “originariamente, o artigo 416 cuidava das associações para delinquir, exteriorizadas, por meio de quadrilhas e bandos. Posteriormente, cuidou-se, como fenômeno delinqüencial de agregação diversa e com maior potencialidade ofensiva, das associações do tipo mafioso. Estabeleceu-se o duplo trilho: associações criminosas comuns e associações criminosas de modelo mafioso. As de tipo mafioso com método, aparato estrutural e finalidade diversa (...)” (MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As organizações internacionais criminosas e as drogas ilícitas. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 6: críticas e sugestões**. 10 anos da Constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 122).

<sup>154</sup> São citadas as quatro organizações que na Itália seguem o modelo mafioso (MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. A ética judicial no trato funcional com as associações criminosas que seguem o modelo mafioso. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 80).

mulheres e de crianças, aos roubos, extorsões e seqüestros, à receptação de veículos, que, certamente, já exigia um arsenal investigativo e um processo penal de maior efetividade. E, nos termos do artigo 1º da lei em questão, os novos meios de prova e procedimentos investigatórios poderiam ser adotados diante do “crime resultante de ações de quadrilha ou bando”.

A opção legislativa<sup>155</sup> <sup>156</sup> não foi bem recebida pela doutrina. É que a lei equiparou a atuação de quaisquer quadrilhas urbanas com a de sociedades de criminosos estabelecidas sobre estruturas empresariais ou de grande envergadura<sup>157</sup>. Essa alternativa introduz alguma insegurança na persecução

---

<sup>155</sup> De acordo com Antonio Scarance Fernandes, seriam três as opções da doutrina e do legislador para forjar o conceito de crime organizado: “1a. - parte-se da noção de organização criminosa para definir o crime organizado, o qual, assim, seria aquele praticado pelos membros de determinada organização; 2a. - 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; 3a. - utiliza-se o rol dos tipos previstos no sistema e acrescentam-se outros, considerando-os como crimes organizados”. Esclarece o mestre que a primeira posição fora adotada no projeto de lei 3516, de 1989, que, em seu art. 2º, estipulava: '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'. Indica que, na doutrina, “ao distinguir entre 'criminalidade de massa' e 'criminalidade organizada', Winfried Hassenmer parece seguir essa tendência, buscando, para caracterizar a organização criminosa um dado essencial, fundamental, e que, para ele, seria o poder de corrupção do próprio sistema encarregado da persecução penal estatal” (FERNANDES, Antonio Scarance. Crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 36-37).

<sup>156</sup> Guillermo J. Yacobucci fala também de três modelos para a tipificação do crime organizado. Pelo primeiro, preferido nos anos 80, definem-se tipos penais específicos que descrevem as condutas próprias do crime organizado, pondo em relevo, de ordinário, a relação do grupo com o narcotráfico, a defesa da ordem político institucional, o tráfico de materiais sensíveis (armas, explosivos, etc), culturalmente significativos (obras de arte, informações técnicas) ou irrenunciáveis (imigrantes, órgãos humanos) e os relativos à ordem econômica e financeira nacional e supranacional. O segundo modelo propõe a definição da organização criminosa com certa independência dos delitos que constituem a sua finalidade, tendo por escopo perseguir, como permitia o antigo Direito Penal, a mera reunião de pessoas com fins ilícitos e que pudesse produzir certo alarma social. Reconhece o autor a dificuldade de se fazer distinção politicamente eficaz e juridicamente aceitável entre as espécies de associação. A terceira opção, mais freqüente no nosso tempo, enseja a criminalização não somente da instância associativa como também dos delitos considerados graves e próprios da criminalidade organizada. Problema que decorre dessa concepção é justificar a repressão do ato de constituir a organização criminosa independentemente da exteriorização delitiva concreta, em razão dos princípios que edificam o Estado Democrático de Direito e dúvidas concernentes às fórmulas que antecipam a punição e olvidam a aferição da culpabilidade (YACOBUCCI, Guillermo J. Los tipos penales relacionados con el crimen organizado. In: YACOBUCCI, Guillermo J (coord.). **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 73-78).

<sup>157</sup> Observa Walter Fanganiello Maierovitch que “o nosso Código Penal, apesar da última reforma, continuou a manter, no capítulo relativo aos crimes contra a paz pública, artigo contemplando a formação não episódica de quadrilhas ou bandos: artigo 288. Não cuidou das associações criminais de modelo mafioso. Não distinguiu associações criminosas perseguidoras de objetivos diferentes e

criminal, porque, nivelando por baixo condutas e autores, não oferece o discripe que autoriza o emprego de um recurso operacional mais agudo, muitas vezes invasivo da privacidade do suspeito ou potencialmente danoso a uma garantia processual<sup>158</sup>.

O legislador não foi sensível às críticas da doutrina. Mesmo com a edição da Lei nº 10.217/01, crime organizado e organização criminosa não foram definidos normativamente<sup>159 160</sup>.

---

muito mais temidas, que se encontram instaladas entre nós, algumas sob a aparência, 'fachada', de meros grupos de contraventores do jogo do bicho. Nivelou o nosso legislador, dando o mesmo tratamento sancionatório, quadrilhas ou bandos de estabilizados punguistas ou assaltantes, com associações delinqüenciais especiais, de matriz mafiosa. Melhor esclarecendo, na legislação brasileira, recebem igual enquadramento: gangsterismo urbano (quadrilha ou bando); associações de modelo mafioso e organizações transnacionais. Apenas as organizações eversivas merecem, quando cometem crimes políticos e que afetam a segurança nacional, tratamento diferenciado. Desconsiderou o legislador as máfias brasileiras. Encontra-se a legislação no rudimentar estágio de quadrilhas ou bandos, ainda não tendo chegado às organizações do tipo mafioso. Não há previsão legal para organizações transnacionais, pois ainda não se pensou na economia global, decorrente da *network* globalizada. Por conseguinte, até o momento, encontram-se esquecidas as organizações criminosas de modelo mafioso, cujos integrantes, pode-se afirmar com certeza, cometem 'ilícitos de lesa-pátria', aniquilando os direitos decorrentes da cidadania, impondo o silêncio à sociedade intimidada. São organizações que atuam infiltradas no Estado" (MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As associações criminosas transnacionais. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 62-63).

<sup>158</sup> Nesse sentido, Geraldo Prado. Após ressaltar a função garantista do tipo penal, o autor divisou "grave situação deflagrada [pelo art. 1º da Lei n. 9.034], uma vez que, fazendo menção a regular meios de provas concernentes a associações ou organizações criminosas, girava sua bateria indistintamente para os integrantes de quadrilhas ou bandos (...)". É que, segundo o seu pensar, a lei autorizou providências de intensa restrição de direitos fundamentais, que reputa inconstitucionais, prescindindo da verificação da necessidade de adotá-las, à luz do critério da proporcionalidade. "Na verdade", diz Geraldo Prado, "alvo da política criminal espelhada na Lei n. 9.034/95 eram as organizações criminosas responsáveis por crimes de expressivo potencial ofensivo, marcadamente os de corrupção estrutural e os violentos, de índole patrimonial" (PRADO, Geraldo. **Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental**. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 130).

<sup>159</sup> De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.034/95, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.217/01, o diploma normativo "define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo".

<sup>160</sup> Situação análoga ocorre na Espanha, com a edição da Ley Orgánica 3/1988, de 25 de maio, que reformou o Código Penal em matéria de delitos relacionados às atividades de organizações terroristas ou rebeldes, referindo-se a elas, sem defini-las. O Parlamento Vasco ingressou com ação de inconstitucionalidade contra os preceitos da lei em questão, argumentando que a norma atentava contra o princípio da legalidade penal e resultava inconciliável com a exigência da tipicidade derivada do art. 25.1. da Constituição espanhola. No entanto, em decisão datada de 12 de março de 1993, o Tribunal Constitucional rechaçou a tese de inconstitucionalidade, argumentando que a expressão 'organização terrorista' está inserida em ordenamento que proporciona dados para a determinação clara e precisa da noção que satisfaz o princípio da tipicidade penal. Comentando o julgado, Anglí afirma, com apoio em Muñoz Conde, que a interpretação sistemática autoriza a dizer que 'organizações terroristas' são, para o ordenamento jurídico espanhol, "aquellas bandas, organizaciones o grupos cuya finalidad se ala de subvertir rel orden constitucional o alterar

Tem-se sustentado que, não tendo a lei brasileira definido o que é crime organizado e quais os crimes que as associações criminosas praticam, cumpriria à doutrina fazê-lo.

Observa-se entre os autores duas tendências no desempenho desse mister. Há aqueles que, influenciados pela lei da Itália, procuram trasladar as características arroladas naquele país para a nossa realidade. Outros, cômicos de que o crime se apresenta diferentemente em cada lugar, esforçam-se em forjar conceito compatível com as novas formas de criminalidade que emergem em terras brasileiras<sup>161 162</sup>.

Alberto Silva Franco arrola as seguintes características do crime organizado: **(a)** o caráter transnacional, salientando que apresenta características assemelhadas em várias nações; **(b)** o imenso poder, que decorre de estratégia global e estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; **(c)** provoca dano social de grande vulto; **(d)** possui grande força de expansão; **(e)** dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; **(f)** apresenta intrincado

---

gravemente la paz pública” (ANGLÍ, Mariona Llobet. Los delitos de terrorismo em el código penal español. In: YACOBUCCI, Guillermo J (coord.). **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 128).

<sup>161</sup> Manuel López-Rey admite, contudo, que “existem duas modalidades de crime organizado: a norte-americana-italiana, que tem uma certa categoria internacional, e a mais modesta, de índole regional ou local, que pode florescer em qualquer país” (*Apud*: GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2ª. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 73).

<sup>162</sup> Juarez Cirino dos Santos afirma, com apoio na doutrina de Zaffaroni (*El crimen organizado: una categoría frustrada*), que a amplitude dos fenômenos criminosos acolhidos pela expressão crime organizado faz dela um rótulo sem validade científica, carente de conteúdo jurídico-penal ou criminológico, em suma, uma “categoria frustrada”. Sustenta que há dois discursos sobre o crime organizado: o americano e o italiano. O discurso americano sobre “organized crime” considera que, no passado, em plena vigência da lei seca (*Volstead Act, 1920*), organizações secretas, centralizadas e hierarquizadas, foram constituídas por grupos étnicos estrangeiros para sustentar o mercado ilícito de bebidas. Superada a proibição incidente sobre essa mercadoria, o eixo de atuação dessas associações se deslocou para o tráfico de drogas, pondo em risco o “american way of life”. Santos insiste que o autor argentino teria desmontado esse mito, demonstrando que as atividades atribuídas ao crime organizado foram, na verdade, realizadas por grupos locais desarticulados, “sem a organização estrutural de conspiração defendida pelos controles social, político e mídia americanos”. Sobre o discurso italiano, Juarez Cirino dos Santos admite que a expressão “crimine organizzato” esclarece algo sobre a realidade doméstica do fenômeno mafioso, mas ressalva que esse conceito não pode ser simplesmente transferido para outros contextos nacionais, sem grave deformação do objeto de estudo. Mesmo diante das conclusões da CPI do Narcotráfico e das confissões obtidas por alguns dos criminosos, reluta em afirmar a existência do crime organizado em terras brasileiras, convencido de que “conceitos sem validade científica não podem ser demonstrados”. Lamenta que a política criminal lançada com estardalhaço contra o “indefinível crime organizado” introduz mecanismos lesivos dos fundamentos constitucionais do direito e do processo penal do Estado Democrático de Direito (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Crime organizado**. In: BONATO, Gilson (org.). *Direito Penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 139-150).

esquema de conexões com outras associações criminosas e ligações com quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; **(g)** produz atos de extremada violência; **(h)** detém poder de corrupção de difícil visibilidade; **(i)** vale-se de mil disfarces; e **(j)** é capaz de “inerciar ou fragilizar” os poderes do Estado<sup>163</sup>.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes entende que o crime organizado consiste no “fenômeno da delinqüência associativa elevada a seu maior grau, numa sistematização que fica totalmente a cavaleiro das normas usuais sobre o concurso de agentes”<sup>164</sup>. É, no seu sentir, uma das expressões da macrocriminalidade, aquela que ostenta as características de um empreendimento sistemático e que envolve a justaposição de atividades econômicas distintas, que se concatenam sob direção centralizada, tal como a compreendem os norte-americanos. A multiplicidade da atuação criminosa (tráfico de drogas, usura, prostituição, jogo, extorsão) é outra característica marcante desse ente jurídico. A impessoalidade também é inerente à criminalidade organizada, razão pela qual a estrutura da organização não é discernível por fora, mas apenas por dentro<sup>165</sup>. Propõe o autor, no entanto, que a expressão criminalidade organizada se restrinja às situações em que “o braço com o qual pretendemos combater toda e qualquer forma de criminalidade seja tolhido e paralisado: quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tornem extorquíveis ou venais”<sup>166</sup>.

Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia sustenta que “o que a expressão crime organizado quer denotar não tem ligação exata com o uso corrente do vocábulo crime no direito penal, quer analiticamente, como tipicidade, ilicitude e culpabilidade,

---

<sup>163</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Um difícil processo de tipificação**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 21, p. 05, set. 1994.

<sup>164</sup> LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a lei 9.034/95. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 174-181.

<sup>165</sup> Maurício Antônio Ribeiro Lopes sustenta que a disciplina do concurso de agentes do nosso Direito Penal e da prova que se exige para a demonstração da participação no crime isolado são ineficazes *a priori* contra a criminalidade organizada. De acordo com o autor, obter-se a condenação de um ou alguns agentes em razão da consumação de um crime isolado não é suficiente, porque deixa intocada a organização em si (**Id.**, **Ibid.**, p. 181).

<sup>166</sup> **Id.**, **Ibid.**, p. 174-175.

quer formalmente, como a ação ou omissão vedada pela lei sob a ameaça de inflição de uma pena”<sup>167</sup>.

Luiz Flávio Gomes duvida da existência de crime organizado em nível internacional em nosso país. Observa, no entanto, que dados empíricos apontam para a realidade do crime organizado em regiões definidas, citando, como exemplo de organizações criminosas, o “Comando Vermelho”, criado nos anos 70 no presídio da Ilha Grande (RJ), ou a “Scuderie Detetive Le Cocq”, entidade parapolicial surgida no Espírito Santo. Refere-se ao fato com preocupação, convicto de que o crime organizado “faz parte da criminalidade que está (ainda) fora do controle penal”<sup>168</sup>. Lamenta que a lei 9.034 não tenha conceituado o crime organizado e o tenha equiparado à quadrilha ou bando do Código Penal, porque, segundo o seu pensar, para que se a repute organizada, a associação deve possuir algumas das seguintes características: **(a)** hierarquia estrutural; **(b)** planejamento empresarial; **(c)** uso de meios tecnológicos avançados; **(d)** recrutamento de pessoas; **(e)** divisão funcional de atividades; **(f)** conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público; **(g)** oferta de prestações sociais; **(h)** divisão territorial das atividades ilícitas; **(i)** alto poder de intimidação; **(j)** alta capacitação para a prática de fraude; e **(l)** conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa<sup>169</sup>.

Winfried Hassemer observa que a criminalidade organizada tem sido apresentada à opinião pública como algo explosivo, “que pode devorar-nos todos”<sup>170</sup>, dando ensejo a profundas incisões nas garantias tradicionais do processo penal. Afirma que não há consenso na doutrina sobre em que consiste a criminalidade organizada e propõe que se reflita sobre um conceito útil, capaz de “isolar um potencial de ameaça qualitativamente novo”. A seu ver, esse elemento diferenciador existirá quando se confundirem os limites entre a criminalidade e o

---

<sup>167</sup> MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1977, p. 4.

<sup>168</sup> GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2ª. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 84-85.

<sup>169</sup> **Id.**, **Ibid.**, p. 98-100.

<sup>170</sup> HASSEMER, Winfried. **Segurança pública no Estado de direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 5, p. 55.

combate à criminalidade pela corrupção da persecução penal por meios criminosos<sup>171</sup>.

Guaracy Mingardi, que se deteve no assunto sob o prisma da sociologia, convenceu-se de que o crime organizado adota, hoje, dois modelos: o tradicional e o empresarial. O crime organizado tradicional é aquele formado por pessoas reunidas em grupo e voltadas especificamente para atividades ilícitas e clandestinas. Esse grupo estaria estruturado hierarquicamente e planeja as suas ações, dividindo o trabalho e o lucro obtido na venda de produtos ou serviços ilícitos. Manifesta-se pelo uso da violência e da intimidação e, de ordinário, está protegido por setores do Estado. Diferencia-se de quadrilhas comuns porque possui determinada clientela, impõe o silêncio aos seus membros ou a pessoas próximas e exerce seu poder sobre determinado território. Já o crime organizado empresarial, segundo o autor, abandonou os conceitos de honra, lealdade, obrigação, etc. e não é facilmente diferenciado de uma empresa legal. Sua característica mais marcante é transpor para o crime métodos empresariais<sup>172</sup>.

Não há, portanto, uma única definição de crime organizado. O conceito se forja de acordo com o ambiente em que se insere a organização, influenciado por aspectos sociológicos e pela experiência normativa da comunidade em que o fenômeno se manifesta. O núcleo comum aos conceitos de criminalidade organizada em voga contém a idéia de organização de pessoas com a finalidade de cometer delitos de alta reprovabilidade social e de claro conteúdo econômico.

## **6.2. O conceito de crime organizado e a realidade brasileira**

O crime organizado existe em terras brasileiras.

Pelo noticiário constatamos as mais variadas formas de criminalidade fora de controle, imune à persecução penal clássica e que, a olhos desarmados, no que diz respeito ao sujeito ativo, extravasa os contornos das definições legais de concurso de agentes e quadrilha.

---

<sup>171</sup> HASSEMER, Winfried. **Segurança pública no Estado de direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 5, p. 59.

<sup>172</sup> MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998, p. 82-88.

Os poderes Executivo e Legislativo estão sob suspeição. Deputado trouxe a lume que parlamentares receberiam mesadas para se manter fiéis ao governo. Índícios veementes do denominado “mensalão”, colhidos após a delação de um deputado, instalaram no país uma grave crise institucional, que se exaspera na medida em que peças de intrincado quebra-cabeça evidenciam engenhoso esquema de corrupção espreado entre ministérios, estatais, autarquias, partidos políticos e fundações. Suspeita-se, agora, que dinheiro destinado à publicidade de empresa pública teria ingressado, mediante artifício destinado a ocultar a operação, num certo partido político, para cobrir as despesas de campanha eleitoral<sup>173</sup>.

O tráfico de entorpecentes é outra dimensão do crime organizado no Brasil<sup>174</sup>. Estima-se que movimente em dinheiro algo entre 3 a 5% do PIB<sup>175</sup>. Nos últimos anos, adotou modelos empresariais de atuação. Sua maior visibilidade, no entanto, decorre da ação extremamente violenta dos pequenos e médios traficantes, na disputa que exercem, a *manu militari* e de forma perene, pelo controle de territórios e de comunidades. São incipientes as ações policiais que se dirigem contra a estrutura

---

<sup>173</sup> Cf. Dinheiro público alimentou “mensalão” do PT, afirma CPI. Folha de São Paulo, São Paulo, 4 nov. 2005. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0411200502.htm> >. Acesso em 26 fev. 2006.

<sup>174</sup> O tráfico de entorpecentes, como se sabe, tem caráter transnacional. Para o abastecimento do mercado europeu, os cartéis colombianos atuavam, até 1970, no refino da cocaína plantada no Peru e na Bolívia, usando insumos químicos, principalmente éter e acetona, provenientes do Brasil. A partir de 1980, esses cartéis passaram a contar com investimentos da *Cosa Nostra*. A cocaína passou a ser cultivada na própria Colômbia, em área estimada em 100 mil acres. Com a redução do cultivo da papoula na Tailândia, Laos, Turquia e Paquistão, em razão de ações coordenadas das Nações Unidas, perto de 50 mil acres da Colômbia foram destinados à heroína. 30 mil guerrilheiros protegem cerca de 350 mil trabalhadores rurais no cultivo de drogas às margens do rio Caguán, na cidade de Remolinos. A *Cosa Nostra* obteve o monopólio do mercado europeu e estabeleceu poderosa rede internacional de produção e distribuição de entorpecentes. Com a prisão dos sicilianos Cuntrera, radicados em Caracas, o eixo de escoamento da droga colombiana, peruana e boliviana alterou-se para o Brasil, surgindo, então, “máfias emergentes, brasileiras, dedicadas ao transporte das drogas (cocaína e heroína) pelo território nacional e promoção de embarques pelo nosso principal porto: Santos”. O aumento dos toxicodependentes estaria relacionado ao fato de que nossas máfias dedicadas ao transporte de drogas seriam remuneradas com a própria cocaína, que, então, fica destinada ao consumo doméstico (MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As organizações internacionais criminosas e as drogas ilícitas. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 6: críticas e sugestões**. 10 anos da Constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 130).

<sup>175</sup> Giovanni Quaglia estima que, juntos, o narcotráfico, o contrabando e o terrorismo movimentam uma quantidade de dinheiro estimada em US\$ 1,4 trilhão, cerca de 4% do PIB mundial (A nova fronteira do crime. **O Globo**. Rio de Janeiro. 6 set. 2004. Disponível em <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=148341>>. Acesso em 26 fev. 2006.

do tráfico voltada à produção e distribuição da mercadoria ilegal e sobre o fabuloso lucro com ela obtido<sup>176</sup>.

À vista de todos se encontram, também, as facções e partidos criminosos. Têm eles estatutos, orçamento, rituais de ingresso e finalidades ilegais declaradas. Seus líderes, embora presos, estão atuantes e, com alguma regularidade, demonstram a força de suas organizações, como ocorreu no curso de 2003, na execução de um sem-número de atentados a bases policiais<sup>177</sup>. Constituem-se, assim, um “sistema de poder”<sup>178</sup> que, em outras plagas, caracterizam o crime organizado.

O jogo de azar é outro exemplo visível do crime organizado, embora sob a rubrica de uma contravenção penal. Para a manutenção dessa atividade ilícita, da clientela e de territórios, inúmeros crimes graves – que incluem homicídios, corrupção ativa e extorsões – são metodicamente realizados.

A par dessas modalidades, indicadas de forma exemplificativa, há quadrilhas dedicadas a seqüestros, roubos de carga e a bancos, resgate de presos, crimes

---

<sup>176</sup> Daí a observação de Walter Fanganiello Maierovitch: “Evidente que a repressão nas esquinas, favelas e morros jamais cortará as *nets* tecidas pelas organizações mafiosas, cujos chefes não freqüentam tais lugares. A difusão da droga encontra-se ‘terceirizada’ e a venda é realizada por pessoas sem vínculos com as máfias e prontamente substituídas” (MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As organizações internacionais criminosas e as drogas ilícitas. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 6: críticas e sugestões**. 10 anos da Constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 131).

<sup>177</sup> No final do ano de 2003, foram contabilizadas dezenas de ataques às bases comunitárias e a prédios das polícias militar e civil no Estado de São Paulo, atribuídos ao Primeiro Comando da Capital (PCC). Na ocasião, o Delegado de Polícia Godofredo Bittencourt Filho, diretor do Departamento de Investigações sobre o Crime Organizado (Deic), revelou à imprensa que, em interceptação telefônica, soube-se que os atentados consistiram em represália à negativa do governo paulista em conceder certas “mordomias” nos presídios (PCC promete manter ataques até sábado. Jornal de Brasília, edição de 6 nov. 2003. Disponível em <<http://www.dpf.gov.br/DCS/clipping/novembro/CS%20de%20Novembro.htm#n26479>>. Acesso em 26 fev. 2006.

<sup>178</sup> Acerca do “sistema de poder” que caracteriza o crime organizado, remete-se o leitor à distinção clássica entre o delinqüente mafioso e o delinqüente comum, transcrita em texto de Walter Fanganiello Maierovitch, evidenciando os fatores que conduzem aquele à impunidade (MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As organizações internacionais criminosas e as drogas ilícitas. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 6: críticas e sugestões**. 10 anos da Constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 124-125). Essa dinâmica subsiste entre nós, adaptada aos tempos atuais. Manifesta-se pelas reiteradas investidas que certas facções criminosas dirigem contra autoridades da polícia, ministério público e juizes, com violência, grave ameaça e corrupção, delineando a intimidação e o esforço voltados à neutralização do aparato repressivo do Estado.

eletrônicos, que, pelo seu elevado grau de sofisticação e estabilidade, podem ser consideradas como expressões de uma nova categoria delitiva. A especialização desses grupos propicia às facções criminosas a terceirização de condutas ilícitas consistentes em crimes-meio ou componentes de empreitadas ilegais de maior envergadura.

Essas manifestações delitivas mostram-se sortidas. Têm em comum, entretanto, o notável gravame social que delas decorrem. Suas ações, ainda que dirigidas a vítimas específicas, difundem o medo no seio da população e esgarçam a autoridade do Estado. Põem em evidência a inoperância do sistema repressivo como um todo e, em particular, a ineficácia dos meios tradicionais de investigação. Traduzem-se em perigo concreto não somente à segurança de certa comunidade, mas à ordem pública considerada como um todo, enquanto condição de subsistência e desenvolvimento de uma nação<sup>179 180</sup>.

Bem por isso, mostra-se insuficiente a proposta mais difundida de que o conceito de crime organizado emana da constatação da promiscuidade entre as associações de delinqüentes e o poder constituído. Esse discrimine, embora interessante sob o prisma doutrinário, tem a desvantagem de desprezar importantes fenômenos criminosos, que merecem tratamento jurídico diferenciado, não somente por causa da gravidade objetiva do fato, como também em razão do modo como se organizaram os sujeitos ativos para a execução do fato típico. Há outra desvantagem nessa opção, que é subordinar a investigação e persecução penal diferenciadas à constatação *ex ante* do vício de funcionamento do serviço público, situação que, de ordinário, somente se revelará ao final do trabalho policial eficiente.

---

<sup>179</sup> Por isso, há quem identifique o crime organizado em razão do bem jurídico atingido. Aos delitos comuns relacionam-se bens jurídicos particulares, já amparados por outras normas. Já o crime organizado afeta um bem jurídico macro-social, “de tipo institucional y vinculado de manera esencial con el orden público”, que praticamente corresponde à finalidade da política criminal, isto é, a tranqüilidade e a ordem social (YACOBUCCI, Guillermo J. Política criminal y delincuencia organizada. In: YACOBUCCI, Guillermo J (coord.). **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 53).

<sup>180</sup> Há consenso no sentido de que o terrorismo é outra espécie delitiva que afeta, além dos bens jurídicos individuais atacados, um bem jurídico coletivo que, num plano simbólico, representa os “elementos esenciales de la organización o convivencia social recogidos em la Constitución” (Cancio Meliá, M. Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. *Apud*: ANGLÍ, Mariona Llobet. Los delitos de terrorismo em el código penal español. In: YACOBUCCI, Guillermo J (coord.). **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 125).

Estabelecidas tais premissas, nota-se que o legislador instituiu entre nós um único requisito para a definição do crime organizado: a pluralidade de agentes<sup>181</sup>. Tal requisito, como se intui, é insuficiente para estabelecer o conceito. Mas é um começo.

A lei traz, portanto, o início da definição. Não há crime organizado praticado por um sujeito individualmente. Também não o há no regime de co-autoria e participação, pelo menos de acordo com a fórmula do concurso de pessoas instituída pelo Código Penal, incapaz de alcançar a maior parte dos membros do grupo criminoso, isto é, aqueles que não praticam as condutas nucleares dos crimes atribuídos à organização, não contribuem diretamente para os atos de execução ou os terceirizam<sup>182</sup>.

O crime organizado, sob o prisma normativo, é aquele que decorre de “ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”, de acordo com a Lei n. 9.034, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Deve-se entender, no entanto, que a lei alude à célula-mínima do crime organizado. Interpretação diversa equipararia a quadrilha ou bando à organização criminosa, comprometendo o conceito sobre o qual foi centrado o microsistema de regras procedimentais específicas.

Não é desarrazoada a adoção de uma célula mínima – o conceito legal de quadrilha ou bando – para a definição de organização criminosa. Também as Nações Unidas, pela Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), conceituaram o “grupo criminoso organizado” como aquele constituído por três ou mais pessoas, de forma estável (deve existir há

---

<sup>181</sup> Sem dúvida, a pluralidade de agentes constitui-se no único requisito legal da definição de crime organizado. Tal conclusão deriva da constatação de que a Lei nº 9.034, de prevenção e repressão ao crime organizado, dispõe, pela redação determinada pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, que os meios operacionais nela discriminados devem incidir “sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” (art. 1º).

<sup>182</sup> Razão pela qual Guillermo J. Yacobucci sustenta que, “en los tipos penales del crimen organizado, se exigen fórmulas ampliadas del concepto básico de dominio del hecho o nociones normativizadas que sirven para discernir responsabilidades hacia el interior de la organización” (YACOBUCCI, Guillermo J. Los tipos penales relacionados con el crimen organizado. In: YACOBUCCI, Guillermo J (coord.). **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 92).

algum tempo), para o fim de cometer infrações graves ou definidas na convenção, em atuação concertada e com vista à obtenção de vantagens materiais ou econômicas. Cuida-se de definição muito próxima à do artigo 288 do Código Penal brasileiro acrescida dos requisitos ditados pela jurisprudência, a saber, estabilidade e estruturação. A Convenção de Palermo, aliás, integra hoje nosso ordenamento jurídico, vez que foi promulgada pelo Decreto n. 5.015, de 12.03.2004, após sua aprovação pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo n. 231, de 29.05.2003).

De nada serve a referência às “associações de qualquer tipo” existente na Lei n. 9.034. Nosso ordenamento jurídico não as define. Associação remete à idéia de liga, de organização, de sociedade, à noção de grupo reunido por objetivo comum. Essa acepção não prescinde, ao menos para a interpretação do diploma legal, do conceito de quadrilha, em cuja definição legal se encontra, como conduta nuclear do tipo, justamente o “associar-se”. A disjuntiva “ou” encontrada no art. 1º em nada altera a noção de que o ponto de partida para a conceituação de crime organizado é, ainda, a quadrilha ou bando, tornando estéril a investigação sobre o sentido da expressão “associações de qualquer tipo”. Qualquer labor a ser realizado no sentido de conceituar o crime organizado, em atenção ao direito positivo, haverá de considerar que este só existe como manifestação de uma quadrilha ou bando, no mínimo.

Quadrilha ou bando é ente que decorre da associação de mais de três pessoas, de forma permanente e estável, para o fim de cometer crimes. É o que dispõe o Código Penal. Além desses requisitos, os integrantes da quadrilha devem ter consciência do vínculo associativo.

