

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECIDIU QUE NO BRASIL NÃO HÁ ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: E AGORA?¹

Na sessão do dia 12 de junho deste ano de 2012, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **Habeas Corpus** nº. 96007, decidiu “trancar” um processo no qual os pacientes respondiam pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro por meio de organização criminosa, previsto no inciso VII do artigo 1º da Lei 9.613/98. A decisão foi unânime. A denúncia do Ministério Público “*revelava a existência de uma suposta organização criminosa, comandada pelos pacientes, que se valeria da estrutura de entidade religiosa e de empresas vinculadas para arrecadar grandes valores em dinheiro, ludibriando os fiéis mediante variadas fraudes, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas, desvirtuando as atividades eminentemente assistenciais e aplicando seguidos golpes.*” No **habeas corpus** a defesa alegou “*que na própria Lei nº. 9.613/98 diz que para se configurar o crime de lavagem de dinheiro é necessária a existência de um crime anterior, que a denúncia aponta ser o de organização criminosa. Para o advogado, contudo, não existe no sistema jurídico brasileiro o tipo penal organização criminosa, o que levaria à inépcia da denúncia.*”

Esta matéria voltou novamente a julgamento com a apresentação do voto-vista da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha que, em novembro de 2009, havia pedido vista dos autos após os votos dos Ministros Marco Aurélio (relator) e Dias Toffoli, favoráveis ao encerramento do processo. Na sessão do dia 12 de junho, a Ministra Cármen Lúcia votou da mesma forma, concedendo a ordem e, na sequência do julgamento, os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber também se manifestaram nesse sentido. A Ministra Cármen Lúcia ressaltou “*a atipicidade do crime de organização criminosa, tendo em vista que o delito não consta na legislação penal brasileira.*” Ela afirmou “*que, conforme o relator, se não há o tipo penal antecedente, que se supõe ter provocado o surgimento do que posteriormente seria “lavado”, não se tem como dizer que o acusado praticou o delito previsto no artigo 1º da Lei 9.613/98*”. De acordo com a Ministra, a questão foi debatida recentemente pelo Plenário do Supremo, que concluiu no sentido do voto do Ministro Marco Aurélio, ou seja, de que “a

¹ **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal”, “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba) e “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares – Comentários à Lei nº. 12.403/11”, 2011, Porto Alegre: Editora LexMagister, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, publicado pela Editora JusPodivm, 2008 (estando no prelo a 2ª edição). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

definição emprestada de organização criminosa seria acrescentar à norma penal elementos inexistentes, o que seria uma intolerável tentativa de substituir o legislador, que não se expressou nesse sentido". "Não há como se levar em consideração o que foi denunciado e o que foi aceito", concluiu. (Grifo nosso).

Antes de qualquer consideração, louvemos a acertada decisão da Turma do Supremo Tribunal Federal, pois atentou para o princípio da legalidade, absolutamente inafastável em um Estado Democrático de Direito, ainda mais quando se trata de estabelecer uma exata definição acerca de uma estrutura criminosa, que permite ao Estado autorizar contra o indivíduo, ainda presumivelmente inocente, atos investigatórios invasivos de sua privacidade.

Evidentemente que não desconhecemos nem negamos a existência de organizações criminosas, inclusive em nosso País, mas é preciso que, antes de qualquer coisa, dê-se um conceito legal para aquelas estruturas criminosas, tal como fez, por exemplo, o Código Penal, no art. 288, ao conceituar o crime de quadrilha ou bando, e a Lei nº. 11.343/06, no art. 35 (Associação para o Tráfico – Lei de Drogas).

Obviamente, e até como uma decorrência do tráfico internacional de drogas e da lavagem de capitais², mas não somente por causa deles, o crime organizado vem desde algum tempo se desenvolvendo em todo o mundo. Hoje, apenas para citar alguns exemplos, temos os grandes cartéis das drogas, inclusive na América Latina, as máfias italiana, japonesa e russa, os traficantes de armas, o terrorismo, etc, etc., tudo facilitado pela globalização e pelos seus respectivos instrumentos de atuação.

