

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO ACRE
PROGRAMA DE MESTRADO INTERINSTITUCIONAL UFSC-UFAC

**VALIDADE E EFICÁCIA DOS MEIOS OPERACIONAIS PARA
PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE AÇÕES PRATICADAS
POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL**

Pedro Francisco da Silva

Florianópolis

2007

PEDRO FRANCISCO DA SILVA

**VALIDADE E EFICÁCIA DOS MEIOS OPERACIONAIS PARA
PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE AÇÕES PRATICADAS
POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL**

Dissertação submetida ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Relações Internacionais.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cademartori

Florianópolis

2007

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO ACRE
PROGRAMA DE MESTRADO INTERINSTITUCIONAL UFSC-UFAC

**VALIDADE E EFICÁCIA DOS MEIOS OPERACIONAIS PARA
PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE AÇÕES PRATICADAS
POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL**

Pedro Francisco da Silva

Prof. Dr. Sérgio Cademartori
Orientador

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito

Florianópolis, dezembro de 2007

FOLHA DE APROVAÇÃO

PEDRO FRANCISCO DA SILVA

VALIDADE E EFICÁCIA DOS MEIOS OPERACIONAIS PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE AÇÕES PRATICADAS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Relações Internacionais.

Prof. Dr. Sérgio Cademartori
Presidente

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Aprovada em 19 de dezembro de 2007.

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos Pedro Felipe e Paulo Vinícius, que com o
nacer de cada dia trazem-me novos motivos para amá-
los...

À mulher maravilhosa que aceitou o desafio de caminhar
ao meu lado em busca do amor e da felicidade: Terezinha
Prates.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela generosidade de me conceder a oportunidade de viver este momento.

Aos meus pais, que na pureza da simplicidade ensinaram-me a dedicar um profundo amor a todas as criaturas divinas.

Às minhas irmãs Ana, Inês e Preta, que nos confins do pantanal matogrossense ensinaram-me as primeiras letras.

Ao Prof. Dr. Sérgio Cademartori, pelas precisas orientações reveladas em suas respostas às minhas mensagens eletrônicas, todas elas marcadas por uma demonstração de atenção e estímulo para concretização deste trabalho.

À Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Departamento de Direito da UFAC, na pessoa de todos os todos os professores e servidores envolvidos, minha gratidão, por tornarem possível o Mestrado Interinstitucional, lançando novas luzes na vida de um grupo de profissionais do Direito da Amazônia Ocidental.

Aos amigos da Justiça Federal do Acre, que souberam compreender a importância deste momento para a minha realização pessoal e profissional.

RESUMO

O trabalho analisa os meios operacionais para prevenção e repressão do crime organizado transnacional, no Brasil, apontando caminhos que possam guiar a sua utilização como instrumentos de controle do crime organizado, sem menosprezar os direitos e garantias fundamentais dos acusados. Parte do reconhecimento de que os mecanismos de intervenção tradicionalmente utilizados pelo Estado não respondem satisfatoriamente à escalada desse fenômeno criminológico, que se expandiu para além das fronteiras nacionais na esteira da globalização, assumindo caráter sofisticado. A constatação dessa realidade tem motivado o surgimento de um arcabouço legislativo instituidor de novos mecanismos para produção de provas que bem poderiam ser catalogados no plano da normatividade de emergência e de exceção. A densa carga restritiva de direitos fundamentais contida nessas normas sugere um reavivamento dos contornos do Estado de Direito, a fim de que as razões de Estado não prevaleçam sobre a razão jurídica. Nesse caminho, utiliza-se da teoria geral do garantismo jurídico, concebido por Luigi Ferrajoli, que pelo seu grande potencial explicativo e propositivo forja um rico instrumental prático-teórico capaz de tutelar os direitos contra a irracionalidade do poder nas esferas pública ou privada, deslegitimando todo e qualquer modelo de controle social que privilegie a defesa social em detrimento dos direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Crime Organizado; Normatividade de Emergência; Estado de Direito; Garantismo Jurídico.