O diferencial entre quadrilha (ou bando) e organização criminosa, dado que ambas as espécies aglutinam a pluralidade de agentes, estará, por certo, na finalidade ou no modo como esta realiza os seus objetivos. Eis a idéia que pretende aglutinar as diversas contribuições da doutrina, expostas em tópico antecedente, sobre o seu conceito.

Enquanto a definição da quadrilha completa-se com o “fim de cometer crimes”, a organização criminosa agrega a tal destinação um programa específico, que a sua estrutura apurada viabiliza. A quadrilha existe para a prática de crimes; a

organização criminosa tem por escopo a realização do crime organizado, isto é, aquele que concretiza a específica finalidade para a qual a estrutura criminosa foi concebida e põe em risco o bem jurídico coletivo. Já não há lugar para o empirismo, tão próprio das quadrilhas urbanas e bandos de delinquentes. A consumação dos tipos penais decorre da composição de forças obtida no âmbito de um grupo criminoso com estrutura orgânica mais refinada.

Tal com o a quadrilha, a associação criminosa pode cometer crimes diversos. Esses crimes, entretanto, devem gravitar em torno daquele que determinou, na constituição da organização, a sua estrutura. A organização criminosa possui uma finalidade precípua, como o tráfico de entorpecentes, à qual se prende o seu programa de atuação. Delitos outros praticados pela associação, quando existirem, terão como pano de fundo a manutenção da atividade-fim ou a realização dos lucros dela extraídos. A essa altura, aliás, visando à circulação do dinheiro obtido, serão identificadas até mesmo ações lícitas (ou de aparente licitude) desenvolvidas pela organização.

O crime que constitui o objetivo da associação ilícita ou alguns dos crimes que serão cometidos para viabilizar o seu funcionamento não de ser reputados graves para que se identifique a organização criminosa. Há, nesse aspecto, consenso universal<sup>183</sup>. Mais que isso, pela sua extensão ou forma de execução, deve pôr em risco a ordem pública considerada como um todo ou, em hipótese extremada, as instituições, os princípios ou as condições de subsistência do Estado Democrático de Direito. É isso o que justifica, aliás, as medidas de maior potencial reativo.

A organização criminosa é, portanto, o grupo constituído por três ou mais pessoas, de forma estável, para o fim de, em atuação concertada, cometer crimes que põem em risco a segurança pública, instituições ou princípios do Estado

---

<sup>183</sup> O Conselho da União Européia descreveu, originariamente, em 1998, a organização criminosa como uma associação estruturada de mais de duas pessoas, com estabilidade temporal, que atua de maneira concertada com a finalidade de cometer delitos que contemplem uma pena privativa da liberdade pessoal ou medida de segurança de igual característica não inferior a quatro anos (ou com pena mais grave), delitos que tenham uma finalidade em si mesmos ou sejam meios de obter um benefício material ou influir indevidamente na atividade da autoridade pública (YACOBUCCI, Guillermo J. Política criminal y delincuencia organizada. In: YACOBUCCI, Guillermo J (coord.). **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 56-57).

Democrático de Direito, com vista à obtenção de vantagens materiais ou econômicas.

O crime organizado é o fato típico e antijurídico que põe em risco a segurança pública, instituições ou princípios do Estado Democrático de Direito e é realizado por uma organização criminosa.

Daí a exigência de reação por parte do Estado e a adoção de mecanismos que, de alguma forma, possam se opor ao poderio desses novos entes jurídicos.

### **6.3. Meios operacionais**

A detecção do crime organizado em nosso país tem conduzido à proficiente concepção de novos meios operacionais para fazer frente a essa categoria delitiva.

Para os ilícitos da década de 40, da edição do Código de Processo Penal, um inquérito policial que reunisse, além da prova da realidade do crime (normalmente demonstrada pelo laudo pericial), as declarações do ofendido, depoimentos de testemunhas e o interrogatório do imputado seria suficiente. Para certa parte dos crimes modernos, praticados por quadrilhas com estruturas empresariais, sem apego ao território ou com o emprego de sofisticada tecnologia, todavia, já não são eficientes os vetustos mecanismos de investigação.

No novo panorama, novos métodos de investigação e prova dos crimes mais sofisticados são admitidos, o que representa a recepção pelo nosso ordenamento de técnicas que, em outros países, vêm sendo empregadas na busca de um processo penal de resultados.

Esses novos meios operacionais reclamam releitura de princípios processuais, como o do contraditório, e demandam profunda reflexão sobre seus limites, vez que desafiam mais intensamente direitos individuais<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup> “Los actos de investigación comprometen en mayor o en menor grado derechos y garantías de personas que son vinculadas no solamente como imputadas a esa actividad, sino también como terceros y que, pese a ello, es necesario llevar adelante la actuación porque de no hacerlo se tornaría imposible la función penal del Estado en su fase procesal” (MOM, Jorge R. Moras. **La investigación em el proceso penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 21).

Ver-se-á que a lei cogita sobre eles ao tratar do crime organizado e de manifestações delitivas consideradas graves. Há uma razão para isso e essa razão está ligada à legitimidade de seu emprego, sobre a qual discorreremos em seguida, após a apresentação do rol desses mecanismos.

### **6.3.1. Sigilo da investigação**

O sigilo é atributo inerente às investigações criminais, sendo essa a razão pela qual o artigo 20 do CPP determina à autoridade policial que assegure no inquérito o sigilo *necessário* à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Marcelo Batlouni Mendroni observa que o sigilo na fase pré-processual decorre do princípio da igualdade de armas: o criminoso não está obrigado a revelar seus atos ilícitos à autoridade competente e a esta não se exige que explicito o modo como investiga até que forme o seu convencimento sobre o crime e seu autor. O sigilo durante a fase de investigação é expressamente previsto nos ordenamentos jurídicos da Alemanha, Itália, França e Espanha<sup>185 186</sup>.

O direito pátrio abriga, no entanto, a norma do artigo 7.º, inciso XIV, da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - EAOAB), segundo a qual é direito do advogado “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”. Em razão desse dispositivo, colhem-se inúmeros julgados que declaram ser irrestrito o direito de acesso aos autos de inquérito ao advogado do investigado.

O incondicional acesso do advogado aos autos do inquérito policial esvazia por completo o sigilo preconizado pelo código de processo. Dir-se-á que, sendo o Estatuto da Advocacia lei posterior, teria revogado a regra procedimental do sigilo,

---

<sup>185</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 206-209.

<sup>186</sup> Alonso Martinez explica, na Exposição de Motivos da lei espanhola, que o segredo é uma forma de compensar a dianteira ou vantagem que – presumidamente – o autor do delito possa ter tomado. O segredo interno serviria, assim, para equilibrar as forças entre o Estado e o delinqüente (*Apud*: LOPES JÚNIOR, Aury. Direito de defesa e acesso do advogado aos autos do inquérito policial: desconstruindo o discurso autoritário. In: BONATO, Gilson (org.). **Processo penal: leituras constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 59).

no sentir de alguns, incompatível com as garantias da ampla defesa e do contraditório.

O argumento é sonoro, mas não resiste à crítica mais percuciente.

Inquérito policial não é processo, porque não decide coisa nenhuma, nem constitui um fim em si mesmo. Não é fase do processo penal<sup>187</sup>. É procedimento para o simples registro da atividade investigativa, não estando sujeito ao contraditório<sup>188</sup>. Serve para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público e, uma vez ajuizada a ação penal, à verificação da justa causa ou da plausibilidade da acusação.

Como regra geral, a vista do advogado ao inquérito policial não há de ser proibida. No entanto – e não se perdendo de vista que no inquérito se registram os atos investigativos da Polícia Judiciária – alguns têm de ser restritos, ao menos em algumas de suas etapas. É que certos meios de investigação são absolutamente incompatíveis com a publicidade da diligência, exigindo, no período em que tem curso, o sigilo. São inconciliáveis a infiltração de agentes, a ação controlada ou a interceptação telefônica com o conhecimento do investigado.

Voltemos os olhos ao artigo 20 do CPP e constatamos que o sigilo se justificará pela necessidade da elucidação do fato e interesse da sociedade. Essa leitura é perfeitamente compatível com o Estatuto da Advocacia. Como regra geral, os investigados – pessoalmente e por seus advogados – têm acesso aos autos do

---

<sup>187</sup> Colhe-se em julgado do Superior Tribunal de Justiça o seguinte: “Processo e inquérito policial são institutos distintos, não se confundem. No primeiro, há imputação de ilícito penal a alguém; no segundo, faz-se investigação a respeito de possível fato delituoso. Cumpre corrigir engano corriqueiro de o inquérito policial ser ‘fase’ do processo penal. Configuram-se relações jurídicas distintas” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em habeas corpus n. 7.818. Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 22 set. 1998 – Diário da Justiça da União de 19 out. 1998, p. 159; Revista do STJ n. 113, p. 387).

<sup>188</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21), . p.135-136. No mesmo sentido, Antonio Scarance Fernandes, para quem, “ao mencionar o contraditório, impõe seja observado em processo judicial ou administrativo, não estando aí abrangido o inquérito policial, o qual constitui um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa, não configuradores de um processo administrativo. Sequer o inquérito é procedimento, pois falta-lhe característica essencial do procedimento, ou seja, a formação por atos que devam obedecer a uma seqüência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um ato, passa-se à do seguinte até o último da série, numa ordem a ser necessariamente observada”. Este autor, no entanto, reconhece haver entre os doutrinadores quem entenda de modo contrário (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64).

inquérito policial. No entanto, quando através desses inquéritos se lança mão dos meios de investigação cujo segredo lhes é inerente (infiltração, ação controlada, interceptação telefônica), a autoridade policial deverá assegurar o sigilo do feito, pelo tempo necessário à efetivação da diligência, o que se sujeitará ao controle jurisdicional.

Não percamos de vista, aliás, que as normas que regulam a utilização desses meios de investigação foram editadas após o Estatuto da Advocacia. Sendo assim, não há como se invocar o artigo 7.º, inciso XIV, da Lei n.º 8.906/94, uma vez que sua aplicação, na amplitude originária, esvaziaria por completo os novos recursos postos à disposição da sociedade e da Polícia para o descortino de certas infrações penais e a responsabilização de seus autores.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontramos interessante solução para compatibilizar o ilimitado acesso do advogado ao conteúdo do inquérito policial e a efetividade das diligências sigilosas por excelência: o acesso ao inquérito deve ser permitido; as peças pertinentes às diligências secretas não precisam constar do inquérito policial, enquanto não forem concluídas (devem ser objeto de autos apartados, seguindo o que preconiza o artigo 8.º da Lei n. 9.296). O investigado, por seu advogado, somente teria conhecimento das informações já introduzidas no inquérito policial<sup>189</sup>.

---

<sup>189</sup> Extrai-se de acórdão da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, a seguinte solução para a conciliação dos interesses da investigação e do direito à informação do investigado, que nasceria das seguintes vertentes:

“A primeira é a clara distinção, no curso do inquérito policial, daquilo que seja a documentação de diligências investigatórias já concluídas – que há de incorporar-se aos autos, abertos ao acesso do advogado – e a relativa a diligências ainda em curso, de cuja decretação ou vicissitudes de execução nada obriga a deixar documentação imediata nos autos do inquérito.

‘A investigação’ – observa com acuidade Jacinto de Miranda Coutinho -, ‘respeitados os direitos e garantias individuais (...), não pode ser controlada *ex ante*. Não teria sentido, *v.g.*, a autoridade policial comunicar aos eventuais interessados que irá perquerir pela vida particular de um suspeito. Mas o inquérito policial não é só isso. Ele é muito mais, ou seja, carrega consigo o segundo momento, aquele da produção da prova e, assim, da introdução no procedimento dos elementos de reconstituição do fato apurado’.

A informação já introduzida nos autos do inquérito é que o investigado, por seu advogado, tem direito.

A interceptação telefônica é o caso mais eloqüente da impossibilidade de abrir-se ao investigado (e a seu advogado) a determinação ou a efetivação da diligência ainda em curso: por isso mesmo, na disciplina legal dela se faz nítida a distinção entre os momentos da determinação e da realização da escuta, sigilosos também para o suspeito, e a da sua documentada, que, embora mantida em autos apartados – e sigilosos para terceiros – estará aberta à consulta do defensor do investigado (L. 9.296/96, art. 8.º): o mesmo procedimento pode aplicar-se à determinação e produção de outras

Essa solução não nos parece adequada. Autos apartados somente têm cabimento no cartório judicial, sob a fiscalização do magistrado e do promotor de justiça. O inquérito policial deve conter os elementos já colhidos e também o registro do que se pretende realizar. Ora, se se pretende infiltrar um policial em determinada associação criminosa, deve haver no inquérito policial a designação desse agente, o objetivo e prazo da missão, a indicação dos recursos que serão empregados, tudo para possibilitar o controle prévio e concomitante da diligência. De outro modo, acaso frustrada a providência, a autoridade policial poderia se inclinar a não juntar aos autos do inquérito policial determinadas peças, o que não nos parece legítimo no âmbito do controle que se deve fazer da atividade policial.

É preciso, portanto, que se exijam das autoridades policiais – pois de outro modo não há o mínimo controle da atividade policial – que façam do inquérito policial o instrumento para o registro prévio de todos os meios utilizados na investigação, pois assim se preservarão direitos dos acusados, serão aferidos a lisura e o objetivo dos trabalhos desenvolvidos, evitando-se abusos, corrupção e desvios de finalidade. Na medida do necessário, o inquérito policial será gravado com o segredo de justiça pelo tempo em que tiver curso a diligência sigilosa.

Nesse período, o Ministério Público terá vista dos autos, numa acepção possível do controle externo da atividade policial e como fiscal da regularidade das diligências. O suspeito e seu advogado não terão o mesmo direito<sup>190</sup>. Na fase de

---

provas, no inquérito policial, sempre que o conhecimento antecipado da diligência pelo indiciado possa frustrá-la.

Por sua vez, ao contrário do que sucede no processo, no inquérito a lei não determina o momento da inquirição do indiciado, o que possibilita à discricção da autoridade policial avaliar o instante adequado para fazê-lo, sem que o prévio conhecimento dos autos constitua obstáculo ao êxito da investigação” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 82.354 – Paraná. Rel. Sepúlveda Pertence. Brasília, 10 ago. 2004. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em 26 fev. 2006).

<sup>190</sup> Essa situação conduziria à proeminência do Ministério Público em relação ao acusado no início da ação penal, algo que já foi detectado pela doutrina. A propósito, observa Adauto Suannes: “conferindo a lei ao Estado o poder de investigar sem ater-se a qualquer regra assecuratória de direitos, ingressa ele em Juízo, não poucas vezes, com a prova substancial já preconstituída, como se dá, por exemplo, com a prova pericial relativa à materialidade do delito, jamais sujeita ao contraditório efetivo, pois a idéia de que na tramitação do inquérito policial se há de observar o princípio constitucional do contraditório não tem merecido de nossos Tribunais o sufrágio desejado por muitos” (Os fundamentos éticos do devido processo penal, p. 150). O mesmo autor revela, entretanto, que incide no processo penal o princípio do *favor rei*, que consiste num tratamento diferenciado ao acusado justamente para contrabalançar alguns dos privilégios do Ministério Público (Os fundamentos, p. 165). Jimenez Ansejo, citado por Fernando da Costa Tourinho Filho, também se ocupou da desigualdade real entre Estado e imputado no início do procedimento, este momento tão crítico do processo. Anotou que essa desigualdade é provocada pelo próprio criminoso, pois, “desde

investigação, o Estado, tomado de surpresa pela prática delitiva, exercita uma reação difusa – a existência do inquérito não impõe por si só qualquer restrição de direito – e se mostra proeminente em relação ao averiguado. Só mais tarde haverá lugar para a paridade de armas, isto é, quando houver um acusado e na eventualidade do ajuizamento da ação penal. Voltaremos a esse tema.

Num outro julgado<sup>191</sup>, o Superior Tribunal de Justiça afirmou a possibilidade de se negar ao advogado o acesso a autos de inquérito policial gravados de sigilo.

O caso dizia respeito a Lino César Oviedo Silva<sup>192</sup>, envolvido em inquérito policial destinado a apurar a prática de crimes contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro (contrabando, lavagem de dinheiro e evasão de divisas). O procedimento inquisitivo tramitava na comarca de Foz do Iguaçu - PR e o general paraguaio soube de sua existência porque foi chamado a depor, por precatória, na Delegacia da Polícia Federal de Brasília – DF.

O advogado de Oviedo pretendeu vista e cópia dos autos. Sua pretensão, no entanto, foi indeferida pelo Juiz da 2ª. Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu, sob o fundamento de que a publicidade pretendida comprometeria as investigações e frustraria qualquer expectativa de repressão aos eventuais crimes. Entendeu o magistrado que se haveria de fazer uma interpretação das normas aplicáveis ao caso (artigo 20, *caput*, do CPP; artigo 3º da Lei 9.034/95; artigo 7º, § 1º, “1” e XV da Lei 8.906/94 e artigo 5º, LX, da CF) à luz do princípio da proporcionalidade, pois a restrição da publicidade seria jurídica quando a defesa da intimidade ou o interesse social a exigissem. Consoante o raciocínio do Juiz Federal, o direito reclamado pelo advogado não é absoluto, ante sua colisão com outros direitos fundamentais. No

---

que surge em sua mente a idéia do crime, estuda cauteloso um conjunto de precauções para subtrair-se à ação da Justiça e coloca o Poder Público em posição análoga à da vítima, a qual sofre o golpe de surpresa, indefesa e desprevenida. Para restabelecer, pois, a igualdade nas condições de luta, já que se pretende que o procedimento criminal não deve ser senão um duelo ‘nobrememente’ sustentado por ambos os contendores, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para recolher os vestígios do crime e os indícios de culpabilidade do seu autor” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v.1. São Paulo: Jalovi, 1980, p. 51).

<sup>191</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 13.360 – Paraná. Rel. Gilson Dip. Brasília, 27 mai. 2003. Disponível em <[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)>. Acesso em 26 fev. 2006.

<sup>192</sup> O general paraguaio Lino Oviedo teria organizado golpe de estado em seu país contra o presidente Wasmosy. É acusado também do envolvimento no homicídio do ex-vice-presidente do Paraguai. Oviedo mantém um *site* na Internet com a sua versão sobre esses fatos (<<http://www.oviedolinocesar.com>>).

mais, o indeferimento do pedido de vista e cópia dos autos não se traduz em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, pois esses direitos poderão ser exercidos plenamente no caso de instaurada a ação penal.

Contra essa decisão se impetrou mandado de segurança perante o Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. O Tribunal denegou a ordem, sob o fundamento de que o inquérito policial é instrumento de autodefesa próprio do Estado no combate ao crime, devendo ser assegurado o sigilo necessário à elucidação dos fatos, em conformidade com a regra do artigo 20 do CPP. Nesse sentir, o artigo 7º da Lei nº 8.906/94 – que permite o amplo acesso do advogado aos autos de inquérito policial – deve ser interpretado, de acordo com a decisão, levando-se em consideração o interesse público sobre o privado. De outro modo, a investigação tornar-se-ia inócua. Observando-se que o próprio Estatuto da Ordem estabelece para os processos judiciais ou administrativos restrições ao princípio da publicidade (art. 7º, § 1º), com mais razão se deve preservar o sigilo quando se coletam os primeiros elementos informativos a respeito de uma infração penal, mormente nos tempos atuais, caracterizados pela expansão da macrocriminalidade. Colhe-se do julgado, ainda, que não vigoram na fase inquisitorial os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais somente são aplicáveis na instrução processual penal, pois a acusação somente se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa.

Dessa decisão houve recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça, distribuído à 5ª. Turma, do qual deflui o julgado em análise. Como se depreende da Ementa<sup>193</sup>, entendeu-se, à unanimidade, que os princípios do contraditório e da ampla defesa não se aplicam ao inquérito policial. Além do mais, sendo o sigilo

---

<sup>193</sup> “Criminal. HC. Crimes contra a ordem tributária e o sistema financeiro. Contrabando. Lavagem de dinheiro. Evasão de divisas. Autos de inquérito policial conduzidos sob sigilo. Acesso irrestrito de advogado. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Inocorrência. Inexistência de medidas que restrinjam a liberdade ou o patrimônio do paciente. Legalidade da decisão que obsteu a vista dos autos. Preponderância do interesse público sobre o privado. Recurso desprovido. I – Os princípios do contraditório e da ampla defesa não se aplicam ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial. II – A restrição à liberdade profissional de advogado só configuraria se demonstrada a iminência de medidas destinadas à restrição da liberdade física ou patrimonial do seu cliente, a demandar a efetiva ação do profissional do direito – o que não ocorreu *in casu*. III – Não há ilegalidade na decisão que, considerando estar o inquérito policial gravado de sigilo, negou fundamentadamente, vista dos autos inquisitoriais ao advogado. IV – Sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado. V – Recurso desprovido” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 13.360 – Paraná. Rel. Gilson Dip. Brasília, 27 mai. 2003. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 26 fev. 2006).

imprescindível à investigação, prevalece o interesse público sobre o privado e, destarte, não há ilegalidade na decisão que nega, fundamentadamente, vista dos autos ao advogado. Acresce-se que a denegação não implica em restrição à liberdade profissional do advogado, se não há iminência de medidas destinadas à restrição da liberdade física ou patrimonial de seu cliente.

A solução contida no acórdão em comento é irrepreensível e compatível com as seguintes premissas: **(a)** o princípio da publicidade tem amparo constitucional; **(b)** os princípios da ampla defesa e do contraditório vigoram tanto no processo judicial como no administrativo (art. 5º, LV, CF); e **(c)** o devido processo legal, previsto constitucionalmente, confere ao acusado o direito de conhecimento prévio do teor da imputação e das provas que a embasam; o direito à plena igualdade entre acusação e defesa; o direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; o direito de não ser condenado com base em provas ilegalmente obtidas; entre outros.

Pelo princípio constitucional da publicidade, os *atos processuais* não sofrerão restrição à sua publicidade. A lei, no entanto, poderá restringir a publicidade de tais atos quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (artigo 5º, inciso LX, da CF).

De partida já se observa, portanto, que o princípio da publicidade não é absoluto. Divisou o constituinte que, em determinadas hipóteses, a defesa da intimidade ou o interesse social poderiam ser comprometidos pela divulgação dos atos processuais, tendo reservado à lei a tarefa de enumerá-las.

No plano infraconstitucional, dois dispositivos cuidam, mais de perto, do assunto, quando este se liga ao inquérito policial: o artigo 20 do CPP, que estabelece que o inquérito policial é procedimento sigiloso, e o artigo 7º, incisos XIV e XV, do EAOAB, que dispõe sobre a prerrogativa que tem o advogado, mesmo sem procuração, de examinar autos de inquérito policial. O dispositivo do EAOAB é mais recente e não contém restrição de acesso aos autos.

Não revogou, no entanto, nem mesmo em relação ao advogado, a regra inscrita no CPP.

De fato, o inquérito policial é o instrumento de que se vale a Polícia Judiciária para cumprir sua missão constitucional, isto é, a apuração de infrações penais. Dentre elas, haverá inúmeras que serão esclarecidas prescindindo-se do sigilo.

Um acidente de trânsito, por exemplo, retratado nos autos do inquérito policial pela oitiva de testemunhas presenciais, *v.g.*, pessoas que estavam nos veículos envolvidos, não justifica investigação sigilosa nem restrição ao exame do feito por advogado.

O mesmo não se pode afirmar quando a apuração de um crime e de sua autoria reclama a investigação sigilosa. Nos tempos atuais, da criminalidade violenta, organizada e, enfatize-se, promíscua com autoridades constituídas, um sem-número de ações policiais somente dará resultados concretos se houver espaço para diligências reservadas, infiltração de agentes, interceptações telefônicas, quebras de sigilos fiscal, bancário e telefônico, etc.

Se assim é, não há como conceder aos advogados, ao menos nessa fase, o amplo conhecimento do inquérito policial que condensa as informações sobre a estratégia investigativa adotada, sob pena de se frustrarem os resultados almejados. Acrescente-se que os atos de Polícia Judiciária não são propriamente atos processuais; têm natureza diversa e peculiar, de modo que não estão incluídos na regra do artigo 5º, inciso LX, da CF.

Desse modo, porque o sigilo é inerente a algumas investigações criminais, parece-nos acertado o entendimento adotado no acórdão em comento, que admite a restrição à publicidade<sup>194</sup> em casos específicos. Há nítida colidência de interesses, representados pela prerrogativa do advogado, de um lado, e pelo interesse social da repressão ao crime, de outro, havendo este de prevalecer, ante a sua indiscutível proeminência.

Os dispositivos do CPP e do EAOAB não são antagônicos e a natureza da investigação permite que, de forma fundamentada, se impeça, na fase do inquérito policial, que o advogado tenha acesso aos registros da diligência em curso.

---

<sup>194</sup> Se o ato de Polícia Judiciária não se equipara a ato judicial, não haveria porque se acenar com ofensa ao princípio da publicidade, ao menos nos termos do artigo 5º, inciso LX, da CF.

A restrição de acesso do advogado ao feito não fere as garantias da ampla defesa e do contraditório, porque estas são diferidas para o momento seguinte à instauração da eventual ação judicial. Com mais razão ainda se, no estágio do inquérito policial considerado, não houve o formal indiciamento do investigado, porque, nessa hipótese, não há que se falar em constrangimento que, por si só, justifique a intervenção do advogado, ao menos como órgão indispensável à administração da Justiça (art. 133, CF).

Se assim é, o respeito ao devido processo legal resplandece com toda a sua plenitude após o recebimento da denúncia ou queixa, ou seja, quando iniciado o processo que pode culminar em diminuição de direitos (de liberdade ou patrimônio). Aí se deve assegurar o conhecimento prévio da imputação e das provas que embasam a petição acusatória, o que se alcança com a regular citação. A essa altura, portanto, não terá sentido qualquer restrição de acesso aos autos, incluindo os do inquérito, prestigiando-se a igualdade entre acusação e defesa, e a possibilidade de verificação por esta, ainda que *a posteriori*, da legalidade das medidas de busca e apreensão eventualmente adotadas.

Não há incompatibilidade entre o artigo 20 do CPP e o artigo 7º, incisos XIV e XV, do EAOAB. A interpretação sistemática desses dispositivos, à luz dos princípios constitucionais destacados, traduzir-se-á no acesso do advogado ao inquérito policial, como regra, e na restrição desse direito, como exceção, quando a natureza da investigação assim o exigir.

### **6.3.2. Infiltração de agentes**

O projeto que deu ensejo à Lei n. 9.034/95 previa, no inciso I de seu artigo 2º, a infiltração de agentes como meio investigatório do crime organizado. Esse dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, sob o argumento de que seria inconstitucional.

Com a promulgação da Lei n.º 10.217, de 11.04.01, a infiltração de agentes da Polícia ou de inteligência em organizações criminosas, em tarefas de investigação, passou a ser expressamente permitida (o que se fez pelo acréscimo do inciso V ao artigo 2º da Lei nº 9.034), desde que condicionada à “circunstanciada autorização judicial”.

Esse recurso operacional foi outra vez lembrado como meio de prova cabível em qualquer fase da persecução penal por tráfico de entorpecentes com a edição da Lei n. 10.409, de 11.01.2002, a chamada “nova lei de tóxicos”<sup>195</sup>. No art. 33, inciso I, do referido diploma há expressa menção à possibilidade de infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, “com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações”.

A infiltração de agentes constitui técnica de investigação mediante a qual funcionários da Polícia ou de agências de inteligência, ocultando essa condição e fazendo uso de falsa identidade, ingressam secretamente nas associações ilícitas e dela participam como membros com o intuito de conhecer as entranhas da organização criminosa, os integrantes, o patrimônio, os crimes cometidos, o *modus operandi*, o território de sua influência, e colher prova desses elementos, visando à responsabilização penal dos envolvidos<sup>196</sup>.

Deve-se distinguir a infiltração de agentes da atitude do policial que, de forma isolada e diante de um delito específico, oculta a sua condição de agente e se passa, por exemplo, por alguém disposto a adquirir droga, identificando, dessa forma, o traficante. A infiltração de agentes é meio de investigação bem mais complexo, que reclama providências materiais (v.g. para forjar a identidade que o

---

<sup>195</sup> Logo em seguida à edição da Lei n. 10.409/02, houve dúvida sobre a aplicação do procedimento que ela instituiu para a apuração dos crimes de entorpecentes. Pela letra da lei, o novo rito deveria incidir para os crimes nela previstos, descritos nos artigos 14 a 26 (seção única do Capítulo III). Tais dispositivos, no entanto, foram integralmente vetados, por suposto vício de inconstitucionalidade. A lei ficou mutilada e sem os artigos correspondentes aos tipos penais. Isso fez surgir o entendimento de que o novo procedimento não seria aplicável. Hoje, contudo, prevalece o entendimento de que se deve adotar o novo rito, em atenção ao artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil (segundo o qual “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando com ela seja incompatível ou quando regule inteiramente toda a matéria de que tratava a anterior”), e o debate que remanesce diz respeito à eventual nulidade decorrente da observância, no processo, do rito ditado pela Lei nº 6.368/76 (artigos 20 a 35).

<sup>196</sup> No manual operacional do policial civil paulista colhe-se a seguinte noção sobre a técnica em questão: “Infiltração é ato de colocar-se, dissimuladamente, entre pessoas. Nesse sentido, o policial civil é colocado em determinado setor de trabalho onde possa executar tarefas comuns aos demais funcionários, objetivando conhecer ou colher dados ou elementos que interessem ao caso investigado. (...) A infiltração é uma técnica bastante eficiente; contudo, existem inúmeros pontos negativos. É necessário realizar um grande controle. Pode-se recrutar alguém da organização ou infiltrar uma pessoa, previamente treinada, que pode ser um policial civil ou um cidadão comum. A grande vantagem é que a Polícia Civil conta com o momento exato em que os fatos estão ocorrendo, como e onde acontecem” (SÃO PAULO (Estado). Polícia Civil. **Manual operacional do policial civil: doutrina, legislação, modelos**. Carlos Alberto Marchi de Queiroz (coord.). São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2002, p. 266).

funcionário terá de assumir) e rígido controle judicial, na medida em que a ação pode resvalar em direitos e garantias individuais.

A infiltração de agentes suscita indagações sobre os pressupostos para sua admissibilidade, sobre a autoridade competente para autorizá-la e sobre quem pode atuar como agente infiltrado. No curso da infiltração deve-se saber qual a autoridade competente para seu controle e modo de execução, em que medida direitos fundamentais podem ser afetados pela técnica e qual o tratamento a ser dispensado aos eventuais crimes cometidos pelo agente infiltrado<sup>197</sup>.