A questão situa-se, no entanto, na grande dificuldade, inclusive doutrinária, de estabelecer exatamente o conceito de crime organizado, até para que se possam utilizar adequadamente os meios repressivos postos à disposição da Polícia e da Justiça criminal no combate a este tipo de atividade e, ao mesmo tempo, impedir que sejam aplicados tais atos investigatórios (evidentemente mais drásticos e gravosos) em casos que não são especificamente de "organização criminosa".

Em trabalho anterior e já vetusto, arriscamo-nos (equivocadamente, hoje reconhecemos), a conceituar crime organizado como uma estrutura criminosa formada por um número razoável de integrantes, ordenados de forma estável e duradoura, tendo como finalidade precípua a prática de um determinado ilícito penal, continuamente, utilizando-se quase sempre do mesmo **modus operandi**, além de violência e da alta tecnologia, inclusive bélica.

Para alguns existiria esta definição legal em nosso ordenamento jurídico por força do Decreto nº. 5.015/2004, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, onde se lê que se considera "Grupo Criminoso Organizado" aquele "*estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.*" Não concordamos com tal entendimento, pois uma norma internacional de caráter incriminadora não pode adentrar o nosso ordenamento

² Kellens ("L'évolution de la théorie du crime organisé"), citado por Montalvo, José Antonio Choclán, in La Organización Criminal, Madrid: Dykinson, 2000, p. 12, adverte para a estreita vinculação da criminalidade organizada com a lavagem de dinheiro.

jurídico. Neste sentido, a exegese dos §§ 2º. e 3º. do art. 5º. da Constituição Federal. Neste sentido, fundamental transcrevermos a lição de Luiz Flávio Gomes:

“1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade; 2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige "(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material". Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal; 3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da lex populi). Vejamos: quando se trata das relações do indivíduo com organismos internacionais (com o Tribunal Penal Internacional, v.g.), os tratados e convenções constituem as diretas fontes desse Direito penal, ou seja, eles definem os crimes e as penas. É o que foi feito, por exemplo, no Tratado de Roma (que criou o TPI). Nele acham-se contemplados os crimes internacionais (crimes de guerra, contra a humanidade etc.) e suas respectivas sanções penais. Como se trata de um ius puniendi que pertence ao TPI (organismo supranacional), a única fonte (direta) desse Direito penal só pode mesmo ser um Tratado internacional. Quem produz esse específico Direito penal são os Estados soberanos que subscrevem e ratificam o respectivo tratado. Cuidando-se do Direito penal interno (relações do indivíduo com o ius puniendi do Estado brasileiro) tais tratados e convenções não podem servir de fonte do Direito penal incriminador, ou seja, nenhum documento internacional, em matéria de definição de crimes e penas, pode ser fonte normativa direta válida para o Direito interno brasileiro. O Tratado de Palermo (que definiu o crime organizado transnacional), por exemplo, não possui valor normativo suficiente para delimitar internamente o conceito de organização criminosas (até hoje inexistente no nosso país). Fundamento: o que acaba de ser dito fundamenta-se no seguinte: quem tem poder para celebrar tratados e convenções é o Presidente da República (Poder Executivo) (CF, art. 84, VIII), mas sua vontade (unilateral) não produz nenhum efeito jurídico enquanto o Congresso Nacional não aprovar (referendar) definitivamente o documento internacional (CF, art. 49, I). O Parlamento brasileiro, de qualquer modo, não pode alterar o conteúdo daquilo que foi assinado pelo Presidente da República (em outras palavras: não pode alterar o conteúdo do Tratado ou da Convenção). O que resulta aprovado, por decreto legislativo, não é fruto ou expressão das discussões parlamentares, que não contam com poderes para alterar o conteúdo do que foi celebrado pelo Presidente da República. Uma vez referendado o Tratado, cabe ao Presidente do Senado Federal a promulgação do texto (CF, art. 57, § 5º), que será publicado no Diário Oficial. Mas isso não significa que o Tratado já possua valor interno. Depois de aprovado ele deve ser ratificado (pelo Executivo). Essa ratificação se dá pelo Chefe do Poder Executivo que expede um decreto de execução (interna), que é publicado no Diário Oficial. É só a partir dessa publicação que o texto ganha força jurídica interna (Cf. Mazzuoli, Valério de Oliveira, Curso de Direito Internacional Público, 2. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 291 e SS). Conclusão: os tratados e convenções configuram fontes diretas (imediatas) do Direito internacional penal (relações do indivíduo com o ius puniendi internacional, que pertence a organismos internacionais - TPI, v.g.), mas jamais podem servir de base normativa para o Direito penal interno (que cuida das relações do indivíduo com o ius