ABSTRACT

The research analyzes the operational methods to prevent and repress transnational organized crime in Brazil, finding ways to guide its use as an instrument to control organized crime without hindering the fundamental rights and guarantees of the accused. This stems from the recognition that the mechanisms of intervention which are traditionally used by the State do not respond in a satisfactory manner to the increase of this criminological phenomenon. This phenomenon has taken on a sophisticated nature and has gone beyond the border line of national frontiers. This reality has motivated the rise of legislative limitations which institute new mechanisms to produce evidences that could very well be considered exceptions or of an urgent nature. The restrictions of the fundamental rights that are contained in these laws suggest a return to the legal rights of the nation as a reference point – juridical guarantee -, in such a way that the rights of the citizens will be protected above the demands of the State. In the same way, Luigi Ferrajoli's theory of the protection of fundamental of the citizen would be applied. His theory is a useful instrument for its practicality and clarity, being capable of guaranteeing basic rights against public and/or private irrationality. This eliminates any and all possibility of social control that could give preference to the State over the citizens' fundamental rights and guarantees.

Keywords: Organized Crime; Urgent Nature; Legal Rights of the Nation, Juridical Guarantee.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I	12
MEIOS OPERACIONAIS PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE AÇÕES PRATICADAS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL.....	12
1.1 INTRODUÇÃO	12
1.2 FENOMENOLOGIA DO CRIME ORGANIZADO	13
1.3 A CONVENÇÃO DA ONU CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL.....	19
1.4 PRODUÇÃO DE PROVAS.....	21
1.5 OBTENÇÃO DA PROVA PARA APURAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO	22
1.5.1 Delação Premiada.....	23
1.5.2 A Infiltração por Agentes do Estado em Organizações Criminosas e a Ação Controlada.....	32
1.5.3 Interceptação das Comunicações Telefônicas.....	35
1.5.4 O Acesso a Dados, Documentos E Informações Fiscais, Bancárias, Financeiras E Eleitorais.....	38
1.6 OS MEIOS OPERACIONAIS PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DAS AÇÕES PRATICADAS POR ORGANIZAÇÃO, A FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA GERAL DO GARANTISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI	40
CAPÍTULO II.....	41
A TEORIA GERAL DO GARANTISMO JURÍDICO	41
2.1 OS CONTORNOS DA TEORIA GERAL DO GARANTISMO JURÍDICO	41
2.2 OS SIGNIFICADOS DO TERMO GARANTISMO	44
2.2.1 A Teoria Geral do Garantismo Jurídico e seus Elementos.....	46
2.3 GARANTISMO COMO MODELO NORMATIVO DE DIREITO	46
2.4 GARANTISMO COMO TEORIA CRÍTICA DO DIREITO.....	51
2.5 GARANTISMO COMO FILOSOFIA POLÍTICA	55
2.6 O PONTO DE VISTA EXTERNO	58
2.7 GARANTISMO JURÍDICO E CRIME ORGANIZADO	64

CAPÍTULO III	65
PREVENÇÃO E REPRESSÃO NAS AÇÕES PRATICADAS PELAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	65
3.1 INTRODUÇÃO	65
3.2 DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO.....	67
3.3 CRIME ORGANIZADO: MEIOS OPERACIONAIS <i>VERSUS</i> GARANTIAS INDIVIDUAIS	72
3.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	76
3.4.1 Fundamentos do Princípio da Proporcionalidade.....	78
3.4.2 Elementos do Princípio da Proporcionalidade	81
3.5 VALIDADE E EFICÁCIA DOS MEIOS OPERACIONAIS PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE AÇÕES PRATICADAS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL	83
3.5.1 Os Reflexos da Utilização da Delação Premiada no Brasil.....	84
3.5.2 Algumas Diretrizes na Utilização da Infiltração por Agentes do Estado em Organizações Criminosas e na Ação Controlada	87
3.5.3 O Valor da Interceptação das Comunicações Telefônicas em Processos Relativos à Criminalidade Organizada	92
3.5.4 Produção Probatória por meio de Acesso a Dados, Documentos e Informações Fiscais, Bancárias, Financeiras e Eleitorais dos Integrantes das Organizações Criminosas.....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	98
REFERÊNCIAS	107