A Alemanha possui lei estabelecendo os requisitos, pressupostos e forma de proceder do agente infiltrado<sup>198</sup>. Nesse país, a técnica é viável diante de veementes indícios da prática de tráfico de entorpecentes ou de armas, de falsificação documental e de moeda, de crimes contra a segurança do Estado ou praticados por membros de quadrilha ou grupo organizado. Destarte, somente crimes de grande potencial ofensivo admitem o seu emprego. Os agentes podem assumir outra identidade e dispor de documentação necessária, inclusive para a prática de atos jurídicos. A atuação deve ser autorizada pelo Ministério Público; em casos urgentes, essa autorização pode ser dada no prazo de 3 dias após o início da operação. A infiltração deve ser autorizada pelo Juiz se tiver por escopo a investigação de pessoa determinada ou diga respeito ao ingresso em residência particular. A identidade do agente infiltrado pode permanecer sigilosa, mesmo no curso do processo, se houver risco à sua integridade física ou interesse ao emprego do agente em outra situação. As pessoas em cujo domicílio o agente infiltrado ingressou deverão ser informadas sobre a ação, salvo quando isso comprometa o resultado da investigação, ponha em perigo a integridade física de alguém ou haja possibilidade de nova atuação do agente. As informações obtidas com o emprego da

---

<sup>197</sup> GARCÍA. María Dolores Delgado. **El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada.** In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (dir.). Sevilla: Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996, p. 70).

<sup>198</sup> A disciplina do agente encoberto está estabelecida no código de processo penal alemão (Strafprozeßordnung - StPO), em seus §§ 110a e seguintes. O § 110a II define os agentes encobertos como membros do serviço policial que investigam sob falsa identidade, outorgada por certo período de tempo. A observação prolongada está regulamentada pelo § 163e da StPO. A permissão de circulação e entrega vigiadas de substâncias entorpecentes, prevista de modo genérico pelo artigo 11 da Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas (Viena, 20 dez. 1988), é regulamentada pelo art. 263-bis da LECrim (INCHAUSTI, Fernando Gascón. **Infiltración Policial y 'agente encubierto'**. Granada: Comares, 2001, p.5).

técnica podem ser utilizadas em outros procedimentos criminais, sempre que tais dados sejam necessários para o esclarecimento dos ilícitos delineados. O legislador alemão não permite que os agentes cometam delitos no desempenho dessa função.

A Itália prevê em seu ordenamento jurídico, como técnicas de investigações especiais, as chamadas operações encobertas e as denominadas operações controladas ou supervisionadas. As operações encobertas permitem que pessoal especializado da Polícia se infiltre nos círculos criminosos e se eximam de pena por delitos simulados e cometidos para o descortino das ramificações da organização criminosa. São manifestações das ações encobertas a compra simulada de droga, a lavagem simulada de dinheiro e a receptação de armas<sup>199</sup>. Ações da espécie também estão previstas para os delitos relacionados à exploração sexual de menores, possibilitando à Polícia a aquisição simulada de material pornográfico, a participação em atividades de “turismo sexual” e a ativação de *sites* na Internet para identificação dos criminosos<sup>200</sup>.

Portugal admite “ações encobertas”, desde que adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, visando à obtenção da prova, e proporcionais àquela finalidade e à gravidade do crime investigado<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> A regulamentação da compra simulada de substância entorpecente se encontra no art. 97 do decreto presidencial n. 309, de 9.10.1990. O art. 98 do mesmo diploma normativo dispõe sobre o flagrante diferido e autoriza a inação da Polícia, para a identificação das organizações destinadas ao tráfico de entorpecentes. Também disciplina a matéria, em relação à lavagem simulada de dinheiro e a receptação de armas, o decreto-lei n. 306, de 8.06.1992 (com as modificações da lei n. 356/92). O decreto-lei n. 419, de 31.12.1991, ratificado com alterações pela lei n. 172, de 18.2.1992, permite que os órgãos policiais posterguem providências para obter meios de prova ou proceder à identificação de agentes dos crimes de extorsão, usura e lavagem de dinheiro.

<sup>200</sup> VIGNA, Piero L. Operaciones encubiertas y entregas controladas. In: YACOBUCCI, Guillermo J (coord.). **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 209-222.

<sup>201</sup> O regime das “ações encobertas” foi definido pela Lei n.º 101, de 25.08.2001, cujo texto pode ser obtido no *site* da Assembleia da República Portuguesa (<[www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt)>). A técnica está relacionada aos seguintes crimes: “a) Homicídio voluntário, desde que o agente não seja conhecido; b) Contra a liberdade e contra a autodeterminação sexual a que corresponda, em abstracto, pena superior a 5 anos de prisão, desde que o agente não seja conhecido, ou sempre que sejam expressamente referidos ofendidos menores de 16 anos ou outros incapazes; c) Relativos ao tráfico e viciação de veículos furtados ou roubados; d) Escravidão, sequestro e rapto ou tomada de reféns; e) Organizações terroristas e terrorismo; f) Captura ou atentado à segurança de transporte por ar, água, caminho-de-ferro ou rodovia a que corresponda, em abstracto, pena igual ou superior a 8 anos de prisão; g) Executados com bombas, granadas, matérias ou engenhos explosivos, armas de fogo e objectos armadilhados, armas nucleares, químicas ou radioactivas; h) Roubo em instituições de crédito, repartições da Fazenda Pública e correios; i) Associações criminosas; j) Relativos ao tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; l) Branqueamento de capitais, outros bens ou produtos; m) Corrupção, peculato e participação económica em negócio e tráfico de influências; n)

Ações encobertas são desenvolvidas por policiais ou terceiros atuando subordinados à Polícia Judiciária com ocultação da sua qualidade e identidade. Esse instrumento somente deve ser empregado como último recurso, isto é, quando não seja possível se valer de outros meios de investigação menos invasivos e depende de prévia autorização do Ministério Público. O representante do MP tem o dever de comunicar ao juiz de instrução sobre a autorização concedida no prazo de 72 horas. A lei portuguesa revela grande preocupação com a segurança do funcionário ou terceiro e estabelece que a juntada aos autos do processo do relatório pertinente à ação encoberta somente se dará como exceção, quando “se a reputar absolutamente indispensável em termos probatórios” (art. 4º da Lei n. 101/2001). A identidade fictícia é atribuída pelo Ministro da Justiça e é válida por período de seis meses (prorrogável por períodos de igual duração), sendo válida inclusive para os atos da vida civil. Os tribunais portugueses, no entanto, têm apontado casos em que pairam dúvidas sobre a atuação dos agentes, se como infiltrados ou como provocadores do delito (atitude que adotam muitas vezes no afã de combater a criminalidade) e consideram tênue, na prática, a distinção entre uma e outra conduta<sup>202</sup>. A lei portuguesa repudia a figura do agente provocador. É que a provocação não revela o crime e seu criminoso. Ao contrário, fomenta essas figuras, o que se compreende incompatível com os objetivos e valores cultuados pela sua Constituição. De acordo com a lei, é isento de pena o agente encoberto que, no âmbito da ação encoberta, pratique atos preparatórios ou de execução de uma infração penal, em qualquer forma de participação diversa da instigação e autoria mediata, “sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma”.

Outros ordenamentos jurídicos, como os da França e dos Estados Unidos, limitam-se a estabelecer a imunidade dos policiais que, no exercício dessa atividade,

---

Fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção; o) Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática; p) Infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional; q) Contrafacção de moeda, títulos de créditos, valores selados, selos e outros valores equiparados ou a respectiva passagem; e r) Relativos ao mercado de valores mobiliários”.

<sup>202</sup> Conforme o testemunho de SILVA, Germano Marques. **Meios processuais expedidos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?)**. Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da universidade Católica Portuguesa. Lisboa: UCE Editora, 2002, p. 22-23.

praticuem determinadas condutas típicas, tais como a posse, transporte e entrega a terceiros de substâncias entorpecentes<sup>203</sup>.

Nossas leis 10.217/01 e 10.409/02 previram o meio de prova, mas passaram ao largo dessas relevantes questões que a técnica suscita. Cumprirá à doutrina e à jurisprudência enfrentá-las a seu tempo.

### **6.3.3. Ação controlada**

A regra do artigo 301 do Código de Processo Penal determina que as autoridades policiais prendam, incontinenti, aquele que for encontrado em flagrante delito.

Para os crimes supostamente praticados por organizações criminosas, a Lei n.º 9.034 estabeleceu, em seu artigo 2º, inciso II, um temperamento à citada regra e permite o diferimento do ato de prisão para momento mais oportuno do ponto de vista da colheita da prova e obtenção de informações. Diante da ação de organizações criminosas ou de entes a ela vinculados, tem agora a Polícia a opção de, mantendo a observação e o acompanhamento das atividades ilícitas desenvolvidas, retardar sua intervenção.

A esse mecanismo também se refere a Lei n. 10.409/02, autorizando “a não-atuação policial sobre os portadores de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que entrem no território brasileiro, dele saiam ou nele transitem, com a finalidade de, em colaboração ou não com outros países, identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 33, inciso II). Nos termos expressos da lei em comento, essa conduta policial somente incide sobre o tráfico internacional de entorpecentes, sendo requisitos o prévio conhecimento do itinerário provável dos suspeitos e a garantia das autoridades estrangeiras contra a fuga dos agentes e extravio das substâncias ilícitas.

A ação controlada é corolário da infiltração de agentes. É a infiltração de agentes que possibilita o conhecimento do ilícito e a manutenção da observação

---

<sup>203</sup> GARCÍA. Maria Dolores Delgado. **El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada.** In: CONRADI, Faustino Gutiérrez-Alviz (dir.). Sevilla: Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996, p. 72.

sobre ele incidente, daí porque, com o veto presidencial ao dispositivo que previa a técnica – hoje superado pela Lei n.º 10.217 – a ação controlada não teria sido difundida<sup>204</sup>.

Luiz Flávio Gomes considera que, diante do instituto da ação controlada, agora são quatro as espécies de flagrante no direito pátrio: o preparado, o esperado, o forjado e o retardado (prorrogado ou diferido)<sup>205</sup>. No seu raciocínio, a ação controlada somente teria cabimento nos crimes permanentes, tanto assim que manifesta preocupação com a situação em que o flagrante perece.

Temos para nós que, admitidos como meios de combate ao crime organizado, a ação controlada e a infiltração de agentes, estarão justificadas omissões da Polícia em relação a delitos menores praticados pela associação criminosa orientada pela finalidade de reprimir os crimes de maior expressão, determinantes, estes sim, do momento mais propício da intervenção.

Se assim se compreender, nem sempre a ação controlada incidente sobre um crime implicará na intervenção em relação àquele mesmo delito (ou no flagrante retardado de Luiz Flávio Gomes). Haverá casos, aliás, que se perderá o flagrante para se obter prova de tal relevância que conduzirá a resultados mais vantajosos para a persecução penal e, em consequência, para a sociedade. Esse é certamente o objetivo que tinha em mira o legislador.

Embora se fale em “ação controlada”, a lei não previu nenhuma forma de controle externo (do juiz ou do promotor de justiça) para a utilização desse recurso<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> Segundo Pedro L. Vigna: “Entre los dos institutos, el de las operaciones encubiertas y el de las consignas controladas, puede existir una estrecha conexión y, en muchos casos, las consignas bajo supervisión se presentan como una fase de investigación de las operaciones encubiertas” (VIGNA, Piero L. Operaciones encubiertas y entregas controladas. In: YACOBUCCI, Guillermo J (coord.). **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 212).

<sup>205</sup> GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico** (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2ª. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 117.

<sup>206</sup> Em sentido contrário, Marcelo Batlouni Mendroni. Para esse autor, será “sempre imprescindível, nos termos da Lei, a autorização judicial, até para que esta não se revele ‘ação descontrolada’. Será portanto a autorização judicial que determinará o ‘termo inicial’ da sua prática”. E prossegue: “em caso de não comunicação prévia acompanhada da autorização, a ação controlada estaria vedada

Forçoso reconhecer que, com isso, atribui-se ampla discricionariedade à autoridade policial no que concerne ao momento de se consumir a prisão. Conseqüência disso, dela há de se exigir densa fundamentação no inquérito sobre a conduta adotada no caso concreto. É que, tratando-se de medida que estabelece exceção à regra geral da atuação imediata, seu emprego está subordinado à presença dos pressupostos legais e ao fim colimado pelo legislador.

Nessa fundamentação a autoridade policial fará referência aos pressupostos objetivos da ação controlada. Indicará os elementos informativos que sustentam a hipótese de que, por detrás do delito que tem diante de si (e ignora), há uma organização criminosa cuja estrutura precisa ser descoberta. Discorrerá sobre a especial finalidade do retardamento do flagrante e sobre o ganho que se obtém na prova. Por fim, dirá sobre o trabalho de observação e acompanhamento desenvolvidos.

A exposição dos motivos é imprescindível e sua falta deve ensejar a investigação sobre a prática de prevaricação pela autoridade policial. Por outro lado, a desconformidade dos motivos com a medida deverá ensejar a responsabilização administrativa da autoridade policial.

#### ***6.3.4. Acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais***

O acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais foi lembrado pelo legislador como meio operacional a ser empregado no controle do crime organizado.

---

pelo policial e a sua eventual participação/atuação em organização criminosa não terá, até prova em contrário, o possível acobertamento da excludente de antijuridicidade, o estrito cumprimento do dever legal. Assim, com a autorização judicial a excludente torna-se mais visível, ao passo que sem ela a presunção toma sentido contrário, de que o policial tenha atuado criminosamente; a não ser que ele, policial, demonstre o contrário, como por exemplo, a inafastável necessidade de sua atuação de emergência, sem tempo hábil ao devido requerimento judicial". Prosseguindo a sua exposição, o doutrinador invoca um outro argumento em favor da tese de que a ação controlada deve ser precedida de autorização judicial. Diz ele que "como a ação controlada deve ser praticada por agente infiltrado, e a Lei n. 10.217/2000 prevê expressamente a necessidade de autorização judicial para esta operação – infiltração de agentes, de se deduzir ("mediante circunstanciada autorização judicial") que ambas deverão ser autorizadas judicialmente". Mais à frente, no entanto, Mendroni admite haver ação controlada sem infiltração de agentes, sugerindo que, nesse caso, se prefira a expressão "investigação monitorada", ao invés daquela consagrada no texto legal (MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 65-69).

E, de fato, desde que compreendamos a organização criminosa como um ente dotado de estrutura empresarial e dirigida à obtenção de lucro, somente se a conhecerá estimando-se o seu capital, descobrindo-se a sua origem e trilhando o caminho do dinheiro movimentado<sup>207</sup>, diligência que, se coroada de êxito, tenderá a apontar aqueles que estão nos postos-chave da sociedade delinqüencial.

Não há argumento contra esse instrumento de investigação. Repugna à sociedade e aos operadores do Direito que os sigilos fiscal e bancário sirvam de óbice intransponível à investigação. Não há justificativa plausível para que o dinheiro obtido em decorrência da atividade criminosa esteja a salvo para os criminosos ao aportar no sistema bancário.

Assim é que, embora a Constituição da República declare “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, inciso X), tem-se dito que o direito à privacidade não é absoluto e pode ser tisonado numa investigação criminal<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> Luís Nassif sustenta, em interessante artigo, que a melhor estratégia de combate ao crime organizado consiste em atingi-lo em “seu pulmão”, isto é, nas estruturas estabelecidas para o seu financiamento.

O articulista aponta que os escândalos dos precatórios, do ‘mensalão’, da *Daslu*, do *Banco Santos* e de outros mais têm em comum os fundos de ‘offshore’ como dutos de irrigação dos esquemas criminosos. E explica a origem do dinheiro: “parte vem de atividades claramente criminosas - máfias dos combustíveis, de bingos e do narcotráfico. Parte vem de atividade legais - agências de publicidade. Parte vem de esquemas do ‘colarinho branco’ - superfaturamento de obras, operações de mercado com títulos públicos e privados”.

Diz que o crime organizado tem lavado o dinheiro em operações voláteis, como a do mercado de ações ou a remessa de dinheiro para fundos ‘offshore’, fazendo-o retornar como capital externo, procedimento que precisa ser estancado pelo rechaço ao anonimato que as caracteriza e pela implantação de uma fiscalização finalística, isto é, “que analise o destino final de todas as remessas de dólares e o usufruto dos bens internos em nome de empresas ‘offshore’”.

Aponta a leniência do Banco Central, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), convencido de que os casos do ‘mensalão’, do *Banestado* e da *Brasil Telecom*, todos caracterizados por abusos explícitos, revelam “escandalosa omissão” desses órgãos. (NASSIF, Luís. A conta de R\$ 3.000. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 31 jul. 05, Suplemento Dinheiro, B-4).

<sup>208</sup> Esse é o entendimento de Luiz Flávio Gomes. Diz o autor, “desde que a invasão na privacidade justifique-se para a salvaguarda de outros direitos fundamentais ou para uma ‘investigação criminal ou instrução criminal’ (estamos nos valendo analogicamente da restrição contida no inc. XII, do art. 5º, da CF), é obvio que o direito de privacidade tem que ceder, em atenção ao princípio da proporcionalidade” (GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2ª. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 121).

Sendo imprescindível o recurso a esse meio operacional e em razão de sua tangência ao direito à privacidade, a diligência deverá preceder de autorização judicial.

O legislador queria mais. Para proteger o direito à privacidade, a lei 9.034 exigira que o juiz colhesse pessoalmente os dados de interesse ao processo, adotando “o mais rigoroso segredo de justiça” (art. 3º). O auto lavrado em razão da diligência não poderia constar do processo e sobre ele as partes deveriam se manifestar em separado.

A doutrina logo percebeu que, no processo penal de modelo acusatório, o juiz não poderia se envolver pessoalmente na investigação, sob pena de ver comprometida a sua imparcialidade. O mecanismo concebido pelo legislador mostrou-se inadequado e incompatível com a titularidade da ação penal pública atribuída, com exclusividade, ao Ministério Público. Sendo o MP o órgão que deflagra a ação penal e delinea o seu contorno com o oferecimento da denúncia, é dele a proeminência na fase investigativa. Não há como exigir do juiz, sem grave violação ao princípio da inércia da jurisdição, que se imiscua nessa investigação para depois – e eventualmente (a ação penal pode não ser proposta) – considere o valor da prova que obteve<sup>209 210</sup>.

A Lei n. 10.409/02 previu o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, patrimoniais e financeiras, para a investigação e a persecução do

---

<sup>209</sup> Ada Pellegrini Grinover, atenta à concepção publicista do processo e sua função social (“os objetivos da jurisdição e do seu instrumento, o processo, não se colocam com vista à parte, a seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste”), recomenda que o juiz desempenhe um papel ativo na produção da prova, suprimindo a deficiência das partes e, eventualmente, concorrendo para superar as desigualdades, favorecendo a *par condicio*. Segundo o seu pensar, a iniciativa oficial no campo da prova não compromete a imparcialidade do juiz, eis que, ao determinar a produção de determinada prova, ele não sabe qual das partes dela se favorecerá. Mas adverte: “não se confunda o que se disse quanto aos poderes do juiz no processo e à sua iniciativa probatória com a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a fase de investigação prévia” a cargo do Ministério Público e ou da Polícia Judiciária e até mesmo divisa oportuno que o juiz da investigação prévia – aquele que decidirá sobre medidas urgentes – seja diverso do juiz do processo (GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 77-86).

<sup>210</sup> Em sentido contrário Oswaldo Henrique Duek Marques, entendendo adequada a solução legal que atribui ao juiz a colheita direta das informações gravadas de sigilo (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Considerações sobre a criminalidade organizada. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 6: críticas e sugestões**. 10 anos da Constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 281-290, p. 289).

tráfico de entorpecentes, estabelecendo que o Ministério Público e a autoridade policial devem requerê-lo ao juiz. Novidades dessa lei são a “colocação, sob vigilância, por período determinado, de contas bancárias” (art. 34, inciso II), e o “acesso, por tempo determinado, aos sistemas informatizados das instituições financeiras” (inciso III), ações que, a meu ver, já estavam albergadas no amplo conceito de acesso a dados e informações autorizado pela Lei n. 9.034.

O acesso a dados abrange informações contidas em mídias eletrônicas, como discos-rígidos, cds, disquetes, cartões de memória, etc. Nos dias de hoje, inúmeros negócios são realizados com dispensa de papel nas denominadas “transações eletrônicas”, e isso torna necessário o exame de tais mídias na investigação criminal. A diligência sobre elas incidente deve ser antecedida da expedição de mandado de busca. Perícia deve revelar o seu conteúdo.

As informações fiscais dizem respeito ao patrimônio do contribuinte, pessoa física ou jurídica, e a seu relacionamento com o Fisco nessa qualidade. Estão sob a guarda das administrações federal, estadual e municipal.

Informações bancárias e financeiras relacionam-se com a abertura e movimentação de contas correntes, depósitos e aplicações financeiras.

Informações eleitorais são aquelas que falam do investigado como cidadão e eleitor.

Órgãos públicos, instituições bancárias e financeiras têm negado sistematicamente o acesso a dados cadastrais à Polícia e ao Ministério Público. A negativa é indevida, posto que o conhecimento do titular de uma conta corrente ou do endereço do investigado declarado ao Fisco não fere o direito à privacidade, que é, como vimos, o fundamento do sigilo e, em conseqüência, da exigência de se superá-lo em decisão judicial fundamentada.

### **6.3.5. Captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos e o seu registro e análise**

A captação e interceptação ambiental constituem meio de prova previsto na legislação de vários países e submetido a rígido controle judicial<sup>211</sup>.

Portugal a prevê – no art. 6.º da Lei n. 5/2002 (que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira) – sob a rubrica de “registro de voz e de imagem”, admissível quando necessário à investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, terrorismo e organização terrorista, tráfico de armas, corrupção passiva e peculato, lavagem de dinheiro, associação criminosa, contrabando, tráfico e adulteração (viciação) de veículos furtados, lenocínio e tráfico de menores, falsificação de moedas e títulos equiparados a moedas. A lei portuguesa subordina a utilização desse meio de prova à autorização do juiz e explicita que o registro de voz e de imagem aqui tratados se concretizam “sem o consentimento do visado”.

Em nosso país, não há propriamente regulamentação desse procedimento probatório, mas tão-somente sua previsão, no artigo 2.º, inciso IV, da Lei n. 9.034, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 10.217/01.

A captação e interceptação ambiental consistem na instalação de dispositivos eletrônicos de escuta e gravação de sons e imagens em ambientes como residências, locais de trabalho, estabelecimentos prisionais ou logradouros públicos. Referindo-se a lei aos sinais eletromagnéticos, cogita da obtenção e registro de transmissões produzidas por aparelhos de telecomunicações diversos do telefone, como os transceptores, e que, tecnicamente, não estão abrangidos no conceito de comunicação telefônica, de informática ou telemática.

---

<sup>211</sup> Eduardo Araújo da Silva informa que, na Alemanha, a medida somente pode ser decretada por um colegiado para a apuração de crimes graves e por tempo determinado. O autor nos dá conta, ainda, de que, nos Estados Unidos, a Justiça Federal publica trimestralmente um relatório pormenorizado sobre todos os casos de vigilância eletrônica – o *Wide tape report* – contendo os motivos para sua adoção, duração, número de pessoas vigiadas, detenções e condenações obtidas por esse meio investigatório (SILVA, Eduardo Araújo da. **O procedimento probatório em face do crime organizado**. Tese de doutoramento. São Paulo: USP, 2002, p. 101).

### **6.3.6. Interceptação telefônica**

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

A Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, foi editada para regulamentar esse dispositivo constitucional. Estabeleceu em seu artigo 1º que é competente para autorizar a interceptação o juiz da ação principal. A providência requer sigilo de justiça.

O sigilo a que alude o dispositivo legal é extensivo, num primeiro momento, ao próprio investigado e a seu defensor. Entendimento diverso tornaria a medida ineficaz. Por isso a diligência será registrada em autos apartados, como preconiza a lei. Nos autos principais, aos quais as partes têm irrestrito acesso, não deve haver nenhuma anotação relativa à interceptação telefônica, medida que se decreta *inaudita altera pars*, até que a diligência esteja consumada. O contraditório será, no caso, diferido para momento posterior à apensação daquele autuado<sup>212</sup>.

O pedido de interceptação deve constar de representação da autoridade policial ou do Ministério Público formulada em separado, na qual se fará menção a indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal.

O fato investigado deve consistir em infração penal punível com pena de reclusão, impondo-se que seja descrito com clareza, para se delimitar o objeto da investigação. A prova que se pretende produzir não deve ser possível por outros meios disponíveis. Em outros termos, a escuta telefônica somente é possível presentes a necessidade (como único meio para a realização da prova) e a

---

<sup>212</sup> GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Interceptações telefônicas: lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 159-161.

gravidade da infração penal que se pretende perseguir. Tais requisitos normativos revelam a observância do princípio da proporcionalidade pelo legislador<sup>213</sup>.

A lei permite ao Juiz que determine a interceptação das comunicações telefônicas de ofício. Esta solução não é boa. No processo penal de modelo acusatório, o ônus da prova recai sobre o autor. Se ele não propõe esse meio de prova, talvez a repute desnecessária ou possa supri-la de outro modo. Na hipótese de desídia do acusador, não deve o juiz remediar-lhe a deficiência, pois, ao fazê-lo, desequilibra a relação processual<sup>214 215</sup> e compromete a própria imparcialidade, pois de seu maior ou menor empenho na eleição e produção do meio de prova dependerá a solução do processo.

Quando a interceptação puder ser gravada, será determinada a sua transcrição. Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas. A apensação somente poderá ser feita imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art. 10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos artigos 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal.

A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada. O Ministério Público assistirá ao ato

---

<sup>213</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21), p. 162.

<sup>214</sup> Não passou despercebido a Antonio Scarance Fernandes que, “na busca de um sistema acusatório mais apurado”, reserva-se ao Ministério Público “o direito de acusar e de delimitar o âmbito da investigação, negando-se ao juiz a atuação de ofício” (Processo penal constitucional, p. 23)

<sup>215</sup> Adauto Suannes chega a dizer que não é função do juiz buscar a verdade real. A seu ver, esta atribuição está reservada ao Ministério Público (SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 149).

de inutilização, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

É crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei<sup>216</sup>.

A lei ordinária tratou também da interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (art. 1º, parágrafo único); foi, nesse ponto, acoimada de inconstitucional por parte da doutrina.

Não resta dúvida de que dados informatizados transmitidos entre computadores não se confundem com comunicações telefônicas, pois estas dizem respeito à conversa entre interlocutores através do telefone. Ocorre que, enquanto aqueles estão protegidos pelo direito à privacidade, a proteção que deve recair sobre as comunicações telefônicas foi objeto de dispositivo constitucional específico. O sigilo dos dados informatizados também deve ceder às exigências do interesse público, diante da necessidade da medida, e a lei ordinária delinea essa situação. O dispositivo legal não é inconstitucional, a nosso ver, embora tenha efetivamente extrapolado o objetivo declarado de regulamentar o art. 5.º, inciso XII, parte final, da Constituição da República.

### **6.3.7. Delação premiada**

A concessão de prêmios aos arrependidos é outra técnica muito utilizada no mundo contemporâneo para o enfrentamento do crime organizado.

Parte da doutrina a repudia com veemência, por considerá-la imoral<sup>217 218</sup>. Pese o vigor da crítica, fato é que a delação premiada tem sido acolhida em diversos

---

<sup>216</sup> Lei n. 9.296/96, art. 10: “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa”.

<sup>217</sup> Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha compara essa espécie de prova àquelas obtidas por hipnose, por estupefacientes em geral, por narcoanálise, pelo ritmoscópio, pelo soro da verdade (*serum truth*), ou seja, a todos aqueles expedientes que retiram a pessoa de seu estado de normalidade e controle psíquico, “o que contraria um princípio de direito que exige a plenitude emocional e psíquica da pessoa para se dar como válida alguma declaração feita por ela”. Segundo o autor, “o depoimento de um comparsa de algum modo premiado para depor contra seu cúmplice atenta contra a moralidade e os bons costumes, pois a premiação para a delação afronta a nossa conduta de vida. Não admitimos, quer pela moral, quer pelos costumes, que a delação de um

países e se apresenta como antídoto à *omertà*<sup>219</sup> (“lei do silêncio”), que mantém incógnitas as entranhas da organização criminosa.

Portugal a admite (Lei 36/94, art. 8º) para os crimes de corrupção, peculato, e participação econômica em negócio e infrações econômico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional. Espanha e Itália, em cujos ordenamentos jurídicos prevalece o princípio da legalidade, reservam em seus códigos de ritos certo espaço de consenso para a aplicação desse mecanismo<sup>220</sup>. Nos Estados Unidos, a delação premiada é largamente utilizada, dada a ampla discricionariedade atribuída ao

---

incriminado seja premiada, de qualquer forma”. E conclui: “desde que a obtenção da prova atente contra a lei, ofenda aos costumes, colida com a moral ou com um princípio de direito, temos uma prova proibida, cujo entranhamento nos autos não é admissível e, se foi, deve ser extirpada. Não se fala no valor probatório, que é nenhum, mas na total impossibilidade de ser apresentada no processo, quer judicial, quer administrativo, como é o inquérito policial” (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 4ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 53)

<sup>218</sup> Sobre o instituto da delação premiada, assim se pronunciou José Carlos Dias, em recente artigo de opinião publicado na Folha de São Paulo: “Neste Brasil de tanto sofrimento, de tanta vergonha, de tanto desaponto, as pessoas tendem a ver a delação premiada como solução para punir os que transgridem as regras impostas para garantia da ordem social. Esse instituto jurídico importado dos Estados Unidos, que se impregnou na nossa legislação também pela influência do direito italiano e pela ideologia punitiva das mãos limpas, constitui uma violência porque premia quem por duas vezes delinqüiu: como partícipe do fato objeto da delação e como autor da delação, que constitui conduta gravíssima, denotando vício de caráter, uma deformidade que jamais poderia ser objeto de barganha. A delação premiada deve, isto sim, ser considerada uma extorsão premiada, porque põe em jogo o criminoso delatado, que pode comprar o silêncio, desde que seu comparsa não o delate” (DIAS, José Carlos. Extorsão ou delação premiada. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 26 ago. 2005, p. A-3).

<sup>219</sup> A propósito, escreve Marco Antonio Marques da Silva: “Obter provas necessárias para condenar as pessoas envolvidas em grupos de criminalidade organizada é difícil. Os segredos que têm esses grupos e seus poderes de intimidação fazem que seja difícil que o procurador obtenha informações necessárias contra os verdadeiros chefes. Testemunhas fora desses grupos muitas vezes têm muito medo de prestar depoimento. Pessoas dentro do grupo geralmente não querem servir de testemunhas, como também usam o direito da não-incriminação e se recusam a testemunhar sobre os delitos nos quais estiveram envolvidos. O poder especial dos procuradores federais para conceder imunidade às testemunhas serve para obter estas declarações, que são importante nestes casos” (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Organização da justiça norte-americana. O procedimento penal**. In: Revista dos Tribunais, Ano 86, v. 736, fev. 1997, p. 452).