*puniendi do Estado brasileiro), porque o parlamento brasileiro, neste caso, só tem o poder de referendar (não o de criar a norma). A dimensão democrática do princípio da legalidade em matéria penal incriminatória exige que o parlamento brasileiro discuta e crie a norma. Isso não é a mesma coisa que referendar. Referendar não é criar **ex novo**.*"³

A propósito, após advertir que o conceito de criminalidade organizada possui “*contornos muito imprecisos e cheios de relativismos*”, Montalvo estabelece algumas condições fundamentais para que bem se caracterize a existência de uma organização criminal, a saber: “*la existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones*”; “*actuación a distintos niveles jerárquicos*”; “*aplicación de tecnología y logística*”; “*fungibilidad o intercambialidad de los miembros*”; “*sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder*”; “*movilidad internacional*” e “*apariencia de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios*”.⁴

Exatamente por causa desta “*mobilidade internacional*” da qual se refere o jurista espanhol e que indiscutivelmente caracteriza a organização criminosa, é que, como dizia o Juiz italiano Falcone, “*la correcta política-criminal frente a la delincuencia organizada es la destrucción del poder económico de estas organizaciones a través de la cooperación internacional efectiva y eficaz*”.⁵

Pois bem.

É cediço que no Brasil foi promulgada há quase duas décadas a Lei nº. 9.034/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Esta lei procurou definir e regular os meios de prova e os procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Por ela, permite-se, em qualquer fase da persecução criminal, ou seja, tanto na investigação criminal, quanto na instrução crimina, e sem prejuízo dos meios de prova já previstos na legislação processual brasileira, os seguintes procedimentos de investigação:

1) A ação controlada, que 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. Permite-se, por exemplo, que não se prenda os agentes desde logo, ainda que em estado de flagrância, quando há possibilidade de que o diferimento da medida possa ensejar uma situação ainda melhor do ponto de vista repressivo. Exemplo: a Polícia monitora um porto à espera da chegada de um grande carregamento de cocaína, quando, em determinado momento, atraca um pequeno bote com dois dos integrantes da organização criminosa (já conhecidos) portando um saco plástico transparente contendo um pó branco, a indicar ser cocaína. Pois bem: os agentes policiais, ao invés de efetuarem a prisão em flagrante, pois há um crime visto, procrastinam o ato, esperando que a “grande carga” seja desembarcada em um navio que se sabe virá dentro em breve. É o chamado flagrante diferido ou protelado. Em suma, evita-se a prisão em flagrante no momento da prática do delito, a fim que em um momento posterior, possa ser efetuada com maior eficácia a prisão de todos os participantes da quadrilha ou bando, bem como se permita a apreensão. Há quem faça diferença entre a ação controlada e a chamada “entrega vigiada”,

³ Gomes, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 06 de maio de 2009.

⁴ Montalvo, José Antonio Choclán, *La Organización Criminal*, Madrid: Dykinson, 2000, p. 09.