INTRODUÇÃO

O avanço da criminalidade organizada tem sido objeto de reflexão no mundo inteiro nas últimas décadas. Organismos multilaterais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Conselho da União Européia (CUE) têm produzido estudos e documentos no sentido de estimular a prevenção e a repressão desse fenômeno, que adquiriu maior desenvoltura em face de todo aparato decorrente da globalização e da internacionalização dos mercados, especialmente a onda de sofisticação tecnológica.

No centro desses estudos, que também permeiam os ambientes acadêmicos, doutrinários, judiciais e políticos, uma constatação alcança quase a unanimidade. Trata-se do reconhecimento de que os meios tradicionalmente utilizados no campo do Direito Penal e Processual Penal, como instrumento de controle social, já não respondem com eficiência às investidas desse fenômeno criminológico. Essa realidade gera enorme perplexidade à comunidade, que se sente progressivamente mais insegura e receosa da capacidade operativa estatal de assumir o controle da situação.

Sob influência internacional de organismos multilaterais e pressionados internamente pela opinião pública, os Estados nacionais têm produzido um vasto arcabouço legal instituidor de novos mecanismos de produção e proteção de provas, destinados à prevenção e à repressão do crime organizado. Essa produção normativa carrega o signo de uma legislação de emergência ou de exceção, notabilizada por uma forte tendência restritiva de direitos fundamentais, exigindo do profissional do Direito uma acurada cautela em sua aplicação.

Propõe-se neste trabalho de investigação analisar a validade e a eficácia desses novos meios de produção de prova, apontando um caminho que possa guiar sua utilização

como instrumento de controle do crime organizado, sem menosprezar os direitos e garantias fundamentais dos acusados.

No primeiro capítulo, elabora-se um estudo descritivo desses instrumentos de produção de prova, sem olvidar a linha cronológica que guiou sua institucionalização, buscando oferecer uma projeção conceitual do que vem a ser organizações criminosas e crime organizado. Nesse ponto se reconhece a difícil dualidade que apreende o legislador entre as exigências contrapostas de uma definição restritiva ou ampliativa dos conceitos, adotando-se a opção pela identificação do modo de ser das organizações criminosas, com o propósito de atribuir à categoria crime organizado a condição de produto destas.

No segundo capítulo, tratar-se-á de constituir uma reconstrução da teoria geral do garantismo jurídico, tal como concebida por Luigi Ferrajoli. Parte-se da premissa de que essa concepção teórica tem potencialidade na superação às contradições que se instalaram nas estruturas do Estado de Direito contemporâneo, no campo do controle da criminalidade organizada, especialmente como consequência do confronto entre o exercício do poder de punir estatal e os direitos fundamentais do acusado.

Neste passo, tem-se o propósito explícito de reavivar os contornos do Estado de Direito, alertando-se para o risco de uma indiscriminada proliferação de normas penais de emergência ou de exceção, reconhecendo que a teoria garantista forja um rico instrumental prático-teórico capaz de tutelar os direitos contra a irracionalidade do poder nas esferas pública ou privada, deslegitimando todo e qualquer modelo de controle social que privilegie a defesa social em detrimento dos direitos e garantias fundamentais.

No último capítulo, retoma-se o estudo dos meios operacionais para prevenção e repressão do crime organizado, agora sob a ótica de sua validade e eficácia, em busca de um critério racional capaz de conferir uma utilidade a esses modelos de intervenção, sem menoscabiar os direitos dos acusados.