<sup>220</sup> Sobre isso, assim se pronuncia Marcelo Batlouni Mendroni: “Na Espanha, ao mesmo tempo em que se determina ao Ministério Público que atue em obediência ao Princípio de Legalidade (Constituição Espanhola), permite-se em determinados dispositivos da LECr (Ley de Enjuiciamiento Criminal), que atue com base no Princípio de Consenso. Os exemplos estão nos arts. 789.5.5ª, 791.3 e 793.3, casos em que o Promotor de Justiça pode fazer uma petição conjunta com o acusado para uma concordância com a acusação. Na Itália igualmente, apesar da previsão do Princípio de Legalidade do Codice Procedura Penale admite-se a aplicação do Princípio do Consenso, por exemplo, nos artis. 438, 444 y 458” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 47-48).

acusador público, havendo previsão legal à concessão de imunidade ao criminoso cujo depoimento consiste em prova em casos de criminalidade organizada<sup>221</sup>.

Germano Marques da Silva aponta para o perigo desse instrumento, cogitando de que um “arrependido” forje provas contra inocente para obter algum benefício. Seguindo seu raciocínio, é possível supor que alguém que não tenha maior intimidade com a organização criminosa e, portanto, não tenha informação a oferecer às autoridades, seja apenado mais severamente do que aquele que, em razão da sua projeção e hierarquia na organização, possa lhes dar algo em troca<sup>222</sup>.

A delação premiada, no entanto, está consagrada definitivamente em nosso ordenamento jurídico. Inúmeras leis a prevêm e concedem ao delator benefícios que vão da redução da pena ao perdão judicial.

A Lei n. 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, estabelece, no § 2º de seu artigo 25, que “nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

A Lei n. 8.072/90, que define os crimes hediondos, determina no parágrafo único de seu artigo 8º, a redução de 1 a 2/3 da pena do participante ou associado do crime de quadrilha ou bando constituído para a prática de crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou terrorismo, que a denunciar à autoridade, possibilitando seu desmantelamento.

A Lei n. 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, estabelece, em seu art. 6º, que, “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”.

---

<sup>221</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. **Organização da justiça norte-americana. O procedimento penal**. In: Revista dos Tribunais, Ano 86, v. 736, fev. 1997, p. 452-453.

<sup>222</sup> SILVA, Germano Marques. **Meios processuais expedidos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?)**. Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da universidade Católica Portuguesa. Lisboa: UCE Editora, 2002, p. 25.

A Lei n. 9.613/98, que trata dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e da prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos ilícitos nela previstos, estabelece, no § 5º do artigo 1º, que “a pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

A Lei n. 9.807/99, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal, previu nos seus artigos 13 e 14, o perdão judicial para os acusados primários e a redução da pena para os reincidentes que tenham colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo penal.

Finalmente, a Lei n. 10.409/02 prevê, no § 2º de seu artigo 32, o sobrestamento do processo ou a redução da pena decorrente 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”. A mesma lei regula, no § 3º do mesmo artigo, a redução da pena, de 1/6 a 2/3, por proposta do Ministério Público, se a revelação que conduz aos demais integrantes da quadrilha, organização ou bando, ou ao produto, substância ou droga ilícita, ocorre após o oferecimento da denúncia.

A coexistência dessas leis pode ensejar dúvidas quanto ao campo de sua incidência. Marcelo Batlouni Mendroni chegou a afirmar que “cada uma destas leis

tem sede própria de aplicação, com âmbito definido”<sup>223</sup>. Se sua tese estiver correta, poderíamos traçar a seguinte orientação.

Para os 22 crimes previstos na Lei n. 7.492/86, a revelação de “toda a trama delituosa” ensejará ao agente a redução da reprimenda, de 1 a 2/3. Exige-se que os delitos em questão tenham sido cometidos em quadrilha ou em concurso de pessoas. A definição de quadrilha é aquela contida no artigo 288 do Código Penal. Sendo o conceito de quadrilha um *minus* em relação ao de organização criminosa, os fatos típicos encetados por organização criminosa também serão abrangidos. Embora a lei reclame a revelação de “toda a trama delituosa”, a divulgação parcial do fato, na hipótese de o agente não conhecê-lo em sua plenitude, poderá merecer uma redução menor da pena, de 1/3, por exemplo, o que justificaria a existência da redução variável traçada pelo legislador.

Já a Lei n. 9.034 permite a aplicação do instituto diante de qualquer ilícito cometido por organização criminosa. Exige o diploma normativo a espontaneidade da colaboração e a efetiva contribuição do agente para a descoberta dos delitos e de sua autoria. A espontaneidade que a norma reclama não equivale à iniciativa do agente. Diz respeito à sinceridade de seu depoimento e ao fato de ter sido tomado sem constrangimento. A diminuição da pena, também estabelecida em fração variável, poderá determinar-se pela importância da delação para o descortino do fato investigado.

A delação premiada tem configuração própria para os delitos de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, previstos no artigo 1º da Lei n. 9.613/98. Tais crimes são apenados com reclusão, de 3 a 10 anos, mas o agente (autor, co-autor ou partícipe), desde que, espontaneamente, colabore com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à revelação das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores, objeto material do crime, terá, além da redução da pena, de 1 a 2/3, a possibilidade de cumpri-la no regime inicial aberto. O dispositivo permite, inclusive, que o juiz deixe de aplicar a pena privativa de liberdade e a substitua por restritiva de direitos. Como se verifica, a Lei 9.613 alarga as benesses do instituto.

---

<sup>223</sup> MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 48.

A proposta de relacionar modalidades delitivas a regimes próprios de delação premiada, entretanto, parece ter sido rompida com a edição da Lei n. 9.807/99. Esta lei pretendia conceder proteção aos réus colaboradores. Cuidou, no entanto, da delação premiada ao autorizar a concessão pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, o perdão judicial extintivo da punibilidade do acusado. Divisava-se retirá-lo do estabelecimento prisional, no interior do qual o delator pode estar sujeito a sevícias. Houve notável ampliação dos benefícios ao delator e o campo de aplicação da delação premiada foi sensivelmente alargado.

Já não há regime específico para cada modalidade delitiva. Favores legais, inclusive o perdão judicial, decorrem, agora, da colaboração efetiva e voluntária (atributo que aparece em substituição ao vocábulo 'espontaneamente' para reforçar a idéia de que a delação se constitui em ato de vontade própria) do acusado com a investigação criminal sobre um rol indefinido de delitos.

A nova lei não indica quais são os crimes que autorizam a utilização da delação premiada. Mas revela algumas de suas características. Serão crimes praticados em concurso de agentes, que incidam sobre a liberdade pessoal ou contra o patrimônio. A assertiva decorre da redação dos artigos 13 e 14 da lei em comento, esclarecedora do conteúdo da colaboração da qual advém o benefício. A informação do indiciado ou acusado deve versar sobre a identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, sobre a localização da vítima com sua integridade física preservada ou conduzir à recuperação total ou parcial do produto do crime.

A benesse é muito ampla. O imputado primário, que tenha colaborado com a investigação e o processo criminal, nutrirá a esperança de se ver livre da pena se as informações prestadas conduziram à identificação de seus comparsas, à localização da vítima com a sua integridade física preservada, ou mesmo à recuperação total ou parcial do produto do crime. Como a lei prevê o benefício extensivo ao acusado, nada obsta que ele se disponha a "colaborar" mais tarde, finda a instrução criminal, e se houver prognóstico de condenação. Um processo mais ético não o permitiria.

É bem verdade que o dispositivo condiciona a aplicação do perdão a considerações de cunho subjetivo, inclusive acerca da personalidade do agente, e a outras de caráter objetivo, reveladas pelos dados da realidade do fato criminoso.

Ocorre que nem sempre essas circunstâncias são francamente desfavoráveis ao acusado. Muitas vezes, a gravidade da conduta é inerente ao próprio tipo penal e não se potencializa por aspectos particulares. Nessas situações, o dispositivo poderá consagrar a impunidade.

O artigo 14 da mesma lei prevê a redução da pena de 1 a 2/3 nas mesmas hipóteses. O contraste desse dispositivo com aquele que o antecede revela que a previsão legal se aplica, nesse último caso, ao reincidente.

A melhor solução normativa é aquela constante da Lei n. 10.409/02, que prevê o sobrestamento do processo ou a redução da pena decorrente de acordo entre o Ministério Público e o indiciado. A sistemática situa a delação premiada no seu devido lugar, a fase de investigação, onde é de fato útil à repressão penal. Na persecução do tráfico de entorpecentes, a delação reveladora da existência de organização criminosa, que conduz à prisão de seus integrantes ou à apreensão de drogas ilícitas e de substâncias utilizadas para a sua produção, será obtida com maior facilidade, porque será possível ao Ministério Público estabelecer, antecipadamente, a extensão das vantagens a que terá direito o informante. É esse o objeto do acordo de que trata a lei, ao qual estará vinculado o juiz do processo, sob pena de descaracterização do instituto.

### **6.3.8. Regime disciplinar diferenciado**

No final do ano 2000, os 71 estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo vinculados à Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) abrigavam 59.867 presos, excedendo em 10.808 a sua capacidade.

Até então, não havia registro de fuga na Casa de Custódia de Taubaté, conhecida como “Piranhão”, daí porque ali se custodiavam os presos de maior periculosidade e integrantes de grupos organizados. A destruição do “Piranhão”, no entanto, era prevista no estatuto da facção criminosa denominada “Primeiro Comando da Capital” ou PCC, e ocorreu, de fato, no dia 18 de dezembro de 2000, por ocasião de uma rebelião que culminou com a morte de nove presos, quatro dos quais decapitados.

No início de 2001, a Casa de Custódia estava reformada. Os presos retornaram à unidade e dez líderes foram isolados em outros estabelecimentos prisionais. A reação ao endurecimento do regime ocorreu no dia 18 de fevereiro de 2001 com a maior rebelião de presos da história, envolvendo simultaneamente 29 estabelecimentos prisionais (25 deles administrados pela SAP).

A resposta do Governo, uma vez debelada a rebelião, foi a instituição do denominado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), por resolução do Secretário da pasta. Esse regime previa sanção disciplinar, consistente no isolamento em cela própria, por 180 dias, com direito a banho de sol de uma hora e duas horas semanais destinadas à visita, aos líderes e integrantes de facções criminosas e aos presos cujo comportamento exija tratamento específico<sup>224</sup>.

No plano federal, o Executivo editou a Medida Provisória n. 28/02, de 4 de fevereiro de 2002, ampliando o poder dos diretores de presídios e agravando as sanções disciplinares de condenados responsáveis por infrações ao regime prisional a que estavam sujeitos. O ato normativo, no entanto, não foi convertido em lei pelo Congresso Nacional e teve vida curta.

O Governo Federal elaborou projeto de lei (n. 5.073/2001) e o remeteu ao Legislativo, sendo esta a origem da Lei n. 10.792/2003, em vigor, que, entre outras providências, modificou os artigos 52 a 54, 57, 58 e 60, da Lei 7.210/84 (Lei de execuções penais), introduzindo definitivamente o referido regime disciplinar diferenciado.

O texto aprovado é inspirado no regime paulista, mas é mais severo. Prevê 360 dias de isolamento, desde o início, com a possibilidade de reiteração, até o limite de um sexto da pena aplicada (art. 52, I). Pode incluir até mesmo os presos provisórios (art. 52, §§ 1º e 2º), nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade ou quando

---

<sup>224</sup> Sobre a origem do RDD, consulte-se Antonio Milton de Barros. A reforma da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) e Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), documento eletrônico publicado pela Assessoria de Imprensa da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo e disponível no site do Ministério da Justiça <[http://www.mj.gov.br/depen/institucional/pdf/publicacoes/nagashi\\_furukawa.pdf](http://www.mj.gov.br/depen/institucional/pdf/publicacoes/nagashi_furukawa.pdf)>. Acesso em: 31 mai. 05.

sobre eles recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A adoção de medidas da espécie constitui inequívoca necessidade. Não há repressão ao crime organizado que se repute suficiente se, presos os agentes da organização, eles se mantêm operantes nas práticas ilícitas, pelos seus telefones celulares ou por através de terceiros. É preciso que as prisões os neutralizem, efetivamente. Não é concebível que tenham acesso livre a telefones celulares, microcomputadores ou possam gerenciar por interpostas pessoas sua empresa ilícita ou influir no ânimo de testemunhas. Já é tempo, aliás, de se impedir que telefones celulares sejam utilizados em presídios, seja pelo recrudescimento da fiscalização, seja pela instalação de bloqueadores de sinais eficientes. Não é razoável que os presos tenham acesso em suas celas a circuitos elétricos nos quais conectam seus carregadores de baterias.

Acusados de integrar organizações criminosas devem ser submetidos a segregação mais intensa, que os impeça de se manter no comando de suas associações. Vale para isso, além das restrições previstas no Regime Disciplinar Diferenciado, isolamento físico e a gravação das comunicações estabelecidas entre eles e suas visitas, inclusive advogados, para que essas oportunidades não sejam usadas para concepção e planejamento de outras práticas ilícitas.

Tudo isso, no entanto, demanda rigorosa regulamentação que prestigie a um só tempo o interesse público e os direitos individuais, preservando a dignidade da pessoa submetida a custódia e, em certa medida, a sua privacidade.

#### **6.3.9. Proteção às vítimas, testemunhas e réus colaboradores**

A Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1.999, determina que a União, Estados e Distrito Federal disponham de programas especiais para a proteção de vítimas e testemunhas que “estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal”.

Essa proteção, de acordo com a lei, poderá ser estendida ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme a necessidade. A inclusão no

sistema de proteção pressupõe a aceitação pelo candidato de um programa e à adoção, por ele, de conduta adequada. As medidas e providências relacionadas com os programas<sup>225</sup> serão efetivadas, executadas e mantidas em sigilo pelos protegidos e pelos agentes envolvidos em sua execução.

O tema relaciona-se intimamente com a persecução do crime organizado, embora a lei a ele não se refira. Já se acentuou o poder de intimidação das associações criminosas e a coação que, de ordinário, exercem naqueles que têm alguma disposição para prestar informações à Polícia ou ao Poder Judiciário. Justifica-o a necessidade de se estabelecer condições objetivas de segurança que permitam tomar o depoimento da testemunha ou vítima sem exposição demasiada ao risco inerente a essa conduta.

A lei em comento objetivou estimular a delação dos acusados, como anotamos acima. Pretendendo estabelecer condições para isso, dispôs que aos réus colaboradores, a par dos benefícios que repercutem no processo e na pena, serão adotadas aquelas mesmas medidas previstas para vítimas e testemunhas, conclusão a que se chega em decorrência da interpretação sistemática da lei. Medidas de segurança individual devem ser empregadas até mesmo quando o réu está recolhido em estabelecimento prisional, impondo-se que, em certos casos, a custódia se realize em lugar separado dos demais presos.

### **6.3.10. Testemunhas sem rosto**

A Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo editou provimento (Provimento nº CG 32/2000, de 24 de outubro de 2000) que dispõe sobre medidas

---

<sup>225</sup> A lei prevê as seguintes medidas, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso: I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais; V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; VII - apoio e assistência social, médica e psicológica; VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; e IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal (art. 7.º). Em casos excepcionais, pode-se determinar a alteração do nome completo do protegido e ou de seu cônjuge ou companheiros, ascendentes e descendentes com quem aquele conviva (art. 9.º).

de proteção às vítimas e testemunhas expostas a grave ameaça ou sob coação em razão de colaborar com a investigação ou o processo criminal.

Segundo esse provimento, nos inquéritos e processos em que os réus são acusados de crimes dentre aqueles discriminados no artigo 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89<sup>226</sup>, desde que vítimas ou testemunhas reclamem de coação ou grave ameaça em decorrência de depoimentos que devam prestar ou tenham prestado, juízes e delegados de polícia estão autorizados a omitir os dados de qualificação e endereço lançados nos termos de seus depoimentos.

Esses dados serão anotados em impresso próprio, que será remetido pela autoridade policial ao juiz competente, com os autos do inquérito policial relatado.

O ato regula o procedimento a ser adotado no ofício de Justiça para que esse documento seja arquivado em separado. Garante-se o acesso às informações nele contidas ao Ministério Público e ao defensor<sup>227</sup> constituído ou nomeado nos autos, com controle de vistas e suas respectivas datas pelo escrivão.

Não passou despercebido, no entanto, ao Desembargador José Damião Pinheiro Machado Cogan que o provimento está em conflito com o artigo 188, inciso III, do CPP (no interrogatório, ao réu deve ser indagado “se conhece a vítima e as testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar

---

<sup>226</sup> São os seguintes os crimes a que se refere a lei a que nos remete o provimento: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); e o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

<sup>227</sup> Marcelo Batlouni Mendroni sugere, com bons argumentos, que o sigilo sobre a identidade da testemunha, nos casos excepcionais e regidos pela Lei n. 9.807/99, seja estendido em relação aos defensores, diante do risco de que sejam repassados aos membros da organização criminosa. Cogita de interessante solução para manter a paridade de armas no processo penal, dentre as quais o indeferimento pelo juiz de perguntas formuladas pelo promotor de justiça, quando estas derivam de conhecimento que só o acusador detém (MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 131).

contra elas”)<sup>228</sup> e que, observado o princípio do *due process of law*, o acusado tem direito em saber o nome das testemunhas para que possa, inclusive, contraditá-las, nos termos do artigo 214 do CPP. Para o magistrado, a única interpretação possível desse provimento é aquela que permite que se omitam nos autos tão-somente os dados de qualificação (estado civil, profissão, domicílio e residência), mas não o nome das testemunhas, que, a seu ver, deve constar da denúncia<sup>229</sup>.

Não comungamos desse entendimento e sustentamos a integral aplicação do provimento, nas hipóteses nele expressamente previstas, todas de extrema gravidade.

É que, ainda que se repute correta a análise de José Damiano Pinheiro Machado Cogan acerca da prevalência da lei sobre o ato da corregedoria, fato é que a regra que emerge do dispositivo do Código de Processo Penal foi mitigada a partir da edição da Lei n. 9.807/99, que trata, dentre outros temas, da organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas. Essa lei prevê, expressamente, a “preservação da identidade, imagem e dados pessoais” (art. 7º, inciso VI) em benefício da pessoa protegida, vítima ou testemunha, divisando-se, aí, a autorização legislativa para o procedimento recomendado pela norma administrativa em debate.

### **6.3.11. Apreensão e seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado**

A lei n.º 9.613/98, no art. 4º, permite que o juiz, de ofício, ou provocado pelo Ministério Público ou autoridade policial, diante de indícios suficientes de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores, provenientes dos crimes **(a)** de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; **(b)** de terrorismo e seu financiamento; **(c)** de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; **(d)** de extorsão mediante seqüestro; **(e)** contra a Administração Pública, inclusive concussão; **(f)** contra o sistema financeiro nacional; **(g)** praticado por particular contra a administração pública estrangeira; e **(h)**

---

<sup>228</sup> Na redação atual do Código de Processo Penal, forjada pela Lei n. 10.792/03, essa indagação deve ser feita ao réu na segunda parte do interrogatório, nos termos do artigo 187, § 2º, inciso V.

<sup>229</sup> Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas corpus n. 376.330-3/5-00 – SP. Rel. José Damiano Pinheiro Machado Cogan, j. 18 abr. 2002. São Paulo. Disponível em <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em 26 fev. 2006.

praticado por organização criminosa, decreto, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos na mesma lei, determinando que se proceda conforme o disposto nos arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal.

As medidas assecuratórias podem durar até 120 dias sem que a ação penal seja ajuizada.

A norma legal subordina a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados à comprovação de sua origem lícita pelo investigado, invertendo-se o ônus da prova sobre a propriedade<sup>230</sup> <sup>231</sup>. O conhecimento dos pedidos de restituição fica condicionado ao comparecimento pessoal do acusado em juízo.

---

<sup>230</sup> Marcelo Batlouni Mendroni observa que Brasil, Alemanha, Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Suíça, México, entre outros signatários da Convenção de Viena de 1988 – o primeiro instrumento jurídico internacional a definir como crime a operação de lavagem de dinheiro – estabeleceram em suas legislações a inversão do ônus da prova em relação à origem supostamente ilícita do produto e dos bens sujeitos a confisco. Não vislumbra inconstitucionalidade nessa técnica: “Longe de violar o princípio da presunção de inocência, o dispositivo cria instrumento indiscutivelmente necessário para sistemática da lei como um todo (...). O dispositivo ainda é sábio quando se considera o seu efeito prático. Não seria possível ao Poder Público comprovar a origem ilícita daqueles valores e bens amealhados ao longo da rotineira atividade ilícita do agente. Os valores e bens podem estar misturados com outros de origem lícita. Em meio a um complexo ‘bolo’ de ingredientes lícitos e ilícitos, somente o próprio agente pode ser capaz de efetuar a correta separação. Aquilo cuja origem honesta for demonstrada, receberá de volta, ao passo que o que não comprovar, deverá ser apreendido para um futuro perdimento. Mais que legal, é medida de Justiça”. E arremata: “a lei manda inverter o ônus da prova tão-somente em relação à origem lícita dos bens, e nunca em relação aos fatos típicos imputados ao suspeito ou acusado, que permanece sempre com o Ministério Público” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 106-107).

<sup>231</sup> Luiz Flávio Gomes se insurge contra a interpretação literal do § 2º do artigo 4º da Lei n. 9.613/98, afirmando ser absurda e inconstitucional a inversão do ônus da prova para o confisco de bens, direitos e valores apreendidos. Propõe que se compreenda o dispositivo como permissivo a que, no curso do processo, se determine a liberação imediata do que foi apreendido ou seqüestrado, diante da comprovação espontânea pelo investigado de sua origem lícita, consubstanciada essa comprovação numa medida de contracautela (saneadora do ato injusto precedente). Continuará cabendo ao Estado, em decorrência dos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, a prova da ilicitude dos bens apreendidos, de sorte que, ao termo do processo, sendo absolutória a sentença, levanta-se o seqüestro ou a apreensão e, sendo condenatória, os bens são confiscados (CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; e GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 365-366).

### **6.3.12. Prisão temporária**

A prisão temporária foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, com o fim de tutelar a investigação policial<sup>232</sup>, não sendo cabível, portanto, no curso da ação penal.

Não contemplou o legislador a possibilidade de sua decretação de ofício pelo juiz. Essa orientação se afigura correta porque está em consonância com o modelo acusatório adotado, evitando maior envolvimento do juiz na fase que antecede o processo. A ordem de prisão temporária decorre do deferimento de representação formulada pela autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, fundados nos requisitos legais da medida.

A prisão temporária difere de outras espécies de prisão cautelar, isto é, daquelas que não decorrem do título executivo judicial com trânsito em julgado, porque se funda em critérios diversos. Não se consideram as situações do artigo 310 do CPP, que a doutrina insiste em dizer que presidiria todo o sistema de custódia cautelar. Na hipótese, o que se tem em vista é a efetividade da investigação de certos crimes reputados graves.

A redação da Lei 7.960/89 não é a melhor e tem admitido interpretações divergentes. Refere-se a três requisitos para a imposição da medida, a saber: **(a)** a imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial; **(b)** a constatação de que o indicado não possui residência fixa ou se nega a fornecer os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; e **(c)** a existência de fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes relacionados na lei. Parte da doutrina reclama que se apresentem simultaneamente tais requisitos, parte os aceita isolados dos demais.

A melhor solução, a nosso ver, é a conjugação dos incisos I ou II do artigo 1.º com o inciso III do mesmo dispositivo. Em face dos graves crimes relacionados pelo legislador, será cabível a prisão temporária na hipótese de imprescindibilidade para as investigações ou diante da perspectiva de se perder o suspeito, seja porque não

---

<sup>232</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 418.

possui residência fixa, seja porque não contribui para o esclarecimento de sua identidade<sup>233</sup>. Essa orientação rende-se ao princípio da proporcionalidade, instrumento de aferição da constitucionalidade, uma vez que, inequivocamente, a prisão temporária representa intervenção estatal de elevado gravame para o averiguado.

O despacho que decidir sobre a prisão temporária há de ser motivado. Deve destacar elementos do inquérito pertinentes à realidade do crime e à autoria e expressar, para o caso concreto, a necessidade da medida.

Já se entendeu acertada a expedição de alvará de soltura por Delegado de Polícia antes do termo final da prisão temporária judicialmente decretada<sup>234</sup>. Sendo o Ministério Público o destinatário do inquérito policial, podendo, inclusive, requisitar diligências para a formação de sua *opinio delicti*, não poderá a autoridade policial soltar o indiciado sem expressa concordância do promotor de justiça.

#### 6.4. Quadro sinóptico da utilização dos meios operacionais

Meio	Previsão legal	Crimes relacionados	Requisitos	Observações
sigilo da investigação	- CPP – art. 20	- qualquer ilícito.	- necessidade (à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade).	- confrontar com art. 7º, inc. XIV, do EAOAB; - o sigilo é inerente aos meios operacionais previstos em lei posterior (L 9.034/95).
infiltração de agentes	- Lei n.º 9.034/95 (com as alterações da Lei n.º 10.217/01). art. 2.º, inc. V - Lei 10.409/02 (art. 33, inc. I).	- ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. - quadrilhas, grupos, organizações ou bandos relacionados ao tráfico de entorpecentes.	- circunstanciada autorização judicial, "estritamente sigilosa", que permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.	- a infiltração ficará a cargo de agentes de polícia ou de inteligência.
ação controlada	- Lei n.º 9.034/95 (com as alterações da Lei n.º 10.217/01). art. 2.º, inc. II - Lei 10.409/02 (art. 33, inc. II).	- ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. - tráfico internacional de entorpecentes	- a lei não dispõe sobre a forma de exercer o "controle". - no caso do tráfico internacional de entorpecentes, a "não-intervenção" está subordinada ao prévio conhecimento do itinerário provável dos suspeitos e a garantia das autoridades estrangeiras contra fuga de agentes e extravio das substâncias ilícitas.	- consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

<sup>233</sup> Eugênio Pacelli de Oliveira sustenta, no entanto, que a situação do inciso II já estaria contemplada no inciso anterior. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 420).

<sup>234</sup> PRISÃO TEMPORÁRIA - Expedição de alvará de soltura por Delegado de Polícia antes de exaurido o prazo de 5 dias - Possibilidade - Desobediência - Inocorrência: - Inteligência: art. 330 do Código Penal, art. 1º, I da Lei 7.960/89, art. 1º, III da Lei 7.960/89, art. 2º da Lei 7.960/89. A Lei nº 7.960/89, que criou a prisão temporária, não estabelece que somente o Juiz pode expedir o alvará de soltura e nem que o prazo de cinco dias precisa necessariamente ser exaurido, incorrendo, por isso, o crime de desobediência no caso do Delegado de Polícia que expede tal autorização antes de esgotado o prazo (Brasil. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Habeas corpus n. 255.522/1. Rel. Walter Guilherme, j. 21 fev. 1994. São Paulo. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, n. 21, jan. – mar. 1994. Disponível em <www.tacrim.sp.gov.br>. Acesso em 26 fev. 2006).

acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais	Lei n.º 9.034/95 (com as alterações da Lei n.º 10.217/01). Art. 2.º, inc. III. - Lei 10.409/02 (art. 34, inc. II).	- ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. - tráfico de entorpecentes.	- a Lei 9.034 exige que o juiz realize pessoalmente a diligência em questão (art. 3º) - a Lei 10.409 afastou-se dessa orientação.	- a Lei 10.409 estabelece duas formas de acesso a dados: a colocação, sob vigilância, por período determinado, de contas bancárias (art. 34, inciso II) e o acesso, por tempo determinado, aos sistemas informatizados das instituições financeiras (inciso III).
acesso a dados financeiros	- Lei Complementar n. 105/01	- qualquer ilícito e, especialmente, os de: I - de terrorismo; II - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV - de extorsão mediante seqüestro; V - contra o sistema financeiro nacional; VI - contra a Administração Pública; VII - contra a ordem tributária e a previdência social; VIII - lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX - praticado por organização criminosa (art. 4.º)		
captação e int. ambiental	- Lei n.º 9.034/95 (com as alterações da Lei n.º 10.217/01). Art. 2.º, inc. IV	- ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.	- circunstanciada autorização judicial.	- a captação e interceptação ambiental consistem na instalação de dispositivos eletrônicos de escuta e gravação de sons e imagens em ambientes como residências, locais de trabalho, estabelecimentos prisionais ou logradouros públicos.
interceptação telefônica	- Lei n.º 9.296/96	- crimes punidos com reclusão	I - indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - imprescindibilidade da prova; III - o fato investigado deve constituir infração penal punida com reclusão. IV - o pedido deve conter descrição clara do objeto da investigação e a qualificação dos suspeitos (salvo neste caso impossibilidade manifesta).	I - prazo de 15 dias, prorrogável por igual período. II - utilização dos autos apartados; a apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art. 10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal (isto é, após as alegações finais).
delação premiada	- Lei n.º 9.034/95 (com as alterações da Lei n.º 10.217/01). Art. 6.º	- ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo	I - colaboração espontânea do agente II - esclarecimento de infrações penais e sua autoria	- a pena será reduzida de um a dois terços.
delação premiada (2)	- Lei n.º 9.807/99		I - redução da pena de um a dois terços ao indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime. II - perdão judicial e extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.	
RDD	- Lei n.º 10.792/03 (altera a LEP)	I - prática de fato previsto como crime doloso (falta grave) quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas; II - preso provisório ou o condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando; III - presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.	I - a autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa. II - a decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias. III - a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias.	I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.
proteção a vítima e testemunhas	- Lei n.º 9.807/99			I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; IV - preservação da identidade, imagem e

				<p>dados pessoais;</p> <p>V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;</p> <p>VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;</p> <p>VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;</p> <p>VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;</p> <p>IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.</p> <p>- em casos excepcionais: alteração de nome completo.</p>
proteção ao réu	- Lei n.º 9.807/99			<p>I - estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.</p> <p>II - durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas para vítimas e testemunhas.</p> <p>III - no caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.</p>
testemunhas sem rosto	- Provimento CG 32/00	<p>a) homicídio doloso (art.121, caput, e seu § 2);</p> <p>b) seqüestro ou cárcere privado (art.148, caput, e seus parágrafos 1 e 2);</p> <p>c) roubo (art.157, caput, e seus parágrafos 1, 2 e 3);</p> <p>d) extorsão (art. 158, caput, e seus parágrafos 1 e 2);</p> <p>e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus parágrafos 1, 2 e 3);</p> <p>f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);</p> <p>g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);</p> <p>h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);</p> <p>i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1);</p> <p>j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285);</p> <p>l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;</p> <p>m) genocídio (artigos 1, 2, e 3 da Lei n.º 2.889, de 01/10/1956), em qualquer de suas formas típicas;</p> <p>n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei número 6.368, de 21/10/1976);</p> <p>o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n.º 7.492, de 16/06/1986).</p>	- vítimas e testemunhas sob coação ou grave ameaça em razão de depoimentos que devam prestar ou tenham prestado.	<p>I – omissão dos dados de qualificação e endereço lançados nos termos de seus depoimentos;</p> <p>II – garantia de acesso às informações ao Ministério Público e ao Defensor constituído ou nomeado nos autos, com controle de vistas e suas respectivas datas feito pelo Escrivão.</p>
seqüestro de bens, direitos ou valores	- Lei n.º 9.613/98	<p>Crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores.</p> <p>Ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, dos seguintes crimes:</p> <p>I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;</p> <p>II - de terrorismo e seu financiamento;</p> <p>III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;</p> <p>IV - de extorsão mediante seqüestro;</p> <p>V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;</p> <p>VI - contra o sistema financeiro nacional;</p> <p>VII - praticado por organização criminosa.</p> <p>VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira</p>	- indícios suficientes	<p>I – o juiz pode agir de ofício;</p> <p>II – duração: 120 dias (se a ação não for iniciada)</p> <p>III – inversão do ônus da prova: o juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem.</p> <p>IV – pedidos de restituição não serão conhecidos sem o comparecimento pessoal do acusado.</p> <p>V - a ordem de prisão de pessoas ou da apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores, poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.</p>
prisão temporária	- Lei 7.960/89	<p>a) homicídio doloso (art.121, caput, e seu § 2);</p> <p>b) seqüestro ou cárcere privado (art.148, caput, e seus parágrafos 1 e 2);</p>	<p>I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;</p> <p>II - quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer</p>	<p>I - não há previsão para a decretação de ofício (art. 2.º).</p> <p>II - a prorrogação do prazo de prisão temporária é subordinada à constatação</p>

	<p>c) roubo (art.157, caput, e seus parágrafos 1, 2 e 3);</p> <p>d) extorsão (art. 158, caput, e seus parágrafos 1 e 2);</p> <p>e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus parágrafos 1, 2 e 3);</p> <p>f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);</p> <p>g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);</p> <p>h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);</p> <p>i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1);</p> <p>j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com o art. 285);</p> <p>l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;</p> <p>m) genocídio (artigos 1, 2, e 3 da Lei n.º 2.889, de 01/10/1956), em qualquer de suas formas típicas;</p> <p>n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei número 6.368, de 21/10/1976);</p> <p>o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n.º 7.492, de 16/06/1986).</p>	<p>elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;</p> <p>III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos crimes relacionados.</p>	<p>de "extrema e comprovada necessidade" (art. 2º)</p> <p>III - a prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes hediondos e equiparados, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, § 3º, da Lei 8.072/90).</p>
--	--	---	---

## 7. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS MEIOS OPERACIONAIS

A locução Estado Democrático de Direito tem sido invocada em favor dos acusados no processo penal, como fórmula mágica, de conteúdo vago, mas por si só idôneo para rechaçar qualquer medida de coação pessoal.