⁵ **Apud**, Montalvo, ob. cit., p. 13.

distinção que não enxergamos. Assim, Mariângela Lopes Neistein e Luiz Rascovski diferenciam: “A entrega vigiada é a técnica consistente em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas de entorpecentes ou outras substâncias proibidas circulem pelo território nacional, bem como dele saiam ou nele ingressem, sem interferência impeditiva da autoridade ou seus agentes, mas sob sua vigilância. Tudo com o fim de descobrir ou identificar as pessoas envolvidas no cometimento de algum delito referente ao tráfico dessas drogas, bem como prestar auxílio a autoridades estrangeiras nesses mesmos fins.” Já a “ação controlada consiste, conforme artigo 2º, da Lei 9.034/95, em retardar a interdição policial do que se supõe tratar-se de ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, 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. A ação controlada é uma exceção ao flagrante obrigatório previsto em lei para a autoridade policial e seus agentes. Refere-se ao chamado flagrante diferido, ou prorrogado ou, ainda, postergado, situação em que o policial, por autorização legal, pode aguardar o melhor momento para prender uma pessoa em flagrante, para obtenção de um maior número de provas. Assim, a ação controlada é utilizada para a investigação de todo e qualquer crime que praticado por organizações criminosas. Ao contrário, a entrega vigiada, conforme salientado, é um meio de investigação típico do crime de tráfico internacional de entorpecentes, em que é autorizada o controle do tráfico de drogas que circulem dentro ou fora do país.”⁶

2) O acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. Nesta hipótese, ocorrendo a possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. Ainda neste caso, para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo. Permite a lei que o juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão **ad hoc**. O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos caso de divulgação. Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz. Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça. Tínhamos aqui uma perigosa e desaconselhável investigação criminal levada a cabo diretamente pelo Juiz. Não é possível tal disposição em um sistema jurídico acusatório, pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo⁷ caracterizado, como genialmente diz o jurista italiano

⁶ “Alguns aspectos referentes à entrega vigiada no Direito Brasileiro” - Fonte: Informativo Eletrônico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim (julho de 2007).

⁷ Parece-nos interessante transcrever um depoimento de Leonardo Boff, ao descrever os percalços que passou até ser condenado pelo Vaticano, sem direito de defesa e sob a égide de um típico sistema inquisitivo. Após ser moral e psicologicamente arrasado pelo secretário do Santo Ofício (hoje Congregação para a Doutrina da Fé), cardeal Jerome Hamer, em prantos, disse-lhe: “Olha, padre, acho que o senhor é pior que um ateu, porque um ateu pelo menos crê no ser humano, o senhor não crê no ser humano. O senhor é cínico, o senhor ri das lágrimas de uma pessoa. Então não quero mais falar com o senhor, porque eu falo com cristãos, não com ateus.” Por uma ironia do destino, depois de condenado pelo inquisidor, Boff o telefonou quando o cardeal estava à beira da morte, fulminado por um câncer. Ao ouvi-lo, a autoridade eclesiástica desabafou, chorando: “Ninguém me telefona... foi preciso você