Essa concepção institucional, produto da evolução histórica da delicada relação do indivíduo com o Estado, não se constitui em apanágio ao individualismo, característica do Estado liberal, abstencionista por excelência. No Estado Democrático de Direito, do qual se exige, cada vez mais, prestações positivas destinadas à satisfação dos interesses da comunidade, as intervenções no âmbito do direito individual são, em certa medida e sob determinados pressupostos e requisitos, plenamente justificadas.

É o que se observa diante dos delitos de maior reprovabilidade e repercussão social.

O crime organizado e a criminalidade violenta exigem respostas do Estado. O Estado não pode abdicar de conceber mecanismos de enfrentamento a essas manifestações delitivas, nem mesmo a pretexto de honrar outras diretrizes constitucionais. Tais finalidades não de ser compatibilizadas.

É que, levadas às últimas conseqüências a retração do Estado diante dessa nova ameaça, tais condutas ilícitas tendem ao recrudescimento. Não encontrando qualquer obstáculo à expansão, penetram na própria estrutura da Administração, revelando-se, então, o risco de esfacelamento da democracia, pela substituição da decisão popular por aquela que satisfaz a interesses de determinada organização. Comprometida a democracia, nada sobra da moderna concepção de Estado de direito<sup>235</sup>.

O grave risco que o fenômeno representa às instituições é motivo suficiente para a reação do Estado. Já não lhe serve, nesse quadro, a atitude passiva de

---

<sup>235</sup> O crime organizado põe em risco não somente o Estado Democrático de Direito como o exercício dos direitos e garantias individuais. É o que se concluiu ao termo da Primeira Conferência Mundial sobre o crime organizado internacional, promovida pelas Nações Unidas, em novembro de 1994, na cidade de Nápoles (MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. As organizações internacionais criminosas e as drogas ilícitas. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 6: críticas e sugestões**. 10 anos da Constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 120).

outrora, que tanto interessara à burguesia, no qual o intransigente respeito aos direitos individuais nada mais representava do que o limite estabelecido ao poder do soberano. São-lhe exigíveis, agora, prestações positivas que contenham algo mais do que o desiderato da concretização de direitos individuais, mas também a satisfação de interesses coletivos, como o da segurança, condição indispensável ao desenvolvimento de uma sociedade sadia. Noutras palavras, o Estado tem o dever, em prol do coletivo, de conceber mecanismos de defesa<sup>236</sup> eficientes e superiores à ameaça, diante daquilo que se opõe à sua finalidade e aos bens jurídicos mais caros de sua comunidade.

A persecução penal já coloca em conflito interesses constitucionais relevantíssimos. O poder-dever de punir contrapõe-se ao direito individual de liberdade. O conflito é dirimido pela via jurisdicional, com respeito intransigente aos princípios consagrados pela cláusula do “devido processo legal”. Eis aqui o ponto de partida: interesses do Estado e do acusado contrapostos e sopesados na lide penal.

Nos âmbitos da investigação e repressão criminal das novas formas de criminalidade – organizada ou violenta – além do debate que se estabelece em torno da liberdade do acusado, são postos em questão os princípios consagrados do processo penal clássico.

Já se tem por premissa que algumas das novas manifestações de criminalidade escudam-se no direito à privacidade para subsistir. Sigilos fiscais e bancário, inviolabilidade de comunicações e dados têm servido à concretização de inestimáveis práticas criminosas. Tais direitos, contudo, não foram concebidos pelo

---

<sup>236</sup> E, antes disso, a criminalização daquelas condutas que põem em risco as ações do Estado voltadas à satisfação dos interesses coletivos: “assumindo-se como garantia das prestações públicas necessárias a uma existência em condições de dignidade, o Estado social moderno eleva muitos dos interesses relacionados com o intervencionismo dirigista ou salutista à categoria de bens jurídicos fundamentais. ‘No Estado moderno – escreve Claus Roxin –, a par da proteção dos bens jurídicos dados (de matriz individual), aparece a necessidade de assegurar, se necessário através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações públicas de que depende o indivíduo no contexto da assistência social por parte do Estado’ (...). Daqui derivam as grandes manchas de neocriminalização da chamada *White-collar criminality* e que abrange ilícitos em áreas como a saúde, a segurança social, a economia, etc. Daqui partem também aqueles autores que, numa perspectiva mais crítica e em nome duma ‘política criminal alternativa’, advogam uma deslocação do centro de gravidade do direito penal no sentido do privilégio dos interesses colectivos” (DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinvente e a sociedade criminógena**. 2ª. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 436-437).

constituente para fomentar atividades ilícitas. Nem são reputados absolutos, na medida em que frustram a realização de outros direitos de dignidade constitucional.

Disso decorre a necessidade de superá-los na investigação e persecução penal. Há de se fazê-lo, no entanto, sob condições especialíssimas, determinadas segundo rigoroso critério científico, pois, do contrário, põe-se em xeque todo arcabouço garantista erigido ao longo da história e que representa, hoje, expressão máxima do atual estágio de desenvolvimento de nossa cultura jurídica.

A utilização do meio operacional que se opõe a direito constitucional limitado, como o da privacidade, depende efetivamente de previsão legal. Eis o primeiro requisito. Com efeito, quando atentamos para o roteiro de investigação traçado pelo Código de Processo Penal, logo notamos que, no tempo de sua edição, o legislador não se preocupou em dispor sobre as técnicas policiais específicas para a evidenciação do crime e de seu autor. A nova face do crime, entretanto, reclama que a investigação incida sobre assuntos contidos na esfera da privacidade constitucionalmente protegida, cuja intromissão é defesa aos órgãos da persecução penal, salvo nas hipóteses expressamente previstas em lei.

A elaboração legislativa a esse respeito deve ser rigorosa. As intervenções estatais não podem ser excessivas. A concepção de novos mecanismos passará sob o crivo da constitucionalidade somente se adequada, necessária e justificada em razão do valor maior a ser protegido. O princípio da proporcionalidade se apresenta como instrumento de controle da constitucionalidade incidente já no momento da criação da norma e que refutará as intervenções estatais exorbitantes.

Quando o legislador cogita dos meios operacionais que incidem sobre direitos individuais, restringindo-os, não pode perder de vista os três elementos integrantes do princípio – pertinência, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – que justificam a espécie interventiva.

Não é qualquer crime que autoriza a utilização de tais recursos, mas somente aqueles cuja proteção se dirige aos mais relevantes bens jurídicos, que estão, explícita ou implicitamente, indicados na Constituição da República.

A Lei Maior recomenda tratamento rigoroso aos delitos indicados no art. 5.º, inciso XLIII, a saber, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo, e os definidos como crimes hediondos.

Também a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático configuram, nos termos do art. 5º, inciso XLIV, espécies delitivas que demandam reação mais intensa.

Um olhar mais percuciente no texto e dele se extraem valores reputados fundamentais à sociedade, como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º). Liberdade, segurança, bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são bens jurídicos reputados dos mais importantes e aparecem destacados no preâmbulo. Esses mesmos bens jurídicos são, com a vida, enfatizados como direitos individuais e coletivos (art. 5º, *caput*).

Sem dúvida, os delitos discriminados e aqueles que se dirigem contra os bens jurídicos assinalados assentem com o emprego de meios mais incisivos, desde que tais meios sejam empregados na medida do necessário para protegê-los.

Ao legislador, atento às referências constitucionais, compete relacionar crimes com os novos meios de investigação e meios de prova.

Submisso ao princípio da proporcionalidade, o legislador definirá esse rol discriminando as condutas atentatórias contra os bens e valores mais caros à comunidade. Considere-se, nesse passo, que a Constituição concede ao legislador a faculdade de criminalização das condutas, tanto que não explicita quais são os crimes hediondos. Há, nesse passo, ampla margem de liberdade ao legislador na indicação dos delitos passíveis de serem investigados e provados por mecanismos diferenciados daí porque, não sendo manifesta a desatenção à escala de importância dos bens jurídicos tutelados<sup>237</sup>, a lei assim elaborada será constitucional.

---

<sup>237</sup> Atente-se, nesse ponto, para a posição de José Joaquim Gomes Canotilho: “O princípio da proibição do excesso aplica-se a todas as espécies de actos dos poderes públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição. Observar-se-á apenas o controlo judicial baseado no princípio da proporcionalidade não tem extensão e intensidade semelhantes consoante se trate de actos legislativos, de actos da administração ou de actos da jurisdição. Ao legislador (e, eventualmente, a certas entidades com competência regulamentar) é reconhecido um considerável

A lei ordinária relaciona os novos meios operacionais ao crime organizado. O crime organizado, pese não tenha sido definido normativamente, é algo sensível no plano da realidade e cuja manifestação deve ser veementemente rechaçada pelo Estado Democrático de Direito, por se mostrar absolutamente nocivo ao corpo social e contraposto aos desideratos éticos divisados pelas suas instituições. Cuida-se, portanto, de manifestação delitiva da mais ampla envergadura e que, destarte, autoriza reação de maior intensidade, mormente quando se observa que o grupo de criminosos põe em prática uma das modalidades ilícitas destacadas pela Constituição.

O meio de investigação e prova definido em lei deve ser apto ao fim colimado, a saber, o delineamento do crime e de seus responsáveis. A intervenção deve ser necessária. Sua medida não pode exceder ao fim a que se destina. Não deve existir, por outro lado, outras formas de atuação menos invasivas das garantias individuais. É aí que se opta pelo meio mais suave entre todos aqueles que foram divisados.

Finalmente, para a legitimação do meio operacional, deve-se atentar para a proporcionalidade em sentido estrito. Somente será constitucional a lei que tratar desses mecanismos incisivos relacionando-os às mais graves manifestações da criminalidade, destacando-se aqui o valor maior a ser protegido. Nessa etapa se considera o conjunto dos interesses em jogo.

Existindo a lei e superada a questão da constitucionalidade, o meio operacional eleito será submetido a nova verificação de adequação, pertinência e necessidade, agora pelo juiz do processo e para o caso concreto.

No curso de um inquérito policial, por exemplo, reúnem-se indícios de existência de associação para o tráfico de entorpecentes. É preciso que se identifiquem os integrantes da quadrilha, quais as suas funções no âmbito da organização criminosa, a expressão e o destino dado ao ganho ilícito. Supõe-se que

---

espaço de conformação (liberdade de conformação) na ponderação dos bens quando edita uma nova regulação. Esta liberdade de conformação tem especial relevância ao discutir-se os requisitos da *adequação* dos meios e da *proporcionalidade* em sentido estrito. Isto justifica que perante o espaço de conformação do legislador os tribunais se limitem a examinar se a regulação legislativa é *manifestamente inadequada*" (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 264. Grifos do original).

o dinheiro advindo do crime confunde-se com a arrecadação de uma casa de bingo em funcionamento.

O encarregado da investigação (delegado de polícia ou promotor de justiça<sup>238</sup>) divisa as seguintes diligências como necessárias ao descortino do crime e responsabilização de seus autores: a interceptação telefônica dos suspeitos; a quebra dos sigilos bancários e fiscal das pessoas físicas e jurídicas investigadas; e a infiltração de agentes. Representa para o juiz competente pleiteando a autorização para o emprego de tais medidas.

A interceptação telefônica terá por escopo estabelecer o organograma da associação criminosa, conhecendo o relacionamento entre os averiguados. Com alguma sorte, os negócios ilícitos serão evidenciados nas conversas.

A quebra do sigilo bancário permitirá aferir a consistência do quadro hierárquico traçado a partir da interceptação telefônica e conhecer a expressão do crime investigado pelo seu caminho reverso. Cotejadas as informações bancárias com as fiscais, identificar-se-á a movimentação francamente suspeita e que demandará maior atenção da Polícia no momento oportuno.

Finalmente, a infiltração de agente, por exemplo, na casa de bingo, permitirá a comprovação da hipótese de lavagem de dinheiro e, eventualmente, a individualização das condutas na parte visível da associação delinqüencial.

O juiz para o qual se dirige o pedido de utilização dos meios operacionais indicados deve estabelecer o raciocínio que segue<sup>239</sup>.

Em primeiro lugar, deve se certificar de que os meios operacionais alvitados constituem-se em autêntica restrição a direito fundamental. Na hipótese vertente, os métodos aludidos contrapõem-se à garantia da inviolabilidade das comunicações e ao direito à intimidade, ambos institutos com dignidade constitucional. Passa-se à segunda etapa.

---

<sup>238</sup> Com fundamento no artigo 16 do CPP, evitando-se, por ora, a polêmica sobre a possibilidade de investigação direta por parte do Ministério Público.

<sup>239</sup> Seguindo o roteiro proposto por BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 181-184.

Numa segunda fase de aplicação do princípio da proporcionalidade, é preciso que se verifique se estão presentes os requisitos de admissibilidade constitucional da restrição. No caso da interceptação telefônica, a Constituição da República reclama ordem judicial e a finalidade de investigação criminal, atendidos os demais requisitos da lei (art. 5º, inciso XII). Tais requisitos estão presentes. No que diz respeito às quebras de sigilo e à infiltração de agentes, não se encontram requisitos constitucionais para o emprego de tais recursos. É preciso que se compreenda, então, que o direito à intimidade não é ilimitado<sup>240 241</sup>, e, adotada a premissa, pode o juiz seguir adiante no roteiro.

Na última etapa, faz-se a prova da proporcionalidade propriamente dita. As medidas serão autorizadas se for possível superar as seguintes questões: a medida restritiva adotada é apta a atingir o fim proposto? Existe outra medida menos gravosa apta a lograr o mesmo objetivo? O sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em relação proporcional com a importância do bem jurídico que se pretende salvaguardar?

---

<sup>240</sup> Lembra Oswaldo Henrique Duek Marques que a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada pelo Brasil por decreto legislativo, estabelece, em seu art. 11, que “ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada”. Se assim é, “dentro dessa ótica, havendo necessidade da providência da diligência para apuração de determinado crime, não haverá arbitrariedade nem abuso da intimidade do indivíduo” (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Considerações sobre a criminalidade organizada. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 6: críticas e sugestões**. 10 anos da Constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 286).

<sup>241</sup> A propósito da previsão de direitos constitucionais sem restrição explícita, esclarece Suzana de Toledo Barros: “é fundamental para a compreensão da existência de restrições não expressamente previstas que se tenha em conta o papel das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico, como sistema de posições e relações jurídicas. Nesse sentido, poder-se-ia, de imediato, explicar como as normas de direitos fundamentais criam direitos subjetivos para o cidadão frente ao Estado. Mas é de se aceitar-se que as normas de direitos fundamentais influem também na relação cidadão x cidadão e, assim, possuem efeito sobre terceiros, ou, como denominado pela doutrina alemã, um efeito horizontal. Pois justamente esse efeito é especialmente adequado para aclarar as possibilidades de restrições a direitos fundamentais não sujeitos a reservas legais. (...) A relação cidadão x cidadão é uma relação entre titulares de direitos fundamentais, logo é possível que condutas antagônicas (de fazer e não-fazer) estejam protegidas por diferentes normas de direito fundamental de modo que, ao mesmo tempo, uma pessoa possa exigir do Estado um comportamento que exclui aquele exigido por outra (...). As colisões podem decorrer, ainda, do confronto entre direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, como saúde pública, segurança pública, defesa social” (BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 170-172).

Destarte, uma representação bem fundamentada nos pressupostos e requisitos dos meios operacionais que tangenciam direitos individuais deve referir-se, em primeiro plano, ao crime que se investiga.

A espécie delitiva que é possível investigar com o uso de meio operacional que incide sobre direitos individuais é uma daquelas indicadas pelo legislador consoante a gradação constitucional. Já vimos que também o legislador se subordina ao princípio da proporcionalidade, daí porque, na atividade de elaboração legislativa, deve atender à escala constitucional dos bens jurídicos tutelados. Somente um delito de especial gravidade justifica o emprego do método mais incisivo.

Diante de um desses fatos criminosos, bastará à autoridade policial que indique elementos sugestivos de sua ocorrência. Serão desnecessárias considerações subjetivas sobre a gravidade do fato, porque essa ponderação, no caso, ficou a cargo do legislador. A indicação do crime é suficiente para a indicação da proporcionalidade entre o bem jurídico a ser tutelado e o sacrifício do direito fundamental em questão.

Observe-se, contudo, que se a utilização do meio operacional é alvitrada para a identificação de atividades de uma organização criminosa, a mera referência a essa situação é insuficiente, uma vez que não temos definição legal de crime organizado ou de associação criminosa.

Geraldo Prado aponta inconstitucionalidade da Lei 9.034, pela omissão do tipo penal definidor da organização criminosa, e não se satisfaz com o esforço da doutrina voltado à indicação dos elementos que a caracterizariam. Observa que a função de criação de tipos penais é reservada, com exclusividade, ao legislador, nos termos do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição da República, de modo que, “constatando-se a impossibilidade de distinguir em abstrato quais são os destinatários das medidas restritivas, sem com isso invadir a seara da lei, ficam os

juízes impedidos de aplicá-la”. Diz que essa seria a única solução que preserva a integridade da Constituição, mas reconhece que não foi a eleita pelos tribunais<sup>242</sup>.

No nosso entender, a omissão legislativa tão-somente impede a punição autônoma da organização criminosa (ressalvada a aplicação da pena prevista para o delito de quadrilha ou bando), mas não a investigação percuciente de sua atividade ilícita para a repressão dos crimes que o grupo comete. Mesmo os ordenamentos jurídicos que prevêm a organização criminosa, destacada da quadrilha ou bando tradicional, exigem do juiz, diante do tipo penal, uma tarefa de integração, com a análise empírica da nocividade social e periculosidade concreta da associação, que o afasta, cada vez mais, da dogmática tradicional que recomendava, para a subsunção do fato ao tipo penal, uma atividade despida de consideração axiológica<sup>243</sup>.

A lei autoriza a adoção dos novos meios operacionais para o combate às associações criminosas (e ao crime organizado que exprime a sua existência) e estabelece um requisito mínimo para o seu delineamento: a referência à quadrilha ou bando.

Tratando-se de um requisito mínimo, demandará o trabalho integrativo do intérprete. Essa atividade não implica em ofensa ao princípio da reserva legal<sup>244</sup> porque ela se desenvolve pelo acréscimo de elementos ao conceito legal e não pela dispensa de qualquer componente estabelecido pelo legislador.

Temos para nós que a associação criminosa que justifica o emprego dos meios operacionais em questão é algo mais do que a quadrilha. À definição do artigo 288 do CP não se agregam outros elementos a configurar maior reprovabilidade da mera conduta de existir o tal ente criminoso. Exige-se a referência a esses elementos que constituem, no caso concreto, o *plus* à associação de mais de três

---

<sup>242</sup> PRADO, Geraldo. **Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental**. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 130.

<sup>243</sup> YACOBUCCI, Guillermo J. Los tipos penales relacionados con el crimen organizado. In: YACOBUCCI, Guillermo J (coord.). **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p.70-94.

<sup>244</sup> CF, Art. 5º, inc. XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

peessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes. Esse acréscimo dirá respeito aos componentes especializantes que potencializam o perigo abstrato que emana daquela organização, seja pela atividade que desenvolve, seja pelos métodos de execução de seus objetivos criminosos.

Atendidas essas recomendações, referindo-se também ao fato em apuração, que precisa estar definido em seus contornos, o encarregado da investigação indicará os elementos contidos nos autos do inquérito policial que o evidenciem.

Como agora a lei ora permite o flagrante diferido, já não se exigirá, numa investigação que tem início para apurar o tráfico de entorpecentes, por exemplo, que se comprove a realidade do crime, nesta fase, com um laudo de exame químico-tóxicológico. É perfeitamente possível dar início à investigação da espécie delitiva sem que se tenha apreendido porção de droga.

A representação deve ressaltar, ainda, os indicativos de autoria.

No dia-a-dia da Polícia é freqüente a obtenção de informações valiosas sobre práticas criminosas por pessoas que, pelas mais diversas razões, não podem aparecer. Órgãos públicos e organizações não governamentais vêm instituindo os serviços de “disque-denúncia”, importante aliado no combate à criminalidade. As informações obtidas são reproduzidas em relatórios apócrifos que, às vezes, instruem o pleito. Pensamos que isso não é suficiente.

A Constituição da República repudia o anonimato (art. 5º, inciso IV) e, ainda que assim não fosse, a admissibilidade da delação anônima inseriria elemento de insegurança nesse campo tão sensível do processo penal.

Por isso, é preciso que a representação contenha algo além da denúncia anônima<sup>245</sup>, a sugerir um suspeito da prática delitiva, como nas seguintes situações

---

<sup>245</sup> No julgamento do inquérito n. 1957/PR, o ministro Marco Aurélio suscitou questão de ordem sobre a possibilidade de se instaurar ação penal com base em delação anônima (superada por maioria de votos, restando vencido o ministro Marco Aurélio). No voto vencedor, o ministro Celso de Mello identificou “situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos”: de um lado, a vedação ao anonimato (CF, art. 5º, IV, “in fine”) e, de outro, postulados igualmente consagrados na Constituição, que se exprimem pela exigência de que os comportamentos individuais “ajustem-se à lei e mostrem-se compatíveis com padrões ético-jurídicos decorrentes do próprio sistema de valores que a nossa Lei Fundamental consagra”. Propôs a ponderação de bens e interesses, enfatizando que o método não poderia esvaziar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais em jogo. afirmou que nada impedia a o Poder Público, provocado por denúncia

figuradas para ilustrar o que dissemos. Sujeito é preso com porção de droga e, informalmente, revela o nome do traficante. A representação pela interceptação telefônica do suspeito, no que concerne aos elementos indicativos de autoria, poderá conter o resumo da delação anônima e, em complemento, um relatório de investigação, eventualmente ilustrado por fotografias, produzido a partir de campanas sobre o suposto ponto de tráfico, confirmatórias da movimentação típica do comércio, escambo, presença de usuários de drogas, etc. Uma outra situação: pessoa revela anonimamente à Polícia que, de dentro do presídio, certo indivíduo planeja e comanda por telefone celular ações criminosas das mais graves. Além da missiva apócrifa, a Polícia pode apresentar com o pedido de interceptação o relatório da estação rádio-base que cobre a região do presídio que evidencie a utilização de determinada linha telefônica celular sempre a partir de um mesmo local.

O encarregado da investigação deve tecer considerações, na representação, sobre a aptidão da medida pleiteada para a investigação, enfatizando os dados concretos, isto é, do próprio caso.

A representação deverá conter substancial explicação sobre a impossibilidade de se recorrer a outras técnicas menos gravosas para a obtenção do mesmo resultado.

Observados tais requisitos, a representação deverá ser deferida.

No processo penal, o princípio da proporcionalidade não está a serviço da acusação ou do imputado. Não repele nem assente, *a priori*, com qualquer regra restritiva de direitos; apenas permite ao juiz de garantias que afira se, no caso

---

anônima, “adotasse medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, ‘com prudência e discricão’”. A persecutio criminis não pode ter por único fundamento causal a peça apócrifa (solução igualmente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e acolhida em outros países citados), no entanto, tratando a delação anônima de fatos de aparente ilicitude penal, “existia, efetivamente, a possibilidade de o Estado adotar medidas destinadas a esclarecer, em sumária e prévia apuração, a idoneidade das alegações que lhe foram transmitidas, desde que verossímeis, em atendimento ao dever estatal de fazer prevalecer - consideradas razões de interesse público - a observância do postulado jurídico da legalidade, que impõe, à autoridade pública, a obrigação de apurar a verdade real em torno da materialidade e autoria de eventos supostamente delituosos” (Informativo nº 393, do STF, de 20 a 24 de junho de 2005. Disponível em <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em 26 fev. 2006).

concreto, a intervenção é adequada, necessária e se justifica em razão do valor maior a ser protegido<sup>246</sup>.

---

<sup>246</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 56.

## 8. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO: REAPROXIMAÇÃO AO PROCESSO GARANTISTA

As novas formas de criminalidade demandam o emprego cada vez mais intenso de meios operacionais de investigação e prova que desafiam direitos individuais e garantias processuais clássicas. Tais meios, contudo, têm o emprego justificado diante das circunstâncias já analisadas e observados certos limites<sup>247</sup>.

Pois bem. Admitidos tais mecanismos e, como conseqüência, a tangência a determinados direitos fundamentais, impende agora que se reflita com mais ênfase sobre concepções que prestigiem o tanto quanto possível a cláusula do devido processo legal e os princípios processuais que dela decorrem<sup>248</sup>.

A Constituição da República elegeu para a persecução penal o sistema acusatório e, fazendo-o, optou por aquele que mais respeita a dignidade do acusado, como sujeito de direitos. A mesma Carta Política forjou um Ministério Público autônomo e independente e lhe reservou parcela da soberania estatal em sede de repressão criminal<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> Para Jorge R. Moras Mom, “la razonabilidad gobierna este punto y por ello la lesión que se puede inferir no debe exceder de lo estrictamente necesario, rodeándose los actos con todas las formalidades útiles tendientes a su eficacia y, al mismo tiempo, al respeto de las garantías, teniéndose en cuenta para el equilibrio del problema que lo que se roza respecto de los derechos individuales está compensado con lo que se asegura al todo social en función de seguridad”. E conclui o autor: “los dos extremos son de jerarquía constitucional y solo su equilibrio da la base a lo razonable” (MOM, Jorge R. Moras. **La investigación em el proceso penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 21).

<sup>248</sup> A justiça penal pode ser eficiente sem solapar no processo as garantias individuais. Concordamos, pois, com Nicolás Becerra quando afirma que “garantías y eficiencia no son vasos comunicantes, sino dos condiciones paralelas y autónomas de un sistema de justicia respetuoso de los derechos”. Observa o autor que, em geral, “los países que se muestran más respetuosos de las garantías constitucionales, de la dignidad del sometido a proceso, son, justamente, los que pueden ofrecer un modelo de justicia eficiente em la persecución de los delitos; em cambio, aquellos modelos em los cuales las garantías no son respetadas, em donde se ejerce una violencia indiscriminada desde el Estado, conviven con cifras muy altas de delincuencia” (BECERRA, Nicolás E. **El ministerio público fiscal: gènesis, ubicación institucional y la reforma pendiente**. 1ª. ed., Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004, p. 129).

<sup>249</sup> Temos sustentado que a porção de soberania estatal reservada ao Ministério Público se manifesta na atividade de arquivamento dos procedimentos de investigação criminal. Claus Roxin, todavia, traz exemplo claro de uma outra evidência dessa soberania ao demonstrar que, nos âmbitos do Estado Democrático de Direito e do processo penal de modelo acusatório, a imposição de uma pena somente se materializa quando “dos autoridades de la justicia, independientes la una de la outra, ministerio público y tribunal, juzgan coincidentemente a um comportamiento como punible”. E completa: “la separación de la actividad de perseguir y de decidir tiene, entonces, no sólo el fin psicológico-procesal (...) de asegurar al juez una objetividad elevada, sino que protege también al imputado de la posible valoración jurídica parcial de una sola autoridad judicial” (ROXIN, Claus.

A Carta Política indica-nos, assim, um caminho a ser trilhado.

A reaproximação ao processo penal garantista, no entanto, exige mais do que a mera divisão das funções de acusar e julgar. Reclama, no momento em que se busca a maximização da eficiência da Justiça Penal sem perda do escopo processual da proteção ao acusado, novas atitudes de juízes, promotores de justiça e da Polícia.

Os juízes, atentos à ideologia que se espraia nas democracias ocidentais e reflete inequívoca tendência, têm de deixar a vetusta perspectiva de atuação inquisitória para se converter em magistrados de garantias. Somente sob essa ótica, exercerão o poder jurisdicional na fase pré-processual, preservando, desde logo, os direitos do imputado. Provimentos jurisdicionais, nessa fase, terão natureza cautelar. Não há mais lugar para o controle mediato da atividade investigativa. Suas intervenções hão de se fazer no caso concreto e para a preservação dos direitos do averiguado.

Os promotores de justiça, por sua vez, devem assumir a responsabilidade pela investigação criminal. Isso não quer dizer que devem substituir os delegados de polícia na presidência dos inquéritos policiais. Devem, entretanto, orientar a sua elaboração como destinatários do trabalho investigativo, até mesmo porque somente essa postura restringirá a investigação ao mínimo indispensável à propositura da ação penal, com economia de recursos e maior objetividade.

Instaurada a ação penal, serão os promotores, e não mais os juízes, que buscarão, com a isenção que caracteriza a sua atuação, a comprovação do fato imputado e de sua autoria. Essa é a única acepção, aliás, que atende concretamente ao princípio constitucional do contraditório.

Como conseqüência disso, a Polícia Judiciária deverá prestar contas de sua atuação não mais ao juiz, como lhe exige o Código de Processo Penal, mas ao promotor de justiça, destinatário do trabalho de investigação. Tal modificação, como se intui, embora careça de alteração legislativa, já se delineia nos novos perfis

---

Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. In: MAIER, Julio B. J. (comp.). **El Ministerio Público en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 48).

constitucionais do Poder Judiciário, Ministério Público (a quem compete o controle externo da atividade policial) e Polícia Judiciária.

### **8.1. A nova feição do Ministério Público brasileiro**

A Constituição de 1988 ampliou sensivelmente as funções do Ministério Público. O Brasil respirava finalmente os ares de democracia, após duas décadas de ditadura militar, e o constituinte concebeu um Ministério Público que aglutinava em si toda a aspiração das novas ordens jurídica e social.

O Ministério Público foi definido como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, cumprindo-lhe defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para disso se desincumbir, foi destacado do Poder Executivo. Já não era mais o representante do governo, mas da sociedade, e, para agir em nome dela, seus membros, cujas funções somente podem ser exercidas por integrantes da carreira, foram dotados das mesmas garantias da magistratura, a saber, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Os promotores de justiça são considerados agentes políticos e não propriamente funcionários públicos. Atuam com plena liberdade funcional.

Como instituição, o Ministério Público rege-se pelos princípios constitucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, com autonomia administrativa.

A unidade significa que os membros do Ministério Público integram uma só instituição, sob a direção de um único chefe.

A indivisibilidade significa que os membros podem ser substituídos, uns pelos outros, nas hipóteses legais (e não de forma arbitrária).

A independência funcional traduz-se na liberdade que tem o membro do Ministério Público de atuar com plena liberdade, de acordo com a interpretação que ele próprio faz da lei. Orientações dos órgãos da administração superior não têm caráter normativo ou vinculativo.

A autonomia administrativa se revela pelo poder de iniciativa de lei sobre a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e títulos, e pela faculdade de elaborar a sua proposta orçamentária.

Dentre as funções institucionais do Ministério Público definidas no artigo 129 da Constituição Federal, destacamos aquelas que têm maior relação com o processo penal e, por isso, merecerão as considerações que seguem: **(a)** a promoção da ação penal pública, na forma da lei; **(b)** a expedição de notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; **(c)** o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; **(d)** a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; e **(e)** o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Na promoção da ação penal pública, o Ministério Público detém parcela da soberania do Estado. A Constituição da República o indica como titular privativo da ação. Disso decorre que é o Ministério Público quem decide, dando a última palavra, sobre que fatos e suspeitos serão submetidos ao processo criminal<sup>250</sup>, oferecendo a denúncia ou promovendo o arquivamento das peças de informação ou inquérito policial, na forma da lei.

É bem verdade que, consoante o Código de Processo Penal em vigor, o juiz exerce, nesse âmbito e ainda, a fiscalização da atuação do promotor de justiça, submetendo ao procurador-geral os casos arquivados quando supõe a viabilidade da ação penal. No entanto, caso o procurador-geral insista na promoção do arquivamento, nada mais restará ao magistrado a não ser remeter os autos ao arquivo. A solução do Código de Processo Penal, se por um lado revela o exercício da soberania por parte do Ministério Público e preserva a integridade do modelo acusatório de processo penal, por outro se traduz em delicado artifício, pois exige do juiz digressão sobre a prova do inquérito policial (ou das peças de informação) e

---

<sup>250</sup> Exceção feita àqueles fatos definidos como crimes de ação privada.

algum convencimento sobre o mérito da causa quando sequer existe a ação penal, atitudes que tendem ao comprometimento de sua imparcialidade e que não são próprias de um juiz de garantias.

Já vimos, entretanto, que a Constituição Federal, não somente demarcou o processo acusatório ao dispor sobre a função institucional do Ministério Público de promover privativamente a ação penal pública, como concedeu algum espaço de consenso na seara do processo penal.

O exercício da discricionariedade regrada que o processo penal brasileiro vem admitindo transmuda-se em benefício ao acusado quando a ordem jurídica garante a independência funcional e a objetividade da atuação de quem pode transacionar sobre a pretensão punitiva do Estado<sup>251</sup>.

O constituinte gerou um promotor de justiça que não é mero destinatário de investigações levadas a efeito por outros órgãos. Concedeu-lhe a feição de agente. Ante a redação do inciso VI do artigo 129, é inequívoca a atribuição do membro do Ministério Público de presidir procedimentos administrativos de investigação, tanto que, para instruí-los, foi dotado do poder de requisitar informações e documentos a terceiros. Tais procedimentos existem para a instrumentalização do exercício de sua missão constitucional (art. 127, *caput*, CF) e de suas funções institucionais (art. 129, CF). Servirão como atos preparatórios e de aparelhamento à atuação civil e criminal do MP perante o Poder Judiciário.

O controle externo da atividade policial, previsto no artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal, revela uma peculiar forma de relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária. Essa relação, por estar condicionada ao novo molde

---

<sup>251</sup> Teresa Armenta Deu chamou-nos a atenção para o risco de se admitir a incidência do princípio da oportunidade no processo penal se o ordenamento jurídico não garante a independência e imparcialidade do Ministério Público. Diz a autora: “Desde el momento en que el principio de oportunidad supone la excepción a uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho - garantía frente al eventual abuso en el ejercicio de las facultades públicas- su implantación debe arrastrar el peligro de desequilibrarlos, especialmente en países en los que como España -y a diferencia de Italia o Portugal- la fiscalía carece de los mecanismos necesarios para garantizar su independencia. Junto a este riesgo se constatan otros dos: el uso indebido de las facultades discrecionales en favor de los intereses del ejecutivo, y la quiebra de una actuación imparcial, caso de aunarse las funciones acusadoras y enjuiciadoras en manos del órgano oficial de la acusación.” (ARMENTA DEU, Teresa. **El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas**. Disponível em <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/arment13.htm>>. Acesso em 25 fev. 2006).

do processo penal brasileiro e à nova configuração do Ministério Público, será estudada mais amiúde no tópico apropriado.

No artigo 129, inciso VIII, a Constituição Federal destacou a atribuição que tem o Ministério Público de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. Cuida-se, aí, de clara indicação de sua primazia em relação à Polícia Judiciária (e não à Polícia como instituição), que não poderá desatender nesse mister à determinação do promotor de justiça. Em conseqüência, temos uma Polícia independente, chefiada por delegados de carreira, mas que, no que pertine à atividade de polícia judiciária, vê-se sujeita ao controle externo do Ministério Público e ao seu poder de requisição de inquérito policial e diligências. Essa realidade em nada diminui a importância da Polícia<sup>252</sup>, órgão que se posiciona no primeiro front de controle formal do crime, mas nos remete à releitura do dispositivo constitucional para que melhor se aproveitem os seus poucos recursos, de acordo com a orientação de quem tem capacidade postulatória, na preparação eficiente da ação penal.

Finalmente, a previsão do exercício de outras funções compatíveis com a finalidade do Ministério Público (art. 129, inciso IX, CF) indica que o constituinte depositou nessa instituição a esperança de que, no desempenho de seu mister, em juízo e nos gabinetes, se concretizem, pelas mãos dos promotores de justiça, os mais caros valores do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>252</sup> Não passou despercebido a Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade que é a polícia, no plano fático, que detém a verdadeira discricionariedade, pelas opções reais de atuação de que dispõe diante do crime, em que pese devesse, no plano teórico, agir no âmbito da mais estrita legalidade. Segundo os autores, "a polícia constitui o símbolo mais visível do sistema formal de controle, o mais presente no quotidiano dos cidadãos e, por via de regra, o *first-line enforcer* da lei criminal. O seu papel no processo de seleção é, por isso, determinante. Situada no limiar do complexo processo da *law in action*, a polícia é não só a instância que processa o caudal mais volumoso de *deviance*, mas também a que o faz em condições de maior *discricionariedade*. Por princípio, a polícia interage apenas com 'leigos' – os denunciadores ou os suspeitos – em posição de domínio e à margem da vigilância dos demais intervenientes processuais que vão progressivamente povoando o cenário. Em segundo lugar, a polícia reduz drasticamente as alternativas ao dispor das instâncias de controle situadas a jusante, condicionando mesmo o sentido das suas decisões" (DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2ª. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 443 - grifos do original).

## 8.2. O Ministério Público e o controle do crime

O Ministério Público constitui-se numa instância formal de controle do crime<sup>253</sup>. É o MP que tem, no Estado moderno, a função de *gate-keeper*, isto é, seleciona, quase que de forma exclusiva<sup>254</sup>, o que ingressa no sistema jurisdicional de resposta ao delito<sup>255</sup>. É ele quem decide, dando a última palavra, sobre o arquivamento do inquérito policial ou procedimento equivalente.

Isso ocorre quer o sistema jurídico admita expressamente a discricionariedade, quer não.

O sistema norte-americano, por exemplo, assente com a discricionariedade. Nele, o *prosecutor*, cujo cargo é provido pela via eleitoral, assume papel que é preponderante ao dos juízes e dos tribunais na repressão criminal. Este funcionário está legitimado a realizar amplos acordos extrajudiciais com os acusados e seus defensores (*plea bargain*), muitas vezes tangentes aos contornos da pretensão punitiva estatal. E os magistrados, na prática, homologam as suas decisões<sup>256</sup>. Como têm mandato, os promotores americanos conduzem pessoalmente e com discricionariedade a política de segurança pública, sobre a qual prestam contas aos eleitores, especialmente porque, não raramente, visam à recondução ao cargo e a carreira serve de trampolim a outras aspirações políticas.

O princípio da obrigatoriedade, no entanto, rege com maior freqüência a atuação de outros Ministérios Públicos. Mesmo assim, figura-se expressivo o resultado da triagem dos casos feita pelo Ministério Público. Jorge de Figueiredo

---

<sup>253</sup> São consideradas instâncias formais de controle de crime a lei (em primeiro lugar), a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário.

<sup>254</sup> A exceção, no Brasil, fica por conta dos crimes de ação privada. A ação penal subsidiária, prevista para a hipótese de inação do MP, em nada modifica a assertiva, uma vez que não tem aplicação quando o promotor de justiça promove o arquivamento do inquérito policial ou de peças de informação. Na Iugoslávia, se o MP decide não acusar, o ofendido deve ser intimado de sua decisão, para, querendo, prosseguir, ele próprio, com a ação penal. Sobre o assunto, mencionando o interessante debate travado em 1944, envolvendo Joaquim Canuto Mendes de Almeida e Nelson Hungria, sobre o monopólio da ação penal pelo Ministério Público, confira-se CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>255</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2ª. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 471.

<sup>256</sup> Marco Antonio Marques da Silva afirma que, pelo *plea bargaining* são solucionados entre 80 a 95% de todos os crimes (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61).

Dias e Manuel da Costa Andrade afirmam que, na Alemanha Federal, em 1970, o MP arquivava cerca de 72% das investigações remetidas pela Polícia e supõem que, no mundo todo, não se encontrarão números muito divergentes<sup>257</sup>.

Isso se explica por razões de ordem prática. Definitivamente os órgãos de controle formal do crime – Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário – não têm capacidade para responder a toda e qualquer manifestação criminosa.

O crime cresceu, no mundo moderno, em complexidade e quantidade. As estruturas dos órgãos de repressão criminal não o acompanharam em crescimento. Tornaram-se organizações extremamente burocratizadas e impessoais, dependentes do processamento informatizado, cujas decisões se delineiam por *standards*.

Nesse panorama, o arquivamento de casos pelo Ministério Público, ainda que formalmente regido sob o princípio da obrigatoriedade, faz-se por razões operacionais<sup>258 259</sup>. Invocam-se para isso argumentos cada vez menos jurídicos e mais voltados à eficiência do sistema. Isso se verifica, por exemplo, quando o MP alude à insuficiência probatória, ao prognóstico de insucesso da persecução penal, à prescrição antecipada ou virtual, como motivos para não ajuizar a ação penal, abortando a resposta oficial ao ilícito.

---

<sup>257</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena**. 2ª. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 472.

<sup>258</sup> Não passou despercebido a Raquel Ladeira que, “en realidad tiene lugar un proceso de selección que escapa a los controles políticos y jurídicos, y que carece de transparencia porque generalmente se lo oculta, no se lo admite y en algunos casos se ignora qué ocurre” (“El principio de oportunidad y el nuevo Código del Proceso Penal”, revista “Judicatura”, publicación oficial de la Asociación de Magistrados del Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, julio de 1998, nro. 39, p. 72, parafraseada por Baigún y Zaffaroni. *Apud*: OLMEDO, Eduardo José. **Los jueces, el Ministerio Fiscal y la actuación policial**. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 134).

<sup>259</sup> Em interessante trabalho, Fabricio O. Guariglia demonstra que, não obstante a regência do princípio da obrigatoriedade no ordenamento jurídico argentino, cada vez se depara com mecanismos informais de seleção de casos na Justiça Penal de seu país, “dado que el sistema es incapaz de hacer frente al cúmulo de casos que a él ingresan”. Observa o autor que, diante da seleção informal que se estabelece no sistema que reputa caótico, a persecução penal fica reservada às camadas sociais desfavorecidas. Sustenta que a adoção do princípio da oportunidade, a conferir discricionariedade ao ministério público, representa “el único medio idóneo para permitir no sólo un adecuado funcionamiento del sistema de enjuiciamiento penal en términos de eficiencia, sino también para evitar que la selectividad inherente a él derive en una aplicación irracional y desigual de la ley penal”. Considera, todavia, que “este cambio sólo será posible en la medida en que se admita definitivamente la investigación preliminar a cargo del ministerio público” (GUARIGLIA, Fabricio O. *Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad*. In: MAIER, Julio B. J. (comp.). **El Ministerio Público en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 88-89).

Essa realidade coloca o Ministério Público em situação de destaque na política criminal<sup>260 261</sup>. É no âmbito dessa instituição em que se definem prioridades de atuação e estratégias de controle do crime. Essa percepção, quando alinhada pelo interesse público, se revela na ação cada vez menos passiva do MP. E a instituição, que tem vocação de protagonista de transformações sociais, decide, em seu âmbito, como reage diante de determinadas condutas ilegais.

A Constituição da República abriu duas frentes para uma nova forma de pensar o direito processual penal e o Ministério Público. De um lado elevou ao *status* constitucional o modelo acusatório de processo, indicando o Ministério Público, independente e desvinculado da manifestação tripartida de poder, como titular exclusivo da ação penal pública. De outro, mitigou o princípio da obrigatoriedade, dando ensejo à transação penal.

Essas frentes revelam opções muito claras do constituinte e que são encontráveis noutras democracias ocidentais<sup>262 263</sup>. O Ministério Público é o

---

<sup>260</sup> “Esta dimensão ‘política’ de actuação do MP é independente do respectivo estatuto jurídico-formal e, mesmo, do que designávamos como o seu estatuto sociológico. Ela manifesta-se tanto nos sistemas que oficialmente a sancionam (de forma paradigmática, nos EUA), como nos sistemas que a vedam em absoluto. É o que demonstram investigações feitas na Alemanha Federal em relação ao domínio onde formalmente vigora a mais estrita legalidade. A única coisa que varia são, para além da expressão quantitativa, os expedientes técnicos através dos quais os diferentes MPs dão curso às suas estratégias políticas: nuns casos, tal sucede abertamente pela via de *plea negotiation*; noutros, diversamente, pela via indirecta e larvada da insuficiência em matéria de prova. Em conclusão: as profundas divergências já referidas não impedem a existência de uma margem maior ou menor de *discrecionalidade real*, comum ao MP dos diferentes países (DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2ª. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 482-483).

<sup>261</sup> Anota Eduardo José Olmedo que a lei orgânica do *Parquet* argentino – nº 24.946 – “marcando nitidamente el distintivo de la independencia que rodea al MPF, atribuye al Procurador general de la Nación, la facultad de diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público (art. 33 inc. 5 acápite d.); ello sin perjuicio de las sugerencias que puede realizar el Poder ejecutivo a través del Ministerio de Justicia, sobre cuestiones genéricas, como la defensa de los intereses generales de la sociedad, la protección de Menores o la política criminal” (OLMEDO, Eduardo José. **Los jueces, el Ministerio Fiscal y la actuación policial**. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 100).

<sup>262</sup> Por ocasião do 100º. aniversário do Ministério Público de Hamburgo, em 1969, Claus Roxin destacou as três finalidades que, segundo o seu pensar, foram perseguidas e atingidas com a concepção dessa instituição. A primeira foi a abolição do processo inquisitivo antigo, que reunia no juiz as funções de perseguir e de julgar o crime: “al ser transmitida la recolección del material probatorio en el procedimiento preliminar al ministerio público y ser confiada la administración de justicia a la actividad complementaria de dos funcionarios judiciales, independientes el uno del otro, el juez alcanzó, por primera vez, la posición de juzgador imparcial del contenido de la acusación, que no reunió ni puso él mismo”. A segunda finalidade diz respeito à função que o Estado de Direito reservou ao Ministério Público de ‘funcionário objetivo de instrução’. Ele não foi concebido para cumprir uma função unilateral de persecução, como o acusador do processo angloamericano, senão para ser o guardião da lei, o que lhe permite atuar inclusive em favor do imputado. Para o professor de Munich, o terceiro aspecto desse órgão, também inerente à noção de Estado de Direito, diz respeito ao

*dominus litis*, destinatário do trabalho da Polícia, sobre a qual exerce o controle externo. No âmbito da persecução penal detém parcela da soberania estatal, porque lhe incumbe dizer o que deve ou não ingressar no judiciário criminal. As garantias de que foi dotado revelam-se em favor do acusado. Teoricamente, um promotor de justiça com atribuições previamente definidas e independente apreciará, com isenção de ânimo, se houve um crime e se é possível cogitar de um suspeito, de acordo com elementos probatórios idôneos. Se optar por formular a acusação, o fará perante um juiz imparcial, distante da Polícia e da investigação, a quem caberá garantir, no processo, a dignidade do acusado, fo equilíbrio de forças e condições efetivas para que este possa se opor à imputação.

Nessa acepção, cada vez mais a Polícia terá que se reportar ao promotor de justiça. Atuações de ofício do magistrado, na fase de investigação, são condutas em extinção, porque descaracterizam o modelo acusatório que, como visto, hoje tem assento constitucional<sup>264</sup>.

E mais. Dado que os meios operacionais de investigação dos delitos põem em perigo direitos e garantias individuais, a opção pela sua utilização já não se fará no âmbito exclusivo da Polícia. É que, se a legitimidade do emprego desses meios decorre da adoção do princípio da proporcionalidade, é o Ministério Público, como *dominus litis*, quem poderá por primeiro aferir a sua necessidade e se, para o

---

controle sobre a polícia que o Ministério Público deve exercer (ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. In: MAIER, Julio B. J. (comp.). **El Ministerio Público en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 39-42).

<sup>263</sup> Nicolás E. Becerra chega a dizer que a atividade funcional do Ministério Público se orienta por critérios de verdade e justiça, concluindo, definitivamente, que a instituição “carece de un interés subjetivo o personal y solo requiere la aplicación de la ley penal impelido por um interés meramente objetivo em la custodia de la legalidad”. Conforme o seu pensar, o Ministério Público “no puede ser considerado parte en el sentido material, sino que sólo formalmente asume ese carácter por la necesidad de asegurar la defensa del imputado y la imparcialidad del tribunal mediante el desdoblamiento del Estado en el ejercicio de sus funciones de acusar y juzgar” (BECERRA, Nicolás E. **El ministerio público fiscal: génesis, ubicación institucional y la reforma pendiente**. 1ª. ed., Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004, p. 80).

<sup>264</sup> Afranio Silva Jardim sustenta que os princípios mais importantes para o processo penal moderno são o da imparcialidade do juiz e do contraditório. Para o autor, todos os demais princípios são consecutórios desses dois princípios fundamentais. Da iniciativa das partes, própria do sistema acusatório, decorre a indispensável neutralidade do órgão julgador. Desatendido o princípio da demanda, a atividade jurisdicional restará viciada. Daí porque divisa “a tendência é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória, devendo a atividade probatória do juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente ao atuar das partes” (JARDIM, Afrânio Silva. **O papel do poder judiciário em face do sistema processual penal acusatório**. In: Revista Justitia, São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, ano 51, vol. 147, jul.-set. 1989).

objetivo do processo – constituir prova em desfavor do acusado – tal recurso se constitui no meio mais suave dentre as opções disponíveis.

De outro giro, a transação penal prevista na Constituição Federal abre caminho para a mitigação da obrigatoriedade, ampliando sensivelmente as opções do Ministério Público na fase pré-processual. Essa nova realidade, se bem empregada, poderá servir de fundamento a novos mecanismos de controle do crime. A delação premiada poderá, por exemplo, crescer em importância num sistema presidido pela discricionariedade. Neste passo, deve-se aplaudir a novidade instituída pela nova lei de tóxicos sobre a possibilidade de sobrestamento do processo ou a redução da pena em decorrência 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” (art. 32, § 2º).

Observe-se que, não obstante a Constituição da República tenha previsto a transação penal tão-somente para os crimes de menor potencial ofensivo (art. 98, inciso I), cuja definição foi deferida ao legislador ordinário, hoje já se aceita, com tranqüilidade, a adoção de institutos despenalizadores fora do âmbito daquelas infrações. Exemplos dessa ampliação são extraídos do Código de Trânsito Brasileiro, em cujo artigo 291 se determina a incidência das regras da Lei n. 9.099 aos delitos nele elencados ou da aplicação do denominado *sursis processual* pelo Ministério Público<sup>265</sup>, que permite ao imputado, desde que cumpridas determinadas condições, ver extinta sua punibilidade, sem que tenha de se submeter aos atos do processo.

A extensão do princípio da obrigatoriedade entre nós está definida em lei. Cabe ao legislador, atento à feição constitucional do Ministério Público, afastá-lo nos casos em que a regra se opõe à eficácia do sistema.

---

<sup>265</sup> Súmula 696, do STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

### **8.3. Os novos papéis do Ministério Público e do juiz na fase pré-processual**

Pese a expansão do sistema acusatório no mundo ocidental, este não possui uma única configuração. Respeitada a sua essência (quem acusa não julga), o modelo permite um sem-número de variantes, que são notadas nos diversos ordenamentos jurídicos que o consagram.

Questão que vem fomentando intensos debates consiste em saber quem deve dirigir a investigação policial.

Duas soluções são alvitadas. Uma, põe o Ministério Público no comando das investigações policiais. A outra, atribui ao juiz instrutor, que dirige a Polícia, a orientação do trabalho investigativo, cumprindo ao MP, neste caso, a fiscalização das ações levadas a efeito<sup>266</sup>.

A Itália, sob o regime de novo código de processo penal (vigente a partir de 22 de setembro de 1989), prevê a figura do “giudice per le indagini preliminari”. Nesse ordenamento, a fase de investigação preliminar é conduzida pelo Ministério Público. Ao juiz da investigação, como garantidor dos direitos do averiguado, cabe controlar as ações do MP. É o juiz quem decide nessa fase sobre as medidas restritivas da liberdade pessoal e resolve questões relativas à antecipação da prova. Ao juiz não é dada a função de investigar e recolher o material probatório. É um juiz sem caderno processual<sup>267</sup>.

Na Espanha, as regras da Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) acolhem a segunda orientação. A fase inicial do procedimento, de investigação, está a cargo do juiz instrutor, diretor das atividades policiais. Reserva-se ao MP a inspeção das ações que são levadas a efeito. No entanto, para o procedimento ditado pela Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, a fase instrutória é antecipada e o juiz já não pode

---

<sup>266</sup> Não há dúvida de que a Polícia Judiciária deve ser subordinada ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário. Nesse sentido, aliás, encontra-se disposição expressa nas regras mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça Penal (regras de Mallorca). Conforme o inciso 2º da parte A (princípios gerais do processo), “la policía y los funcionarios que actúen em tareas de investigación em un procedimiento penal deberán depender funcionalmente del Ministerio Fiscal o de los Jueces y Tribunales”.

<sup>267</sup> BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 24-25.

dirigir a investigação. Nesse caso, o MP pode decidir pela impunidade de determinadas pessoas de acordo com os elementos colhidos<sup>268</sup>.

Portugal acolhe em seu ordenamento jurídico o juizado de instrução. Nele está claro que a etapa preparatória (correspondente à do inquérito) é dirigida pelo Ministério Público, assistido pelos órgãos da Polícia Judiciária. Não obstante, o juiz de instrução atua nas terras lusitanas como verdadeiro juiz das garantias, adotando, nessa etapa, função passiva, de garantidor de direitos e sem iniciativa processual própria. Diante dessa característica, Jorge de Figueiredo Dias chega a dizer que esse magistrado não é propriamente um “juiz de instrução”, mas sim um “juiz da instrução”<sup>269</sup>.

A Alemanha atribui ao Ministério Público a responsabilidade pela fase de averiguação, mas não dispensa a intervenção judicial nesse momento procedimental. Ao MP cabe a delimitação dos fatos e decidir sobre o exercício da ação penal. Afirma-se que o Ministério Público alemão é “una cabeza sin manos”, porque, sendo o diretor da fase investigativa, não prescinde da Polícia para a realização das diligências<sup>270</sup>. No procedimento preliminar, sem que o Ministério Público seja aliado do comando da investigação, a lei prevê a figura do juiz instrutor, a quem o promotor requer as medidas investigativas que reputa necessárias. Ao magistrado reserva-se a função de zelar pelos direitos individuais dos averiguados postos em questão pela atividade investigativa.

A França incorpora o sistema acusatório desde 1808. A partir de então, o Ministério Público se encarrega do exercício da acusação, enquanto a autoridade judiciária detém a responsabilidade de investigar as práticas ilícitas e dar início ao

---

<sup>268</sup> Teresa Armenta Deu revela sua preocupação com a solução estabelecida pela Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, mormente no que diz respeito ao poder de arquivamento do Ministério Público. E adverte: “la estructura tripartita del principio acusatorio vuelve a encontrar dificultades en la situación del fiscal como ‘parte imparcial’ que instruye y puede llegar a decidir sobre el juicio de acusación. No deja de ser cierto que con este esquema pueden evitarse investigaciones injustificadas, pero el precio en términos de credibilidad del sistema, especialmente en cuanto a la actuación imparcial del MF, puede resultar excesivamente alto” (ARMENTA DEU, Teresa. **El Fiscal Instructor: ¿Es Necesario?** Cuadernos de Derecho Público, n. 16, 2002, p. 191-222. Disponível em <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/armenta-fiscal-instructor2.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2006, p. 10).

<sup>269</sup> *Apud*: BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 26.

<sup>270</sup> ARMENTA DEU, Teresa. **Op. cit.**, p. 16-18.

processo. A reforma processual de janeiro de 1993 pretendia atribuir ao MP as funções de investigação e ao juiz as decisões sobre direitos fundamentais. Esse desiderato manteve-se inalterado até a reforma legislativa de 24 de agosto de 1993, que representou certo retrocesso em direção ao modelo anterior<sup>271</sup>.

O Código Tipo do Instituto Ibero-americano de Direito Penal outorgou ao Ministério Público, na etapa da investigação preliminar, as funções investigativa e requerente, e aos juízes, o poder de controlar os limites da atuação ministerial, quando essa atividade põe em risco direitos individuais. No curso da investigação, não se prescinde dos juízes para atos que impliquem decisão e autorização. Eles se manifestam sobre a pertinência e viabilidade das medidas de coerção e sob sua presidência se produzem as provas consideradas definitivas e que não podem ser repetidas<sup>272</sup>.

No sistema proposto pela comissão de juristas encarregada de elaborar o *Corpus Iuris* de disposições penais para a proteção dos interesses financeiros da União Européia está previsto um Ministério Público – a cargo de quem está o início das investigações e sua direção – e a intervenção de um juiz de liberdades (“juge des libertés”) na fase instrutória e quando da formulação do juízo sobre a acusação.

Finalmente, na Corte Penal Internacional, de acordo com o Estatuto de Roma (ER), a investigação é atribuída ao Ministério Público (art. 15 e seguintes do ER), sendo mínimas as funções judiciais nesta fase. No entanto, a decisão sobre o início da ação penal é subordinada à autorização de um órgão da Corte, a Sala de Questões Preliminares.

Constitui-se, destarte, inequívoca tendência – sentida até mesmo nos ordenamentos jurídicos que prevêm o juizado de instrução – atribuir ao Ministério Público a direção das investigações e reservar ao juiz uma função passiva, eminentemente garantista dos direitos individuais do imputado. No curso das investigações, o juiz é chamado a intervir quando são necessárias medidas

---

<sup>271</sup> Devolveu-se ao juiz instrutor a decisão sobre a prisão preventiva. Mais tarde, com a Lei n. 516, de 15 de junho de 2000, reforçou-se a garantia de presunção de inocência, deferindo-se a juiz diverso do juiz instrutor a competência para a adoção de medidas privativas de liberdade.

<sup>272</sup> BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 30-31.

cautelares, para decidir sobre conflitos entre sujeitos processuais, e, em especial, para que sob a sua direção se produza a antecipação da prova.

Os sistemas que deferem ao juiz de instrução a direção do trabalho policial garantem a integridade do modelo acusatório afastando o juiz instrutor da função de julgar o processo<sup>273</sup>. É sobre esse mecanismo que se discute o perigo de se trasladarem as funções instrutórias ao órgão oficial da acusação ou se propugna a imparcialidade<sup>274 275</sup> do MP. Fora disso, isto é, em sistemas como o nosso<sup>276</sup>, em

---

<sup>273</sup> Em sentido contrário, sustenta Fabricio O. Guariglia que, como conseqüência necessária da adoção do processo penal de modelo acusatório, visando à separação definitiva da função requerente da pessoa do juiz, deve-se encomendar a investigação preparatória ao ministério público, órgão natural para exercer a pretensão punitiva. O autor se insurge contra a acusação formulada pelo MP sobre base probatória produzida perante o juiz de instrução, apontando que “resulta artificial que el fiscal deba acusar sobre la base de elementos probatorios que él no ha recogido, careciendo de toda posibilidad de selección con relación a ellos; igualmente inadmisibile es la inversión de roles imperante, pues ‘el fiscal, que debería investigar, sólo puede controlar lo que el juez investiga; y éste, que sólo debería controlar la investigación, la realiza personalmente” (GUARIGLIA, Fabricio O. Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad. In: MAIER, Julio B. J. (comp.). **El Ministerio Público en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 85).