Ferrajoli, por “*una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad*”, ou seja, este método “*confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga*”.⁸ Ao comentar este artigo, Luiz Flávio Gomes, pedindo a devida vênia, já afirmava que o legislador “*acabou criando uma monstruosidade, qual seja, a figura do juiz inquisidor, nascido na era do Império Romano, mas com protagonismo acentuado na Idade Média, isto é, época da Inquisição. (...) Não é da tradição do Direito brasileiro e, aliás, também segundo nosso ponto de vista, viola flagrantemente a atual Ordem Constitucional*”.⁹ É evidente que o dispositivo é teratológico, pois não se pode admitir que uma mesma pessoa (o Juiz), ainda que ungido pelos deuses, possa avaliar como “*necessário um ato de instrução e ao mesmo tempo valere a sua legalidade. São logicamente incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado. São atividades que não podem ficar na mãos de uma mesma pessoa, sob pena de comprometer a eficácia das garantias individuais do sujeito passivo e a própria credibilidade da administração de justiça. (...) Em definitivo, não é suscetível de ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e, ao mesmo tempo, em um guardião zeloso da segurança individual. É inegável que ‘o bom inquisidor mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor’*”.¹⁰ Havia, efetivamente, uma mácula séria aos postulados do sistema acusatório, precipuamente à imprescindível imparcialidade¹¹ que deve nortear a atuação de um Juiz criminal, o que não se coaduna com a feitura peçoal e direta de diligências investigatórias. Neste sistema, estão divididas claramente as três funções básicas, quais sejam: o Ministério Público acusa (ou investiga), o advogado defende e o Juiz apenas julga, em conformidade com as provas produzidas pelas partes. “*Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales*”, como bem acentua Alberto Binder.¹² Mas, finalmente, em 12 de fevereiro de 2004 o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou a inconstitucionalidade deste art. 3º, na parte que se refere à quebra de sigilos fiscal e eleitoral. A decisão foi dada pelos ministros ao julgarem parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 1570). A ação havia sido ajuizada pela Procuradoria-Geral da República. O Ministro Relator, Maurício Corrêa, ao proferir seu voto, observou que o dispositivo impugnado confere ao juiz competência para diligenciar pessoalmente a obtenção de provas pertinentes à persecução penal de atos de organizações criminosas, dispensando o auxílio da Polícia e do Ministério Público, **in verbis**: “*Passados mais de cinco anos do julgamento cautelar, e após refletir mais detidamente sobre o tema, agora tratando-se de julgamento definitivo, penso que, efetivamente, o dispositivo atacado não pode prevalecer diante das normas constitucionais vigentes*”. O Ministro também lembrou que a Lei Complementar nº. 105/01 (norma superveniente e de hierarquia superior), regulou integralmente a questão do sigilo bancário e financeiro nas ações delituosas praticadas por organizações criminosas e revogou, por incompatibilidade, a Lei nº. 9034/95. Para ele, em face da referida Lei Complementar restava prejudicada a ADIN na parte em que o procedimento visado incide sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras: “*Na verdade, a amplitude ditada pela lei complementar superveniente, incompatível com o cuidado excessivo do preceito em exame, praticamente acabou com a já comprometida eficácia do citado artigo 3º, cuja*

me telefonar! Me sinto isolado (...) Boff, vamos ficar amigos, conheço umas pizzarias aqui perto do Vaticano...” (in Revista Caros Amigos – As Grandes Entrevistas, dezembro/2000).

⁸ Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 604.

⁹ Crime Organizado, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. edição, 1997, p. 133

¹⁰ Lopes Jr., Aury, Investigação Preliminar no Processo Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 74.

¹¹ Como diz o Professor da Universidade de Valencia, Juan Montero Aroca, “*en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión.*” (Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186).

¹² Iniciación al Proceso Penal Acusatorio, Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 43.

aplicação prática, a propósito, segundo tenho conhecimento, é quase nula". O Ministro ainda afirmou que a lei questionada permanece em vigor quando trata da obtenção de informações fiscais e eleitorais, implicando na violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei. Sobre a alegação de violação do princípio do devido processo legal, observou que o art. 3º. criou um *"procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente as provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão."* (...) *"Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade"*. No seu voto, sustentou o Relator que, tanto no Direito Penal quanto no Direito Civil, afasta-se do julgamento o juiz que se considera impedido ou cuja suspeição é argüida, inclusive citou o art. 424 do Código de Processo Penal, dispositivo que determina o desaforamento se houver comprometimento com a exigência de imparcialidade do julgador. Para ele, a neutralidade do juiz é essencial, pois sem ela nenhum cidadão procuraria o Poder Judiciário para fazer valer seu direito e o art. 3º. teria exatamente criado o juízo de instrução, que nunca existiu na legislação brasileira. Por fim, julgou a ação procedente, em parte, para declarar inconstitucional o art. 3º. da Lei 9.034/95, na parte em que se refere aos dados "fiscais" e "eleitorais". Fonte: STF.