<sup>274</sup> As manifestações doutrinárias sobre a imparcialidade da acusação incidem mais intensamente sobre a figura do magistrado e no âmbito do juizado de instrução. Teresa Armenta Deu enfatiza essa preocupação ao se referir às conclusões da denominada “Comisión Truché”, estabelecida na França, em 1977, para um diagnóstico sobre a Justiça naquele país. Discorre a autora sobre “el verdadero peligro para las garantías constitucionales del ciudadano subyace en el equilibrio a lograr entre la instrucción y la acusación, así como en la protección de los derechos del acusado, de manera que el órgano acusador no pueda adoptar determinadas medidas que arrojen una carga excesiva de parcialidad y se ponga de relieve la falta de distanciamiento psicológico de quien habiendo conducido la investigación deben luego sostener la acusación. En caso contrario, los rasgos inquisitorios se trasladan acarreado el riesgo de arbitrariedades en la investigación y peligro de invasión indebida de la vida privada” (ARMENTA DEU, Teresa. **El Fiscal Instructor: ¿Es Necesario?** Cuadernos de Derecho Público, n. 16, 2002, p. 191-222. Disponível em <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/armenta-fiscal-instructor2.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2006, p. 16).

<sup>275</sup> Eduardo José Olmedo observa que muitas legislações atribuem imparcialidade ao Ministério Público. Entende, porém, que não é viável exigir imparcialidade do acusador. A atuação do Ministério Público deve se caracterizar pela objetividade, mais adequada a quem é parte no processo. As “Regras de Mallorca” (Anexo, ítem 13, b) reclamam objetividade à atuação ministerial e tal atributo, aliado ao dever de lealdade, se apresenta como suficiente para que o MP concentre os seus esforços na busca de todos os elementos de convicção que conduzam ao resultado justo do processo (OLMEDO, Eduardo José. **Los jueces, el Ministerio Fiscal y la actuación policial**. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 103 -104).

<sup>276</sup> Registre-se que, no seminário intitulado “Propostas para um novo Brasil”, realizado no auditório do Superior Tribunal de Justiça nos dias 29 e 30 de maio de 2003, foi divulgado um anteprojeto de lei para a instituição, em nosso processo penal, do juizado de instrução. O anteprojeto, da lavra do ministro José Arnaldo da Fonseca, pressupõe, conforme se lê na Exposição de motivos, o acréscimo de um parágrafo ao artigo 98 da Constituição Federal, para permitir a adoção do juizado de instrução em certas infrações penais, as “de maior potencial ofensivo” (trata-se da PEC 27/2004, de 7 de maio de 2004). O anteprojeto atribui ao Ministério Público a direção da apuração preliminar, cabendo ao juiz, no caso de urgência e para evitar o perecimento da prova, praticar atos de instrução prévia. Estabelece-se prazo para a fase investigatória, findo o qual se alvitra a possibilidade de o juiz assumir a direção do inquérito, por período determinado, visando à sua conclusão. Ao termo final, somente

que a fase de investigação é meramente policial – à semelhança do processo inglês e americano – a discussão torna-se estéril. Neles não tem cabimento a direção da Polícia pelo juiz. O juiz, aqui, desempenha nítida função garantista, uma magistratura pró-indivíduo<sup>277 278 279</sup>. A orientação da atividade policial, enquanto direcionada à prova que se pretende produzir no processo, cabe ao *dominus litis*, ou seja, àquele que formará sua *opinio delicti* e deduzirá, em juízo, a ação penal, com os contornos definidos, inclusive, pela sua viabilidade<sup>280</sup>.

As alegadas inconveniências da direção do trabalho policial pelo Ministério Público, geralmente relacionadas à perda de sua isenção no momento de propor a

---

restará ao Ministério Público oferecer denúncia ou promover o seu arquivamento, mecanismo concebido para evitar que a investigação se estenda por tempo indefinido. A íntegra do anteprojeto pode ser consultada no *site* do Conselho de Justiça Federal (<www.cjf.gov.br>) ou na Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 4, nº 2, jul./dez. de 2003, p. 27-52, onde figura com as considerações e sugestões de Rogério Lauria Tucci.

<sup>277</sup> Para Adauto Suannes, o processo penal moderno é o garante da liberdade do imputado e de seu estado de inocência, “até o momento em que o Estado demonstre, pelo órgão incumbido disso, a necessidade de cercear-se aquela liberdade, seja pela ocorrência de fato grave ensejador de provimento cautelar a ser solicitado ao juiz, que o apreciará, seja em vista da comprovação cabal dos fatos e sua autoria”. Sob essa ótica, observa que o juiz criminal moderno é o garantidor dos direitos constitucionais do acusado, estando comprometido com a regularidade formal do processo (e as formalidades do processo constituem-se em salvaguardas do réu e condições indispensáveis ao julgamento justo) e com o tratamento igualitário das partes. Vê grave deformação da atuação jurisdicional nos provimentos *ex officio*, muitas vezes justificados pelo escopo da busca da verdade real. Afirma o autor que quem deve perseguir a verdade real é o Ministério Público e não o juiz, pois, de outra forma, este não se apresentará como alguém desinteressado pelo resultado da ação (SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 146-176).

<sup>278</sup> O exercício da função garantista que desempenha o juiz no processo penal é incompatível com as normas procedimentais que atribuem ao magistrado a função de produzir a prova incriminadora. A propósito, pronunciou-se Jorge Caferatta Nores: “los jueces son funcionarios encargados de resguardar a los ciudadanos frente a los excesos punitivos que pueda cometer el estado. Pero si a los jueces queremos adjudicarles la tarea de probar que ese ciudadano es culpable, no es un Juez. Hay un viejo refrán que dice: ‘Al que tenga el Juez como fiscal, necesita a Dios como defensor’” (*Apud*: OLMEDO, Eduardo José. **Los jueces, el Ministerio Fiscal y la actuación policial**. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 114).

<sup>279</sup> Propugnando a erradicação do juizado de instrução na Argentina, Gustavo A. Bruzzone ressalta que, no processo penal, a primordial função do juiz consiste em preservar as garantias e direitos individuais do imputado. E assinala: “no parece que la misión del Poder Judicial deba ser investigar o perseguir delitos; su misión primordial es la de preservar los derechos del individuo frente a la intervención del Estado. Si el Estado desea privarlo, por ejemplo, de sua libertad, de parte de su patrimônio o de los derechos inherentes a la patria potestad, corresponde a los jueces decidir si ello es legalmente correcto o no. Los jueces deberían limitarse a juzgar y no a investigar” (BRUZZONE, Gustavo A. *Fiscales y política criminal*. In: MAIER, Julio B. J. (comp.). **El Ministerio Público en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 186).

<sup>280</sup> De acordo com Roberto Falcone, “encomendar la investigación al fiscal constituye un notable acierto en materia procesal penal. La propia noción de jurisdicción en cuanto señala que es ‘juzgar y ejecutar lo juzgado’ aparecería desdibujada durante la actividad desplegada por el juez instructor” (*Apud*: BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Depalma, 2000, p.16).

ação penal, já não subsistem quando se compreende a feição constitucional desse órgão e a essência administrativa do inquérito policial.

O Ministério Público, movido por critérios objetivos de atuação e intransigente devoção à legalidade, não tem a missão de obter a condenação de um inocente. Representa, pois, um interesse contraposto ao do imputado e, por isso, formulará hipóteses de culpabilidade para orientar a investigação<sup>281</sup>. Na dúvida, promoverá a ação penal, sendo esta a razão pela qual não lhe serve o atributo da imparcialidade, próprio dos juízes.

Já o inquérito policial não se presta para além de reunir elementos informativos para o oferecimento da denúncia<sup>282</sup>, não havendo motivo plausível para a sua jurisdicionalização.

A independência alcançada pelo Ministério Público, com o perfil que lhe concedeu a nova Constituição, se revela com especial grandeza no momento em que o promotor de justiça recebe os autos da investigação policial. Debruçado sobre os mesmos, dirá se o trabalho produzido delinea um crime e sua autoria. Mas não é só. Verificará se esse trabalho sugere um caminho a ser percorrido e que conduza, na fase seguinte, a judicial, à decisão condenatória. Há, na *opinio delicti*, algo mais do que a convicção sobre a existência de um crime e indícios de autoria. Há também um juízo de viabilidade da persecução.

Tanto isso é verdade que o promotor de justiça, embora convencido da ocorrência de uma prática ilícita e de sua autoria, pode devolver os autos à Polícia para que novas investigações sejam realizadas. Nesse caso, o membro do Ministério Público retarda o ajuizamento da ação penal, sem que contra isso possa se opor o

---

<sup>281</sup> BECERRA, Nicolás E. **El ministerio público fiscal: génesis, ubicación institucional y la reforma pendiente**. 1ª. ed., Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004, p. 133.

<sup>282</sup> Contundente crítica ao inquérito policial fez Álvaro Lazzarini, em conferência proferida em Belo Horizonte, por ocasião do III Congresso Brasileiro de Polícias Militares, posteriormente publicado como artigo intitulado “Juizado de instrução”, na Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vol 104. Para o magistrado, no sistema vigente, a apuração da responsabilidade criminal não se procede em Juízo, mas perante a polícia, vez que, no sumário de culpa, tudo o que se faz é reproduzir depoimentos, exames e vistorias já realizadas, ou seja, ratificar o inquérito policial, “a peça formada fora do Juízo e sem maior garantia, quer para o acusado, quer para a ordem social” (p. 8-18). Noutro artigo, publicado oito anos depois, Álvaro Lazzarini chegou a sustentar que “o inquérito policial, que atravanca a Polícia Judiciária, é fonte de corrupção, gerador de violências e fator de descrença da população na Justiça Criminal” (LAZZARINI, Álvaro. Juizados de instrução criminal. **Revista A força policial**. São Paulo, n. 8, out.-dez. 1995, p. 88).

juiz, indeferindo, por exemplo, a diligência pleiteada<sup>283 284</sup>, visando colher elementos probatórios mais consistentes. Aí, a atuação do promotor de justiça é a de um estrategista<sup>285</sup>, comprometido com o resultado prático do processo.

Na verdade, com a adoção do sistema acusatório de fase investigatória não jurisdicionalizada e a independência funcional do Ministério Público, já não há mais sentido na fiscalização que o juiz exerce sobre a investigação. Falta fundamento constitucional inclusive para o exercício pelo juiz da corregedoria da Polícia Judiciária. É o Ministério Público o órgão constitucionalmente indicado para essa função, através do controle externo da Polícia Judiciária.

É bem verdade que, no esquema ditado pelo artigo 28 do CPP, remanesce ao juiz a fiscalização sobre a obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal. Mas,

---

<sup>283</sup> Colhem-se na jurisprudência julgados no sentido do texto:

“Correição parcial - Matéria criminal - Indeferimento da volta do inquérito à Polícia, requerida pelo Ministério Público, para novas diligências - Inadmissibilidade - Pedido deferido: Descabe ao juiz indeferir a volta do inquérito à Polícia, para diligências requeridas pelo Ministério Público a fim de melhor apuração do fato” (Brasil. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Correição parcial n. 266.989 – Capital – 7ª. Câmara – requerente: Justiça Pública – requerido: Juízo de Direito da 28ª. Vara Criminal – j. 21 mai. 1981 – rel. Denser da Sá – RT 557/348);

“Inquérito policial - Diligências requeridas por promotor público antes da denúncia - Indeferimento pelo juiz - Sustação daqueles autos - Inadmissibilidade - Correição parcial deferida”. A ingerência do juiz na fase investigatória há de se fazer com toda cautela. Certo não ser ele figura inerte e decorativa. Nem deve sê-lo. No curso da ação penal não é de se estranhar se, na busca da verdade real, determinar esta ou aquela diligência. Mas antes de seu início não é recomendável que o faça, para que se não confunda a figura do juiz com a do inquisidor, ou qualquer interesse da parte, com graves danos para o sistema acusatório adotado pelo legislador pátrio (Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Correição parcial n. 14.426-3 – Capital – requerente: 22º Promotor Público – requerido: Juiz de Direito da 19ª. Vara Criminal – 14 jun. 1982 (data do acórdão) – rel. Prestes Barra – RT 572/319).

<sup>284</sup> Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli. Sustenta o autor que quem decide sobre a imprescindibilidade da diligência é o Ministério Público, eis que ao órgão compete a valoração do interesse que lhe incumbe defender. E argumenta: “se é este o titular privativo da ação penal pública (CF, art. 129, I), não teria sentido coubesse ao Poder Judiciário dizer que é dispensável uma diligência, tida pelo Ministério Público como imprescindível para formar sua convicção sobre a pretensão punitiva. Se o Ministério Público goza de parcela da soberania estatal para dizer a palavra final sobre se é ou não caso de promover a ação penal pública, consectário disso é que estabeleça quando e em que medida as informações o satisfazem para formar sua *opinio delictis*”. (MAZZILLI, Hugo Nigro. **Considerações sobre a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal**. In: Revista Justitia, São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, ano 63, vol. 193, jan./mar., 2001).

<sup>285</sup> É preciso, entretanto, pensar em mecanismos de controle da atuação do promotor de justiça diante do inquérito policial. Impõe-se que haja efetiva fiscalização do exercício de seu poder de requisitar diligências, sendo admissíveis apenas aquelas que se reputam imprescindíveis (art. 16 do CPP), visando não somente a observância pelo *dominus litis* do princípio da obrigatoriedade, como também impedir que a fase informativa se estenda indefinidamente. É curial, entretanto, que, com o aprimoramento do sistema acusatório, esse controle se efetive no âmbito do Ministério Público e sem provocação do juiz.

ainda que se considere recepcionado pela CF/88 esse dispositivo<sup>286</sup>, deve-se atentar para o fato de que essa fiscalização tem momento próprio para acontecer, que é por ocasião da entrega dos autos pelo MP com a promoção de arquivamento.

A função administrativa que o juiz ainda exerce no curso da investigação, sob a égide do vigente Código de Processo Penal, não pode interferir na relação que há nessa fase entre Ministério Público e Polícia. Inquérito policial e peças equivalentes devem tramitar, doravante, entre MP e Polícia, como, aliás, já vem ocorrendo em razão de acordos entre essas instituições e o Poder Judiciário, realizados com menor atenção à letra da lei ainda em vigor. Ressalta-se, contudo, haver projeto de reforma do Código de Processo Penal que consolida essa orientação<sup>287</sup>.

Solução mais ousada, também constante do projeto em comento, retira do juiz a fiscalização do princípio da obrigatoriedade. Um novo mecanismo determina a reapreciação de todos os arquivamentos por órgão colegiado da administração superior do Ministério Público, sem que para tanto tenha que se manifestar o juiz. Pelo projeto, a vítima é notificada das razões invocadas pelo promotor de justiça e pode se manifestar perante o órgão revisor. O mecanismo prestigia a imparcialidade do juiz porque não o concita a formular um juízo de valor sobre a prova amealhada no inquérito policial antes de ajuizada a ação. Realça-se, ainda, o princípio da inércia da jurisdição, delimitando-se de forma mais precisa o âmbito da prestação jurisdicional<sup>288</sup>.

---

<sup>286</sup> Marco Antonio Marques da Silva afirma que o procedimento ditado pelo art. 28 do CPP “não está conforme os princípios que norteiam a iniciativa da ação penal pública, pois atribuir ao juiz o inconformismo com o arquivamento é violar o dever de seleção que, no direito penal moderno, cabe ao Ministério Público” (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p.103).

<sup>287</sup> Projeto de lei nº 4209/2001, remetido pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados com a mensagem nº 215. O texto pode ser consultado no *site* da Câmara dos Deputados, no *link* dedicado às proposições legislativas: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>.

<sup>288</sup> O artigo 28 do Código de Processo Penal teria, em conformidade com o projeto de lei nº 4209/2001, a seguinte redação:

"Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento de denúncia, promoverá, fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação ou das peças de informação.

§ 1o Cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos serão por ele remetidas, no prazo de três dias, a órgão superior do Ministério Público, sendo intimados dessa providência, em igual prazo, mediante carta registrada, com aviso de retorno, o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo.

Seja qual for o caminho a ser trilhado na necessária alteração legislativa, impende que se repila, desde logo, as medidas *ex officio* decretadas pelo juiz na fase de investigação sem prévio requerimento do Ministério Público.

Já não tem sentido requerimentos formulados pela Polícia no curso do inquérito policial sobre a adoção dos novos meios operacionais apresentados neste trabalho sem o aval do Ministério Público.

É que a utilização de tais métodos somente se justifica como *ultima ratio*, isto é, quando outras formas de atuação se mostrarem ineficazes. É a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto. Ocorre que, na fase de investigação, não é o juiz quem primeiramente deve analisar o material probatório e dizer sobre a pertinência da diligência. É o *dominus litis* – que, ao contrário do delegado de polícia, possui capacidade postulatória – quem deverá, de forma fundamentada, requerer a autorização para o emprego do meio agressivo ao direito individual do averiguado. Do requerimento deverá constar obrigatoriamente as razões que identifiquem a imprescindibilidade que justifica o seu deferimento. E somente aquele que expressa a *opinio delicti* sobre o trabalho da Polícia é quem poderá indicá-las. Ao juiz caberá aferir a consistência dos motivos invocados e autorizar, ou não, a medida.

É notável a incompatibilidade do exercício da jurisdição garantista com a atribuição de dirigir a investigação concedida alhures ao magistrado. Quem investiga não tem isenção suficiente para decidir sobre medidas coativas na fase preparatória

---

§ 2o Se as cópias referidas no parágrafo anterior não forem encaminhadas no prazo estabelecido, o investigado, o indiciado ou o ofendido poderá solicitar a órgão superior do Ministério Público que as requisite.

§ 3o Até que, em sessão de órgão superior do Ministério Público, seja ratificada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão o investigado ou indiciado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo, apresentar razões escritas.

§ 4o A promoção de arquivamento, com ou sem razões dos interessados, será submetida a exame e deliberação de órgão superior do Ministério Público, na forma estabelecida em seu regimento.

§ 5o O relator da deliberação referida no parágrafo anterior poderá, quando o entender necessário, requisitar os autos originais, bem como a realização de quaisquer diligências reputadas indispensáveis.

§ 6o Ratificada a promoção, o órgão superior do Ministério Público ordenará a remessa dos autos ao juízo competente, para o arquivamento e declaração da cessação de eficácia das medidas cautelares eventualmente concedidas.

§ 7o Se, ao invés de ratificar o arquivamento, concluir o órgão superior pela viabilidade da ação penal, designará outro representante do Ministério Público para oferecer a denúncia".

do processo. Quem busca colher certo resultado na investigação não se apresenta com a necessária imparcialidade para determinar o eventual sacrifício desse desiderato, diante de um direito do averiguado posto em disputa pela mesma atividade persecutória<sup>289</sup>.

Note-se que, decidindo sobre o requerimento formulado pelo MP, o juiz não precisa se convencer de nada relacionado ao fato – cujos contornos não estão definidos (a denúncia não foi apresentada) – ou à sua autoria. Basta que reconheça que se investiga um crime grave, e que, portanto, autoriza a utilização de um dos meios operacionais mais agudos, e a necessidade de sua utilização. No curso da diligência, como juiz de garantias, fiscalizará a ação policial, mas com a atenção direcionada à observância dos limites autorizados pela medida cautelar deferida. A forma de atuação, sob o ponto de vista operacional, deve ser objeto de fiscalização pelo promotor de justiça porque, se se apresenta iníqua sob o ponto de vista da prova, deve ser abortada, pelo potencial dano a direitos individuais.

O emprego dos meios operacionais em comento, que só se justifica diante da criminalidade organizada e das mais graves manifestações delitivas, reclama do Ministério Público não a assunção do inquérito policial, que continua presidido pelo delegado de polícia, mas uma atitude francamente ativa a partir do momento em que se alvitra a necessidade da utilização dessas novas técnicas operacionais. Essa atitude ativa não se contém no requerimento apresentado ao juiz e persiste durante o curso da diligência. Não é só o prazo legal que indicará o termo final da diligência. Impõe-se que o estabeleça o Ministério Público quando percebe sua ineficácia ou quando a reputa suficiente para o ajuizamento da ação penal. Sem essa conduta, o princípio da proporcionalidade restará desatendido.

---

<sup>289</sup> No sentido do texto, interessante decisão de tribunal argentino, transcrita por Pedro J. Bertolino: “Como una de las características del nuevo ordenamiento procesal penal, y en concordancia con las normas constitucionales que deben ser respetadas en el proceso, se desdobra claramente, y en especial en la etapa de la investigación penal preparatoria, la *actividad requirente* llevada a cabo por el Ministerio Público Fiscal, quien está a cargo de la instrucción, de la *decisoria*, representada por el señor juez de garantías. Esta separación de roles determina que quien investiga no decide sobre las medidas de coerción personal o real que pueda imponerse al sujeto sobre quien pesa una imputación penal” (Câmara de Apelaciones y Garantías de San Nicolas, causa 304, ‘Valienta, Mario, y otros’, del 9/10/98). Num outro julgado, colacionado pelo mesmo autor, delimitam-se os campos de atuação do fiscal e do juiz de garantias, pelo aspecto negativo da atuação deste último: “el juez de garantías carece de facultad para instruir la investigación penal preparatoria” (Juzgado de Garantías nº 2 de Mercedes, causa ‘Bravo, Oscar, s/ robo calificado’, de octubre de 1998) (BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 17).

Convém, a essa altura, que se faça um comentário sobre a delação premiada. Sobre a sua configuração e as críticas que lhe dirigem a doutrina já pudemos discorrer. Falta falar sobre sua eficácia.

A forma como a delação premiada se apresenta nas leis que a prevêm não estimulam o seu emprego. Abstraídos os questionamentos éticos que o instituto propicia, é preciso que se diga, com todas as letras, que muitas delações melhor servirão à prova se resultarem de acordo estabelecido em termos claros.

Figuremos alguém seriamente implicado numa organização criminosa e o firme propósito dos órgãos formais de controle do crime de responsabilizar seus agentes. Estamos na fase de investigação e os elementos coligidos sugerem a responsabilização do potencial delator que, no entanto, ocupa posição intermediária na hierarquia da organização.

No regime atual, o averiguado não encontrará motivo para indicar a comparsaria, falar sobre o patrimônio de sua corporação, enfim, fazer a delação que interessa à persecução como um todo.

Nessa fase, o juiz não pode se envolver. Não poderia, por exemplo, sem grave comprometimento de sua imparcialidade, prometer a redução máxima da pena.

A delação premiada precisa ser aprimorada. Considerada a realidade fática, é preciso que, para a adoção desse instituto, a lei conceda a necessária discricionariedade ao promotor de justiça. É ele, e não o juiz, quem pode, na fase investigativa – aquela em que a delação premiada faz algum sentido – prometer alguma vantagem para o delator no processo.

Uma nova configuração da delação premiada consistiria num jogo de lances claros. O Ministério Público, como diretor da investigação, entrevista o investigado, identifica a possibilidade de colaboração e oferece, em troca da delação, algo como a redução da pena ou a exclusão do processo. A nova lei de tóxicos – n. 10.409/2002 – teria traçado, em esboço, essa sistemática, em concepção inédita desse instituto.

Para que esse esquema bem funcione, há que se pensar em formas de controle da atuação ministerial – certamente no âmbito da própria instituição, para que se preservem os princípios constitucionais do processo – mas também, e principalmente, na vinculação do juiz à dita proposta. Então, apresentada a denúncia contra aquele que se valeu do benefício da delação premiada, essa circunstância, que deverá obrigatoriamente constar da petição de imputação, condicionará os limites da pena a ser afinal aplicada.

#### **8.4. Controle externo da Polícia: uma acepção**

O constituinte incumbiu o Ministério Público de exercer o controle externo da Polícia Judiciária. Ao fazê-lo, concebeu mais um mecanismo do sistema de freios e contrapesos que caracteriza o funcionamento do Estado Democrático de Direito. Não explicitou como há de ser exercido esse controle, preconizando, contudo, a sua regulamentação por lei complementar.

A lei complementar em questão não foi editada até o momento. Certamente não é tarefa fácil desenhar a sistemática do controle, porque, à luz da mesma Constituição, tratam-se o Ministério Público e a Polícia Judiciária de instituições autônomas, chefiadas por integrantes das respectivas carreiras, com recursos humanos e materiais próprios, e, principalmente, com missões hauridas no próprio texto constitucional.

Deve-se observar, no entanto, que da Lei Maior já se revelam os contornos desse instituto. É do que trataremos nas próximas linhas.

O atributo “externo” indica que o controle se fará sem subordinação. É um controle que não faculta ao Ministério Público imiscuir-se na administração e organização da Polícia. É um controle despido do vínculo hierárquico entre quem controla e quem é controlado. Delegados de polícia não são hierarquicamente inferiores aos promotores de justiça, não estão a seu serviço, não lhes prestam contas sobre questões funcionais.

É objeto do controle tudo o que diz respeito às atividades das instituições que convergem para um mesmo lugar e que se contém no conceito de Polícia Judiciária.

A ação da Polícia revela-se sob dois aspectos: a função de polícia de segurança e a função da polícia auxiliar da Justiça. O controle recai sobre esta última função, ou seja, incide sobre limitado aspecto da atividade policial. É por isso que é possível haver controle externo recaído sobre instituição autônoma e dirigida por chefes integrantes da própria carreira.

O controle, no entanto, não se limita à expressão formal do trabalho da Polícia Judiciária, isto é, ao inquérito policial ou ao termo circunstanciado. Restringir a fiscalização ao produto visível do trabalho da Polícia Judiciária é desatender ao comando constitucional que determina ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Carta Política (art. 129, inciso II, CF). O controle, portanto, existe também para a detecção de possíveis omissões que afetem a qualidade da prestação do serviço policial. É impossível diagnosticar as omissões pela verificação do que é feito.

Desse modo, o controle externo envolve necessariamente o livre trânsito de promotores de justiça nas delegacias de polícia, o irrestrito acesso aos livros de registros de ocorrências e de procedimentos de Polícia Judiciária, a consulta aos bancos de dados mantidos pela instituição. É o que hoje se faz pelo Poder Judiciário com o nome de correição.

O constituinte atribuiu ao Ministério Público a função que antes era exercida pelo juiz corregedor com fundamento em leis locais ou normas administrativas. No Estado de São Paulo, a função correicional está prevista no artigo 50 do Código Judiciário<sup>290</sup> (Decreto-lei complementar n. 3, de 27 ago. 1969) e nas Normas da Corregedoria Geral de Justiça (Provimento n. 50/89).

De fato, a fiscalização exercida pelo magistrado, dada a sua natureza administrativa, não guarda relação com a prestação jurisdicional. Um único exemplo pode ilustrar essa assertiva. Digamos que, no exercício da correição, o juiz depara com suposta conduta criminosa praticada por policial. Não poderá investigá-la, por exemplo, numa sindicância. O modelo processual adotado – o acusatório – repele

---

<sup>290</sup> Artigo 50 - A correição permanente consiste na atividade fiscalizadora dos órgãos da Justiça sobre todos os seus serviços auxiliares, a Polícia Judiciária e os presídios, e será exercida nos termos do regimento próprio.

qualquer iniciativa de investigação pela autoridade judiciária<sup>291</sup>, como forma a assegurar-lhe a necessária imparcialidade. Resta ao juiz provocar a ação do Ministério Público ou requisitar a investigação à autoridade policial superior e aguardar, passivamente, o resultado das diligências.

Veja-se que a mesma restrição não se apresenta para o Ministério Público. Como órgão incumbido do controle, pode, ele mesmo, se não for conveniente delegar à própria Polícia a investigação sobre fatos criminosos em tese cometidos por seus integrantes, instaurar o procedimento de investigação, colher diretamente elementos de informação e, estabelecida a sua convicção sobre o caso, apresentar denúncia ao juiz isento, isto é, cuja consciência não foi afetada pelo contato direto com as evidências ou indícios do ilícito.

Tão clara é a possibilidade da colheita direta da prova pelo Ministério Público que, no dispositivo constitucional que alude ao controle externo se faz menção à lei complementar citada em inciso anterior (art. 129, inciso VI), que é justamente aquela

---

<sup>291</sup> Consoante os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SINDICÂNCIA INSTAURADA E PRESIDIDA POR JUIZ CORREGEDOR, PARA APURAR CRIME, EM TESE, PRATICADO POR AUTORIDADE POLICIAL. TRANCAMENTO. É defeso a Juiz Corregedor instaurar e presidir sindicância para apurar crime praticado, em tese, por Autoridade Policial. (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). Recurso provido”. (RHC 15170/SP; Recurso ordinário em habeas corpus n. 2003/0192981-3, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª. T, Data do Julgamento: 23 jun. 2004, DJ 13 set. 2004, p. 262).

“PROCESSUAL PENAL. SINDICÂNCIA INSTAURADA POR JUIZ CORREGEDOR PARA APURAR EVENTUAL PRÁTICA DE INFRAÇÃO POR POLICIAL CIVIL. INCOMPETÊNCIA. 1. Compete a própria Administração Pública a instauração de sindicância para apuração de responsabilidade disciplinar de agente de Polícia Judiciária, integrante do Poder Executivo Estadual. 2. Recurso Ordinário provido para trancar sindicância instaurada por Juiz Corregedor”. (RHC 10604/SP; Recurso ordinário em habeas corpus n. 2000/0111011-0, Relator Ministro Edson Vidigal, 5ª. T, Data do Julgamento: 6 fev. 2001, DJ 12 mar. 2001, p. 154 e LEXSTJ vol. 142, p. 280).

No mesmo sentido, os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“EXCEÇÃO - Impedimento - Magistrado que instaurou sindicância, presidiu colheita de provas e recebeu a denúncia pelos mesmos fatos - Inadmissibilidade - Atos praticados como juiz corregedor que o colocam na qualidade de autoridade policial - Aplicabilidade do artigo 252, I e II do Código de Processo Penal - Exceção procedente. O Magistrado que instaura e preside sindicância para apuração de fatos criminosos está impedido de funcionar em processo crime, cuja denúncia baseia-se nesses mesmos elementos coligidos” (Exceção de Suspeição n.º 18.696-0 - Santa Rosa do Viterbo - Relator: Nigro Conceição - CESP - V.U. - 16.02.95).

“HABEAS CORPUS PREVENTIVO - Admissibilidade - Sindicância instaurada por juiz corregedor para investigar crime, em tese, praticado por delegado de polícia quando do exercício de suas funções - Inadmissibilidade - Incompetência do juiz corregedor caracterizada - Inteligência dos arts. 70 e 91 da LC 207/76 do Estado de São Paulo e 144, § 4º, da CF” (Habeas corpus n.º 361.390-3/3 - Poá - Relator: Dante Busana - j. 7 fev. 2002 - RT 804/564).

que prevê procedimentos administrativos da competência do promotor de justiça e o poder de requisição de informações e documentos para instruí-los.

O controle externo não foi deferido ao Ministério Público somente para preservar a imparcialidade do juiz e o sistema acusatório. Foi-lhe concedido para que cobre, como *dominus litis*, a eficiência da instituição policial. Eficiência esta, frise-se, no que diz respeito à forma e ao conteúdo do inquérito policial e dos procedimentos de investigação, e somente sobre esses instrumentos, dos quais é destinatário.

O controle externo não autoriza certamente, dada a autonomia da instituição policial, que o promotor de justiça decida sobre distribuição de efetivos, realização de operações de polícia preventiva<sup>292</sup> (bloqueios, *blitze*, etc), técnica ou dinâmica dos meios operacionais. Não reduz, afinal, a operacionalidade da Polícia que, diga-se de passo, deve ser, sempre, elevada à sua máxima potência diante do crime, para torná-lo uma atividade de risco para os delinquentes<sup>293</sup>. Mas permite, certamente, a expedição de recomendações de caráter vinculativo relacionadas à elaboração do inquérito policial, do qual é destinatário. Essa percepção mais se acentuará na medida em que se consolidar a idéia de que inquéritos policiais e procedimentos de investigação devem tramitar exclusivamente entre MP e Polícia. Na hipótese, o atendimento prévio às recomendações ministeriais significará economia de recursos e de tempo, evitando o quanto possível a devolução dos autos à Polícia, após esta dar por concluída a investigação, na forma de cota de requisição de diligências.

O controle externo da Polícia haverá de atender, ainda, a uma outra frente, pouco abordada pela doutrina.

---

<sup>292</sup> Impõe-se, cada vez mais, que a polícia atue com independência do Poder Judiciário e do Ministério Público em sua função preventiva, isto é, na manutenção da segurança pública. No exercício dessa atividade, a polícia prescinde de autorizações judiciais, eis que age com discricionariedade, nos limites da lei. O abuso ou desvio de atuação é que poderá ser objeto de controle jurisdicional e da correspondente sanção (nesse sentido: OLMEDO, Eduardo José. **Los jueces, el Ministerio Fiscal y la actuación policial**. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 114).

<sup>293</sup> “La operatividad policial debe ser llevada al máximo, a efectos de quitarles todos los espacios posibles a los delincuentes. Quien pretende delinquir debe percibir que existen grandes posibilidades de ser descubierto. La actividad policial, em función de seguridad, coloca al personal en posición de inmediatez ante los hechos y las personas que la autoridad judicial no tiene, sin que ello se relacione em absoluto com darles facultades especiales” (OLMEDO, Eduardo José. **Los jueces, el Ministerio Fiscal y la actuación policial**. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 86).

Com efeito, a expansão e as novas expressões do crime vem exigindo ações cada vez mais refinadas do trabalho policial. Já observamos que o legislador tem sido criativo e vem idealizando uma série de instrumentos de investigação, muitos deles restritivos de direitos individuais. O emprego destes mecanismos deve se subordinar à autorização judicial. Um juiz de garantias, sopesando os valores em conflito, dirá, quando provocado pelo Ministério Público, com sua atenção voltada ao princípio da proporcionalidade, se as peculiaridades do caso permitem o seu emprego.

Outros instrumentos, no entanto, não demandam a autorização judicial. Nem por isso prescindem de fiscalização efetiva. É o caso, por exemplo, do flagrante diferido ou da ação controlada. Tais condutas operacionais põem em risco o princípio da obrigatoriedade à vista de possível e eventual reforço à prova que se obterá com seu emprego. Eis aí clara tendência à expansão da atividade da Polícia<sup>294</sup>, com nítida invasão no domínio da *opinio delicti*, se não submetida à rígida supervisão.

É sintomático que, na utilização de tais recursos, é o promotor de justiça quem deve controlá-los, pois, na fase de investigação, só a ele cabe a manifestação sobre a suficiência ou não dos elementos informativos.

Não há sentido em se procrastinar a prisão em flagrante se a prova coligida ao inquérito é suficiente para embasar uma ação penal. Daí porque não se imagina o MP alijado da direção da fase investigativa quando a Polícia, abandonando os tradicionais métodos de investigação, lança mão dos métodos recém-concebidos e que representam mais do que uma nova concepção de inquérito policial, uma nova dimensão do controle do crime.

---

<sup>294</sup> A doutrina chama-nos a atenção para o movimento, nítido em alguns países, como a Alemanha, de “policialización” de la investigación en el proceso penal”. Isso se revela diante da percepção da crescente importância da fase investigatória e da necessidade de se atentar já nessa fase para as garantias individuais dos acusados. Ao lado de quem propugne pela volta do juiz instrutor para atender a esse reclamo, há quem alerte para o irrefreável expansionismo da polícia, que reclama para si a condução da fase investigatória do processo penal. Teresa Armenta Deu informa que “esta reivindicación, común por outra parte, a outros ordenamientos como el norteamericano, se há contagiado, incluso a alguno tan alejado com el español, donde se cuestiona por qué no pasar directamente de la instrucción del juez a la de la policía” (ARMENTA DEU, Teresa. **El Fiscal Instructor: ¿Es Necesario?** Cuadernos de Derecho Público, n. 16, 2002, p. 191-222. Disponível em <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/armenta-fiscal-instructor2.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2006, p. 18).

Disso deve cuidar, com urgência, o nosso legislador.

### **8.5. Investigação direta pelo Ministério Público**

O enfrentamento da criminalidade violenta e organizada exige que o Ministério Público investigue diretamente certos fatos. Indaga-se, no entanto, se, consoante a nossa ordem constitucional, é possível cogitar de ação criminal ajuizada com base exclusivamente nos elementos de prova coligidos diretamente pelo promotor de justiça<sup>295</sup>.

Os seguintes fundamentos são arrolados como contrários a essa possibilidade: **(a)** a Constituição Federal, no artigo 144, incisos e parágrafos, reza que compete à Polícia a apuração de infrações penais; **(b)** o artigo 129 da Constituição Federal dispõe que cabe ao Ministério Público promover a ação penal e requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, mas não lhe confere o poder de promover pessoalmente a investigação criminal; **(c)** a se permitir que o Ministério Público investigue, estabelece-se desequilíbrio entre as partes no processo penal, mormente se essa investigação transcorrer em sigilo, o que dificultaria a produção da contraprova pela Defesa na fase judicial; e **(d)** uma vez que o Ministério Público não atuaria em todas as investigações, mas somente naquelas que lhe parecesse conveniente, haveria nesse campo insegurança jurídica e afronta ao princípio da igualdade.

A propósito desses argumentos, pensamos o seguinte:

A Lei Maior não estabelece que compete exclusivamente à Polícia Judiciária a função de investigar infrações penais. Vários órgãos estatais também o fazem e, de ordinário, fornecem elementos de prova ao Ministério Público para que este possa ajuizar a ação penal com dispensa do inquérito policial.

---

<sup>295</sup> Rogério Lauria Tucci reconhece que a doutrina se divide sobre a investigação direta pelo Ministério Público. Segundo o autor, compartilham da idéia de que é facultado ao promotor de justiça realizar investigações e diligências José Frederico Marques, Hélio Tornaghi, Eduardo Espínola Filho, Fernando da Costa Tourinho Filho, Júlio Fabbrini Mirabete e Hugo Nigro Mazzilli. Observa que Antonio Evaristo de Moraes Filho advoga a tese contrária, ressaltando que o texto constitucional adotou soluções diversas para a apuração de fatos de acordo com a natureza civil ou penal da matéria (TUCCI, Rogério Lauria. **Considerações e sugestões acerca de anteprojeto de lei referente à instituição de 'juizado de instrução'**. In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 4, nº 2, jul./dez. 2003, p. 28-32).

A apuração de crimes pelas CPI's é exemplo emblemático, porque, para elas, o constituinte outorgou “poderes próprios das autoridades judiciais”, copiando dispositivo da Constituição portuguesa (art. 181º), em cujo texto o Ministério Público é tratado como autoridade judiciária. É inequívoco para a doutrina, no entanto, que as CPI's possuem poderes de instrução próprios das autoridades policiais, derivados das funções do Ministério Público, e não os poderes dos juízes<sup>296</sup>.

O artigo 129 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público a função de promover privativamente a ação penal pública. Pela teoria dos poderes implícitos, concebida pela Suprema Corte Americana e de aplicação corrente no direito pátrio<sup>297</sup>, se o constituinte concede à determinada instituição uma função (atividade-fim), atribui-lhe implicitamente os meios necessários para que desempenhe seu múnus constitucional.

Se não bastasse, o inciso VI do mesmo artigo assinala a existência de “procedimentos administrativos” de competência do Ministério Público para o desempenho de suas atribuições e dota o órgão de poderes requisitórios. Em suma, o poder de investigar e de requisitar diligências não se exaure na esfera cível, pois, a par do inquérito civil, previsto de forma expressa, a Lei Maior alude a “procedimentos administrativos” (no plural), no âmbito dos quais notificações e requisições de diligências à Polícia ou a outros órgãos podem ser levadas a efeito.

Os procedimentos de investigação criminal do MP não estão sujeitos ao contraditório. É óbvio – embora advogados relutem contra isso – que certas investigações criminais devem ser sigilosas, sob pena de serem infrutíferas. Não há como conciliar infiltração de agentes ou interceptações telefônicas, por exemplo, com notificação prévia dos suspeitos. O inquérito policial e o procedimento administrativo destinado à investigação criminal não são um fim em si mesmos, mas instrumentos para aparelhar o Ministério Público para o ajuizamento da ação penal. Daí porque, pelo menos até a fase de indiciamento, sobre eles não incide a garantia do artigo 5º, LV, da Lei Maior.

---

<sup>296</sup> No sentido do texto, RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 264-265.

<sup>297</sup> Consoante o testemunho de Pinto Ferreira, citado por Delmar Pacheco da Luz (A investigação criminal pelo Ministério Público, p. 36).

Finalmente, desde que respeitado o princípio do promotor natural, a ele (e não ao suspeito) será possível optar pela investigação direta ou através da Polícia. Nesse campo, o Ministério Público detém parcela da soberania estatal e decide sobre como e quando intentar a ação penal<sup>298</sup>.

A investigação de crimes pelo Ministério Público pode ser recomendada diante da suspeita de envolvimento de policiais em práticas ilícitas (e essa é uma acepção possível do “controle externo da atividade policial” previsto na Constituição).

Também a suposta participação de políticos e membros dos Poderes da República em delitos ensejaria a investigação por quem possui as garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade, das quais são dotados os membros do Ministério Público e não as autoridades policiais, porque isso contribui para maior objetividade do trabalho a ser desenvolvido.

Em suma, o poder de investigação do Ministério Público decorre de uma interpretação plausível da Constituição Federal, a que atende ao princípio da máxima efetividade, na medida em que leva mais longe a realização das finalidades do Estado, fomentando, ao lado dos novos meios de investigação e prova, a eficiência da persecução penal.

#### ***8.6. Designação de promotores para atuação em processos relacionados ao crime organizado***

Promotores de justiça e juízes criminais cuidam, em geral, de processos aos milhares. Podem fazê-lo graças aos recursos da informática. Valem-se de redatores eletrônicos de texto, que, em poucos segundos, recuperam suas peças e julgados e assentem com alterações para adaptá-los ao novo caso que se apresenta.

Para as instituições às quais pertencem, o promotor de justiça e o juiz eficientes são aqueles que conseguem vencer o serviço, qualquer que seja o desfecho do processo. Eficiência é dar vazão àquilo que entra na promotoria ou na vara criminal. O desempenho é medido em números lançados nos relatórios

---

<sup>298</sup> É necessário, entretanto, que haja mecanismo de controle da atividade investigativa do Promotor de Justiça, pela própria instituição, para que a investigação não se prolongue além do necessário.

encaminhados às suas respectivas corregedorias que, nem de longe, expressam as peculiaridades das lides sob sua responsabilidade.

Condicionam-se o magistrado e o membro do Ministério Público à leitura dinâmica, à rápida identificação do caso e de suas especificidades. Os casos típicos são decididos, em regra, com a agilidade que a burocracia permite. Diante de um fato inusitado, dedicam maior labor intelectual à produção do texto da denúncia, alegações finais ou sentença. Nesse período, os processos se acumulam em seus gabinetes. Ao final, a solução, em arquivo digital, é gravada em mídia para que possa ser reutilizada num caso futuro.

Dessa rotina já não podem partilhar quando deparam com um feito de maior complexidade, como aqueles envolvendo fatos relacionados ao crime organizado. Os autos são compostos, em regra, de inúmeros apensos. Num deles se tem, por exemplo, o registro das diligências pertinentes à interceptação telefônica e os laudos de degravação. Horas de escuta transformam-se em centenas de folhas de transcrições e noutras centenas contendo os registros das chamadas. Outro apenso pode conter informações bancárias, incluindo extratos e cópias de cheques e documentos referentes às operações financeiras investigadas. Nos autos principais, depoimentos e mais depoimentos, muitas vezes contraditórios, devem ser cotejados com as informações colhidas nos relatórios de investigação e com os dados sigilosos obtidos pelo emprego dos meios operacionais estudados. No quadro esboçado, as vicissitudes do caso demandam, muitas vezes, toda a atenção do profissional. Há fatos que suscitam, efetivamente, considerável esforço intelectual para a sua compreensão. Consomem tempo e exigem do promotor ou magistrado dedicação exclusiva por prazo considerável, enquanto outros feitos vão se avolumando.

Nesse passo, há uma bifurcação. Ou se trata dessa causa como “mais uma”, concedendo prioridade aos processos de mais fácil resolução, em atenção, aliás, à estatística oficial, ou se a considera como “a causa”, por versar sobre fato de elevado gravame social. Aí, a complexidade exponencialmente maior do processo, pela sua relevância, justifica o empenho intensivo para a sua solução.

Procuradorias-gerais são sensíveis a essa realidade e, para investigações e processos de maior envergadura, têm designado promotores (ou grupos de promotores). Essas designações, embora necessárias, põe em questão o princípio do promotor natural, garantia constitucional instituída em favor dos acusados.

O problema se resolve, no âmbito do Ministério Público, com a criação de cargos com atribuições específicas para a atuação em determinadas espécies delitivas. Para que se respeite, no entanto, o princípio do promotor natural, as hipóteses de atuação devem estar precisamente definidas na lei<sup>299</sup>.

Não é tarefa fácil acomodar no feixe de atribuições de determinado cargo de promotor de justiça a atuação nos processos relativos ao crime organizado, diante da falta do tipo penal específico. A solução parece estar na descrição legal das atribuições do cargo, com a possível objetividade e minúcia, dos aspectos sensíveis do crime organizado<sup>300</sup>, de tal modo que, diante da constatação de tais elementos no fato investigado, passe a officiar nos respectivos autos o promotor de justiça ou o grupo de promotores de justiça especializados.

---

<sup>299</sup> Essa é a opinião de Nelson Nery Junior. Sustenta o autor, com apoio na jurisprudência do STF e STJ, que o princípio do promotor natural reclama a existência no Ministério Público de cargos fixos, específicos, com atribuições e funções previamente estatuídas na lei: Para o autor, “não são mais tolerados os cargos genéricos, cuja função não esteja delineada precisamente na lei”. O autor aplaude a existência das equipes especializadas de promotores de justiça, mas observa que seus componentes não de ser promotores de justiça com cargo fixo e atribuição designada na lei, “de sorte a respeitar-se o princípio do promotor natural e a garantia da inamovibilidade de que goza o membro do Ministério Público”. E adverte: “entender-se o contrário, retirando do órgão do *Parquet* atribuição para funcionar na equipe especializada, seria o mesmo que negar-lhe inamovibilidade, garantida pela Constituição Federal. Os promotores de justiça de equipes especializadas não podem ser designados e removidos ao alvitre do Procurador-Geral de Justiça” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21), p. 92-93).

<sup>300</sup> Ao criar o Grupo de Atuação Especial para Repressão ao Crime Organizado – GAECO – a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo pretendeu definir o discrimine. Dispôs que o grupo teria atribuições “para officiar nas representações, inquéritos policiais, procedimentos investigatórios e processos destinados a identificar e reprimir as organizações criminosas, na comarca da Capital, em todas as fases da persecução penal, inclusive audiências, até decisão final” (art. 2º do Ato nº 76/95-PGJ, de 21 de dezembro de 1995). Mais tarde, quando se criaram os grupos de atuação regional, a Procuradoria-Geral inseriu na norma elenco exemplificativo de ações delituosas praticadas por organizações criminosas, ressaltando que tais crimes teriam de ser praticados “de forma regionalizada”. Os crimes indicados nesse ato normativo, nº 263/01-PGJ, de 25 de julho de 2001, são os seguintes: a) roubo e receptação de veículos automotores e aeronaves; b) roubo e receptação de cargas; c) lavagem de dinheiro; d) tráfico ilícito de substâncias entorpecentes; e) crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral; f) exploração de jogos de azar; e g) sonegação fiscal.

Numa concepção mais realista e definida pela firme disposição de combater o crime organizado, as Promotorias dedicadas ao crime organizado devem ser dotadas de pessoal técnico especializado, com formação multidisciplinar, visando ao delineamento, pelos elementos de prova colhidos, das intrincadas estruturas criminosas. Esse *staff* auxiliará o promotor de justiça em seu labor de traduzir dados da realidade em proposições de imputação na denúncia, para a definição dos fatos típicos e de seus autores e delimitação do âmbito de cognição da pretensão punitiva do Estado.

Para o Poder Judiciário, a melhor alternativa diante da realidade vivenciada é a criação de varas especializadas para os processos que tenham por objeto o crime organizado, cuja competência se estabelecerá pela precisa indicação dos elementos visíveis dessa espécie delitiva, à míngua da descrição legal desse ente jurídico.

## 9. CONCLUSÃO

1. O Estado Democrático de Direito constitui-se em fórmula institucional elaborada a partir da paulatina evolução do Estado de Direito e da exigência, cada vez mais saliente, de prestações positivas por parte do Estado, para a satisfação de direitos individuais e coletivos, tudo isso sobre o pálio da democracia, a legitimar suas necessárias intervenções no destino de sua comunidade.

2. O processo penal reflete a feição do Estado e a forma como este regula sua intervenção num campo de intenso conflito. Concilia interesses contraditórios, a saber, o *status libertatis* do imputado e a pretensão punitiva oficial. Tratando-se de funções igualmente relevantes, o atendimento a uma delas não pode inviabilizar a outra.

3. O devido processo legal consiste em locução de remota origem e que, incorporada à Constituição da República, consagra um conjunto de garantias processuais. Na evolução do conceito, o devido processo legal vem sendo evocado para a concretização material de certos direitos ligados à vida, à liberdade e à propriedade. Parte da doutrina também o reconhece como fonte do princípio da proporcionalidade.

4. Não obstante o decantado alcance da expressão devido processo legal, nossa Constituição contém explícito o rol de princípios processuais que dela decorrem. A opção pela redundância denota antes de tudo o intransigente respeito que merece a pessoa submetida ao processo penal. Tais princípios são desafiados, no entanto, na exasperação do conflito que o processo penal de resultado representa.

5. O Estado Democrático de Direito contempla refinado instrumento de controle da constitucionalidade de seus atos normativos, que é o princípio da proporcionalidade. Por esse mecanismo, permite-se ao Poder Judiciário a aferição da compatibilidade entre a Constituição e a lei, pela análise da relação triangular que tem como vértices o fim, o meio e a situação fática.

6. O processo penal acolhe o princípio da proporcionalidade, não somente no âmbito do conflito central (*jus libertatis* vs. *jus puniendi*), mas também e

principalmente quando se cogitam de meios processuais mais agudos para a repressão de determinada categoria de delitos.

7. A Constituição Federal determina tratamento diferenciado aos crimes segundo sua gravidade: para os de menor potencial ofensivo assente com a dispensa do processo formal; para os de maior gravidade, incluindo crimes hediondos e equiparados, terrorismo e tortura, prevê tratamento rigoroso e restrição a direitos individuais. Dessa diretriz decorre a autorização constitucional para a previsão em lei de meios operacionais específicos para a repressão dos delitos mais graves.

8. A justificação do emprego de meios operacionais mais incisivos foi feita, em outros países, pela detecção de crime representativo de peculiar forma de ameaça ao corpo social. Na Itália, por exemplo, a ordem normativa contempla duas formas de processo penal, uma voltada às práticas comuns, outra destinada à repressão do crime organizado, que, na península, tem uma feição bastante específica (a presença das máfias). No Brasil, a previsão de emprego desses meios operacionais situa-se em lei de repressão ao crime organizado, que, no entanto, não o definiu. Nosso legislador limitou-se a indicar a base conceitual mínima de associação criminosa, sendo esta correspondente à descrição típica do crime de quadrilha ou bando.

10. O crime organizado, no entanto, existe em nossa sociedade. Sua manifestação é multifária e sempre bastante danosa ao tecido social como um todo. Vários são os delitos que podem caracterizá-lo e estes decorrem de apurada composição de forças obtida no âmbito de uma organização estruturada com algum grau de sofisticação, cuja célula corresponde, no mínimo, ao conceito de quadrilha ou bando.

11. A detecção do crime organizado no país e o recrudescimento da criminalidade violenta têm conduzido à previsão legal de novos meios de investigação e prova, que demandam profunda reflexão sobre seus limites, posto que tismam direitos individuais e desafiam os princípios processuais consagrados.

12. A utilização de tais mecanismos está condicionada à observância do princípio da proporcionalidade, pelo legislador e pelo juiz do processo. Somente a

persecução dos crimes que têm por objeto os mais relevantes bem jurídicos – que são aqueles indicados explicita ou implicitamente na Constituição Federal – justificam a adoção dos meios operacionais mais intensos, na estrita medida da necessidade.

13. O processo penal de modelo acusatório é aquele que mais bem prestigia os direitos inerentes ao imputado e os princípios constitucionais já consagrados. Dada a premente necessidade da utilização de meios de investigação e prova mais incisivos, a reaproximação ao escopo garantista do processo é obtida carreando-se ao Ministério Público a direção da investigação e a delimitação mais precisa do âmbito de cognição judicial. Sem se envolver com a investigação policial, o juiz do processo transforma-se em juiz de garantias. Para a pureza do sistema, ao juiz não se concede o controle do inquérito policial, o controle externo da Polícia, o controle de arquivamento dos procedimentos de Polícia Judiciária ou a faculdade de decretar medidas de natureza cautelar *ex officio*, especialmente na fase de investigação.

14. Como destinatário e diretor da investigação policial, o *dominus litis* fará o primeiro teste de proporcionalidade do meio de investigação cogitado e o desprezará se o recurso puder ser suprido por outro menos invasivo de direitos individuais ou mesmo se a *opinio delicti* já estiver formada. De outro bordo, entendendo necessária a medida, o Ministério Público deduzirá sua pretensão ao juiz de garantias e este, reputando presentes os requisitos legais e atento ao princípio da proporcionalidade, autorizará a medida, passando a fiscalizá-la em seus limites, com vista, desde logo, aos direitos do imputado.

15. O exercício do controle externo da Polícia pelo Ministério Público, atribuição constitucional, concorre para a eficiência da investigação e garante a lisura do trabalho policial pelo controle formal que certas diligências, como o flagrante diferido, exigem.

16. Com vista, ainda, à eficiência da persecução, o Ministério Público pode prescindir da Polícia e realizar por si a apuração do fato criminoso, na fase que antecede ao ajuizamento da ação penal. Essa faculdade, contudo, deve ser exercida em situações excepcionais, que demandem a condução da investigação por

autoridade independente e dotada de garantias como a vitaliciedade e a inamovibilidade.

## BIBLIOGRAFIA

ANGLÍ, Mariona Llobet. Los delitos de terrorismo em el código penal español. In: YACOBUCCI, Guillermo J (coord.). **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 125-156.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 4ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARMENTA DEU, Teresa. **El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas**. Disponível em <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/arment13.htm>>. Acesso em 26 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. **El Fiscal Instructor: ¿Es Necesario?** Cuadernos de Derecho Público, n. 16, 2002, p. 191-222. Disponível em <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/armenta-fiscal-instructor2.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2006.

BARROS, Antonio Milton de. **A reforma da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal)**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 590, 18 fev. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6322>>. Acesso em: 26 fev. 2006.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3ª. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1984.

BECERRA, Nicolás E. **El ministerio público fiscal: génesis, ubicación institucional y la reforma pendiente**. 1ª. ed., Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2004.

BERTOLINO, Pedro J. **El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11<sup>a</sup>. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRUZZONE, Gustavo A. Fiscales y política criminal. In: MAIER, Julio B. J. (comp.). **El Ministerio Público en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 153-204.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3<sup>a</sup>. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo penal em face da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CERLETTI, Marco L. e FOLGUEIRO, Hernán L. Ministerio público en el nuevo Código Procesal de la Nación. In: MAIER, Julio B. J. (comp.). **El Ministerio Público en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 111-152.

CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; e GOMES, Luiz Flávio. **Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CHIAVARIO, Mario. **Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 5.

CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 8<sup>a</sup>. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COSTA JÚNIOR, Paulo José e PELLEGRINI, Angiolo. **Criminalidade organizada**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2<sup>a</sup>. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, José Carlos. Extorsão ou delação premiada. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 26 Ago. 2005, p. A-3.

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus Humanidades, 1992.

FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 4<sup>a</sup>. ed. rev. ampl. e atual. com nova jurisprudência em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. Crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31-55.

\_\_\_\_\_. **O consenso na justiça penal brasileira**. Disponível em <<http://direitoprocessual.org.br/enciclopedia/consenso.pdf>>. Acesso em 3 set. 2003.

\_\_\_\_\_. **Processo penal constitucional**. 2<sup>a</sup>. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCO, Alberto Silva. **Um difícil processo de tipificação**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 21, p. 05, set. 1994.

GARCÍA. Maria Dolores Delgado. **El agente encubierto: técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada**. In: CONRADI, Faustino

Gutiérrez-Alviz (dir.). Sevilla: Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2ª. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Interceptações telefônicas: lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2ª. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 13-29.

GUARIGLIA, Fabricio O. Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatória: el principio de oportunidad. In: MAIER, Julio B. J. (comp.). **El Ministerio Público en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 81-96.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª. ed. rev. e ampl., São Paulo: Celso Bastos, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

HAIRABEDIÁN, Maximiliano. **Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas em el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Segurança pública no Estado de direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 5, p. 55-69.

HIGHTON, Elena I; ÁLVAREZ, Gladys S.; GREGORIO, Carlos G. **Resolución alternativa de disputas y sistema penal: la mediación penal y los programas víctima-victimario**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 2ª. ed., v. 9, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

INCHAUSTI, Fernando Gascón. **Infiltración Policial y 'agente encubierto'**. Granada: Comares, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. **O papel do poder judiciário em face do sistema processual penal acusatório**. In: Revista Justitia, São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, ano 51, vol. 147, jul.-set., 1989.

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

LAZZARINI, Álvaro. Juizado de instrução. **Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. São Paulo, vol. 104, ano 21, jan.-fev. 1987, p. 8-18.

\_\_\_\_\_. Juizados de instrução criminal. **Revista A força policial**. São Paulo, n. 8, out.-dez. 1995, p. 77-89.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Apontamentos sobre o crime organizado e notas sobre a lei 9.034/95. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 167-196.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **O Estado desorganizado contra o crime organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1977.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. A ética judicial no trato funcional com as associações criminosas que seguem o modelo mafioso. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 77-88.

\_\_\_\_\_. As associações criminosas transnacionais. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 3: críticas e sugestões**. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 57-76.

\_\_\_\_\_. As organizações internacionais criminosas e as drogas ilícitas. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 6: críticas e sugestões**. 10 anos da Constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 119-135.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Considerações sobre a criminalidade organizada. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Justiça penal - 6: críticas e sugestões**. 10 anos da Constituição e a justiça penal, meio ambiente, drogas, globalização, o caso Pataxó. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 281-290.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Considerações sobre a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal**. In: Revista Justitia, São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, ano 63, vol. 193, jan./mar., 2001, p. 58-68.

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

\_\_\_\_\_. **Curso de investigação criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 1991.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo I. 4ª. ed. revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MOM, Jorge R. Moras. **La investigación em el proceso penal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

NASSIF, Luís. A conta de R\$ 3.000. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 31 jul. 05, Suplemento Dinheiro, B-4.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21).

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 9ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

OLMEDO, Eduardo José. **Los jueces, el Ministerio Fiscal y la actuación policial**. Buenos Aires: La Ley, 2003.

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PORTUGAL. Constituição (1974). Constituição da República Portuguesa. Disponível em <[http://www.parlamento.pt/const\\_leg/crp\\_port/](http://www.parlamento.pt/const_leg/crp_port/)>. Acesso em 26 fev. 2006.

PRADO, Geraldo. **Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental**. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 125-137.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. In: MAIER, Julio B. J. (comp.). **El Ministerio Público en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000, p. 37-57.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Crime organizado**. In: BONATO, Gilson (org.). *Direito Penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 139-150.

SÃO PAULO (Estado). Polícia Civil. **Manual operacional do policial civil: doutrina, legislação, modelos**. Carlos Alberto Marchi de Queiroz (coord.). São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2002.

SARDINHA, José Miguel. **O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, Eduardo Araújo da. **O procedimento probatório em face do crime organizado**. Tese de doutoramento. São Paulo: USP, 2002.

SILVA, Germano Marques. **Meios processuais expedidos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?)**. *Direito e Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da universidade Católica Portuguesa. Lisboa: UCE Editora, 2002, p. 17-31.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Juary C. **A macrocriminalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Organização da justiça norte-americana. O procedimento penal.** In: Revista dos Tribunais, Ano 86, v. 736, fev. 1997, p. 429-456.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal.** 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** v.1. São Paulo: Jalovi, 1980.

TUCCI, Rogério Lauria. **Considerações e sugestões acerca de anteprojeto de lei referente à instituição de 'juizado de instrução'.** In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, ano 4, nº 2, jul./dez. 2003, p. 27-52.

\_\_\_\_\_. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIGNA, Piero L. Operaciones encubiertas y entregas controladas. In: YACOBUCCI, Guillermo J (coord.). **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización.** Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 208-222.

YACOBUCCI, Guillermo J. Los tipos penales relacionados con el crimen organizado. In: \_\_\_\_\_. **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización.** Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 73-123.

\_\_\_\_\_. Política criminal y delincuencia organizada. In: \_\_\_\_\_. **El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización.** Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 25-71.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)