3) A captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. Esta medida é novidade em nosso sistema jurídico, que apenas conhecia a interceptação e a escuta telefônicas, disciplinadas pela Lei nº. 9.296/96. Para Luiz Flávio, entende-se *"por interceptação ambiental a captação de uma conversa alheia (não telefônica), feita por terceiro, valendo-se de qualquer meio de gravação. Não se trata, como se percebe, de uma conversa telefônica. Não é o caso. É uma conversa não telefônica, ocorrida num gabinete, numa reunião, numa residência etc. Se nenhum dos interlocutores sabe da captação, fala-se em interceptação ambiental em sentido estrito; se um deles tem conhecimento, fala-se em escuta ambiental."*¹³ Segundo Francisco Muñoz Conde, *"la principal fuente de controversias doctrinales y decisiones judiciales sobre el carácter de prueba prohibida de las obtenidas con violación de derechos fundamentales, la deparan hoy las derivadas del empleo de medios audiovisuales."* (Valoración de las grabaciones audiovisuales – Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p. 27). Nesta obra, Muñoz Conde adverte que passamos da fase que Michel Foucault chamava de controle do corpo (a tortura), para o controle da alma (por meio do alcance "da parte espiritual da personalidade"). Este autor (p. 31) distingue provas proibidas (que não podem ser objeto de valoração em nenhum caso), ilícitas (que podem ser objeto de valoração em determinadas circunstâncias, seja pela aplicação do princípio da proporcionalidade ou da boa-fé, seja porque não lesionou, direta ou indiretamente, um direito fundamental) e irregulares (aquela obtida sem alguns requisitos processuais não essenciais e cuja ausência pode ser sanada posteriormente).

4) A infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial, caso em que a autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. Vários são os países que adotam a figura do agente infiltrado, senão vejamos: Portugal (Lei nº. 101/2001, exigindo-se observância ao princípio da proporcionalidade); Argentina (*"si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de outro modo"* - Lei nº. 24.424/94, prevendo-se, também, uma escusa absoluta para o agente infiltrado que vier a praticar, nesta condição, um delito, salvo se o crime colocar em grave risco a vida ou integridade física de uma pessoa ou impuser grave sofrimento físico ou moral a outrem); Alemanha (desde 1992); França (art. 706-32 do Code de

¹³ Interceptação Telefônica, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 111.

Procédure Pénale); México (Ley Federal contra la Delicuencia Organizada de 1996); Chile (Lei nº. 19.366/95) e Espanha (Ley de Enjuiciamiento Criminal - art. 282 – bis).

Ademais, o art. 5º. da Lei nº. 9.9034/95, dispõe que a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil. Este artigo já havia sido revogado pela antiga lei de identificação criminal (Lei nº. 10.054/00), que regulamentava a matéria inteiramente, enumerando “*de forma incisiva, os casos nos quais o civilmente identificado deve, necessariamente, sujeitar-se à identificação criminal, não constando, entre eles, a hipótese em que o acusado se envolve com a ação praticada por organizações criminosas. Com efeito, restou revogado o preceito contido no art. 5º da Lei nº 9.034/95, o qual exige que a identificação criminal de pessoas envolvidas com o crime organizado seja realizada independentemente da existência de identificação civil.*”¹⁴ Com mais razão, continua este dispositivo sem aplicação, agora em razão da nova lei sobre identificação criminal que, expressamente, revogou a Lei nº. 10.054/2000 (evidentemente não há falar-se em repristinação, posto proibida); esta lei mais recente, repetindo o dispositivo constitucional, o seu art. 1º estabelece que o “*civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei.*”

Outrossim, 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 (delação premiada).¹⁵ O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que a Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto.

Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa. Tampouco o réu poderia apelar em liberdade (arts. 7º. e 9º.). A esse respeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu o Habeas Corpus nº. 84078 para permitir a um condenado que recorra em liberdade. O processo foi trazido a julgamento pelo Ministro Menezes Direito, que pediu vista do processo, quando o relator, Ministro Eros Grau, já havia votado pela concessão do HC. O caso começou a ser julgado na Segunda Turma do STF, que decidiu afetá-lo ao Plenário, quando Menezes Direito pediu vista. O processo provocou prolongados debates, tendo de um lado, além de Eros Grau, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram. Prevaleceu a tese de que a prisão antes da sentença condenatória transitada em julgado, contrariaria o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Já os Ministros Menezes Direito e Joaquim Barbosa sustentaram que o esgotamento de matéria penal de fato se dá nas instâncias ordinárias e que os recursos encaminhados ao STJ e STF não têm efeito suspensivo. Menezes Direito e Ellen Gracie sustentaram, também, que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário) não assegura direito irrestrito de recorrer em liberdade, muito menos até a 4ª instância, como ocorre no Brasil. Afirmaram, ainda, que país nenhum possui tantas vias recursais quanto o Brasil. Direito citou os Estados Unidos, o Canadá e a França como exemplos de países que admitem o início imediato do cumprimento de sentença condenatória após o segundo grau. Observaram, ademais, que a execução provisória de sentença condenatória serve também para proteger o próprio réu e sua família. Esta, entretanto, conforme

¹⁴ RHC 12965 / DF – Relator: Ministro Félix Fischer. Órgão Julgador: T5 - Data do Julgamento: 07/10/2003. Data da Publicação/Fonte: DJ 10.11.2003 p. 197.

¹⁵ A respeito da delação premiada, leia-se o que escrevemos na obra “Direito Processual Penal”, Curitiba: Juruá, 2010.

o Ministro Celso de Mello, “*não é juridicamente viável em nosso sistema normativo*”. Ele admitiu, no entanto, que a prisão cautelar processual é admissível, desde que fundamentada com base nos quatro pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. Ao proferir seu voto – o último do julgamento –, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto majoritário do relator, Ministro Eros Grau. Apresentando dados, ele admitiu que a Justiça brasileira é ineficiente, mas disse que o país tem um elevado número de presos – 440 mil. “*Eu tenho dados decorrentes da atividade no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que são impressionantes. Apesar dessa inefetividade (da Justiça), o Brasil tem um índice bastante alto de presos. São 440 mil presos, dados de 2008, dos quais 189 mil são presos provisórios, muitos deles há mais de dois, mais de três anos, como se tem encontrado nesses mutirões do CNJ. E se nós formos olhar por estado, a situação é ainda mais grave. Nós vamos encontrar em alguns estados 80% dos presos nesse estágio provisório [prisão provisória]*”. “*os mutirões realizado pelo CNJ encontraram-se presos no estado Piauí que estavam há mais de três anos presos provisoriamente sem denúncia apresentada*”, relatou ainda o ministro. “*No estado do Piauí há até uma singularidade. A Secretaria de Segurança do Estado concebeu um tal inquérito de capa preta, que significa que a Polícia diz para a Justiça que não deve soltar aquela pessoa. É um mundo de horrores a Justiça criminal brasileira. Muitas vezes com a conivência da Justiça e do Ministério Público*”. “*Dos habeas corpus conhecidos no Tribunal, nós tivemos a concessão de 355*”, informou o presidente do STF. “*Isto significa mais de um terço dos habeas corpus. Depois de termos passado, portanto, por todas as instâncias – saindo do juiz de primeiro grau, passando pelos TRFs ou pelos Tribunais de Justiça, passando pelo STJ – nós temos esse índice de concessão de habeas corpus. Entre REs e AIs [agravos de instrumento] tratando de tema criminal, há 1.749, dos quais 300 interpostos pelo MP. Portanto, não é um número tão expressivo*”. “*De modo que eu tenho a impressão de que há meios e modos de lidar com este tema a partir da própria visão ampla da prisão preventiva para que, naqueles casos mais graves, e o próprio legislador aqui pode atuar, e eu acho que há propostas nesse sentido de redimensionar o sentido da prisão preventiva, inclusive para torná-la mais precisa, porque, obviamente, dá para ver que há um abuso da prisão preventiva*”, assinalou Gilmar Mendes. “*O ministro Celso de Mello tem liderado na Turma lições quanto aos crimes de bagatela. Em geral se encontram pessoas presas no Brasil porque furtaram uma escova de dentes, um chinelo*”. “*Portanto – concluiu –, não se cumprem minimamente aquela comunicação ao juiz para que ela atenda ou observe os pressupostos da prisão preventiva. A prisão em flagrante só deve ser mantida se de fato estiverem presentes os pressupostos da prisão preventiva. Do contrário, o juiz está obrigado, por força constitucional, a relaxar [a prisão]. De modo que estou absolutamente certo de que esta é uma decisão histórica e importante do Tribunal.*” Fonte: STF.

Esta decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal já se estabeleceu como precedente para casos semelhantes na Primeira Turma. Nesse sentido, a Primeira Turma concedeu dois habeas corpus (HC 94778 e 93062) na linha do entendimento de que não é legal a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Os processos, relatados pelo Ministro Carlos Ayres Britto, buscavam a expedição de alvará de soltura, tendo em vista a decretação da prisão após condenação confirmada em segundo grau. Ao conceder a ordem, em ambos os casos, o ministro Ayres Britto ressaltou que o Plenário reconheceu que “*a condenação em segundo grau não opera automaticamente*” e que a pena só pode começar a ser cumprida depois do trânsito em julgado da condenação, quando não couber mais qualquer tipo de apelação ou recurso. No HC 94778, G.J.M., condenado no Espírito Santo a mais de cinco anos por roubo com uso de violência, – sentença confirmada em segunda instância, questiona a determinação de sua imediata prisão pelo Tribunal de Justiça estadual, alegando que ainda seriam cabíveis os recursos excepcionais – especial ou extraordinário. A

expedição do mandado de prisão, neste caso, “*afronta o princípio constitucional da presunção da inocência*”, sustenta a defesa de G.J. Condenado por extorsão a mais de seis anos de prisão, L.G.A.M. impetrou no Supremo o HC 96062, alegando que a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de negar apelação de sua defesa e determinar sua prisão, é inconstitucional. Isso porque a defesa já teria interposto um recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e, portanto, com base na presunção de inocência, a condenação ainda não teria transitado em julgado. Fonte: STF.

Aliás, os arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal foram expressamente revogados (já eram inválidos, aliás, pois incompatíveis materialmente com a Constituição), respectivamente, pela Lei nº. 11.719/08 e Lei nº. 12.403/11. Como se sabe, pela antiga regra imposta no art. 594 do Código de Processo Penal “*o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto.*”

Por fim, os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado (art. 10).

Com efeito, e à guisa de conclusão, resta-nos uma pergunta: após a decisão proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, poderíamos ainda aplicar os dispositivos da Lei nº. 9.034/95? Para nós a resposta é positiva, tratando-se apenas de ações praticadas por quadrilha ou bando (art. 288, Código Penal) ou associações criminosas voltadas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e parágrafo primeiro, e 34 da Lei de Drogas – Lei nº. 11.343/06, por força do seu art. 35).

É, porém, negativa, sendo o caso de ações praticadas por organizações criminosas, cujo conceito legal não existe em nosso ordenamento jurídico.