Ainda nessa mesma linha de compreensão, reconhecendo os efeitos deletérios causados pelas organizações criminosas no meio social, recomenda-se a adoção de um critério valorativo que privilegie a ponderação dos interesses em conflitos, sem perder de vista a premissa de que as provas obtidas através desses meios devam ser confrontadas com outros elementos reunidos durante a instrução processual.

Por fim, apresenta-se as considerações finais e as referências pesquisadas durante a elaboração deste ensaio dissertativo.

CAPÍTULO I

MEIOS OPERACIONAIS PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE AÇÕES PRATICADAS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL

1.1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea convive com um fenômeno criminológico para o qual as respostas antes apresentadas pelo Direito Penal já não se mostram eficazes. Trata-se do crime organizado, que vem assumindo proporções outrora insondáveis no contexto social pela conjugação de violência, audácia e sofisticação. As ações praticadas por organizações criminosas têm sido responsáveis por um intenso clamor público que fomenta debates em muitos setores da sociedade, especialmente por colocar em dúvida os mecanismos tradicionais de controle do Estado.

Não se pode negar que o crime organizado ganhou contornos sofisticados com o fenômeno da globalização, resultando num problema internacional. O perfil atual dessa modalidade delitiva sugere a necessidade de aferição de seus impactos em escala mundial, pois os seus efeitos danosos irradiam-se para além das fronteiras nacionais, desestabilizando sistemas financeiros e comprometendo atividades econômicas.

A ascensão do crime organizado é hoje um fato aceito, lamentavelmente, nos negócios realizados em todo o mundo. Avalia-se que mais de US\$500 bilhões em “dinheiro sujo” — cerca de 2% do PIB mundial — circulam anualmente na economia¹. O extraordinário volume de ativos movimentados por atividades ilícitas precisa ganhar aparência legal para

¹ CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADE FINANCEIRA. **Lavagem de dinheiro**: um problema mundial. Brasília: UNDCP, 1999, p. 8.

serem incorporados nos sistemas bancários e empresariais internacionais. Assim sendo, agentes de organizações criminosas lançam mão de todos os meios disponíveis para alcançar esse desiderato, utilizando-se de todo o aparato decorrente da globalização e da internacionalização dos mercados, bem como da sofisticação da tecnologia de informações e o aparecimento de ambientes políticos e econômicos inseguros².

Uma eficiente repressão do crime organizado requer acentuada cooperação internacional com vistas ao compartilhamento de informações que possam reduzir as barreiras naturais que levam à impunidade. Celso D. Albuquerque Mello afirma que o Direito Penal Internacional é “o ramo de Direito Penal que determina a competência do Estado na ordem internacional para a repressão dos delitos, bem como regulamenta a cooperação entre os Estados em matéria penal”³. Portanto, é na senda do direito penal internacional que se deve estudar as principais medidas adotadas nas últimas décadas para controle do crime organizado, tendo por objetivo a neutralização de suas nefastas conseqüências sociais e econômicas para as nações.

A preocupação com o ameaçador avanço desse fenômeno tem gerado atitudes de matizes diversos, inclusive de organismos multilaterais como a Organização das Nações Unidas, através da Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional, denominada Convenção de Palermo, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n 231/03 e promulgada pelo Decreto n. 5.015/04.

Essas atitudes têm motivado o surgimento de um arcabouço legislativo nacional regulamentando novos mecanismos de produção e proteção de provas especialmente destinados à prevenção e repressão do crime organizado, que bem poderiam ser catalogados no plano da normatividade de emergência e de exceção. Portanto, o presente capítulo tem por objeto um estudo descritivo dos meios operacionais para prevenção e repressão do crime organizado positivados no sistema jurídico brasileiro.

1.2 FENOMENOLOGIA DO CRIME ORGANIZADO

Para melhor compreensão do problema é necessário estabelecer uma aproximação conceitual que possa individualizar o objeto que se pretende estudar. Essa incursão se torna

²LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro**: negócios ilícitos transformados em atividades legais. São Paulo: Futura, 2001, p. 13.

³MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito penal e direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

imprescindível, pois são conhecidas as controvérsias doutrinárias a respeito da conceituação de crime organizado, ante a dificuldade de determinação da amplitude desse fenômeno, que se amolda às mais diferentes condições do ambiente onde se manifesta, o que poderia justificar a expressão forjada por Eugênio Raúl Zaffaroni de se tratar de uma “categorização frustrada”, isto é, um rótulo sem utilidade científica, carente de conteúdo jurídico-penal ou criminológico⁴.

Nessa mesma linha de observação, Juarez Cirino dos Santos, embasado nas reflexões de Eugênio Raúl Zaffaroni, adverte que:

[...] do ponto de vista jurídico-penal prático, o conceito de crime organizado seria desnecessário, porque não designaria nada que já não estivesse contido no conceito de *bando* ou *quadilha*, um tipo de crime contra a paz pública previsto em qualquer código penal. Na verdade, os fenômenos atribuídos ao crime organizado seriam explicáveis pela própria dinâmica do mercado, através da constante criação de novas áreas de produção, circulação e consumo ainda não disciplinadas pela lei (por exemplo, os jogos eletrônicos, o mercado da droga etc), ocupadas imediatamente por múltiplas empresas do mercado, cujo espectro de atividades seria constituído por ações ilegais que, no limite, são insuscetíveis de separação entre si⁵.

Eugênio Raúl Zaffaroni valoriza o aspecto econômico em sua abordagem, reconhecendo que: “Não há um conceito que possa abranger todo o conjunto de atividades ilícitas que podem aproveitar a indisciplina do mercado e que, no geral, aparecem mescladas ou confundidas de forma indissolúvel com atividades lícitas”⁶.

Muitos autores, dentre eles Valdir Sznick,⁷ lançam uma advertência crucial a respeito do perigo que uma definição legislativa representa, pois, se ela é restrita, pode desconsiderar “várias condutas e modalidades, tornando-se, em pouco tempo inócua e inoperante”. Ao contrário, uma definição extensiva pode abranger “muitas condutas que não deveriam ser aí contidas”.

Ana Luiza Almeida Ferro, em sua tese de doutoramento, referindo-se a Rodolfo Maia, alude à decisão entre conceituar ou não como ‘a mais difícil das dualidades na elaboração legislativa’, consistindo na escolha entre uma fórmula genérica, causadora de insegurança no âmbito das relações sociais, além de ampliadora do arbítrio judicial, contudo flexível em relação à realidade social em mutação, e a fórmula rígida, determinadora, com

⁴ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. In: **Discursos Seditiosos. Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 1996, p. 45-67.

⁵SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. In: Plestra proferida no 1º **Fórum Latino-Americano de Política Criminal**, promovido pelo IBCCRIM, de 14 a 17 de maio de 2002, em Ribeirão Preto, SP. Disponível em <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/crime_organizado.pdf>. Acesso em 25 jan.2007.

⁶ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op.cit., 1996, p.54.

⁷SZNICK, Valdir. **Crime organizado**: comentários. São Paulo: LEUD, 1997, p.13.

exatidão, do alcance da norma e da limitação da atividade exegética dos operadores do Direito, porém imobilizadora do preceptivo, fazendo-o avesso às mudanças sociais, e geralmente afastado da realidade⁸.

Essa constatação, contudo, não afasta o propósito de buscar um núcleo comum que possa refletir o conteúdo semântico das expressões: organizações criminosas e crime organizado, pois essa procura tende a viabilizar o alcance de maiores níveis de eficácia em relação às medidas de segurança pública e às normas legais que se propõem a enfrentar essa realidade⁹. Entretanto, tendo em conta as advertências precedentes, mesmo no âmbito desta pesquisa acadêmica, não convém adotar um critério rígido nesse mister, para não incorrer no risco de inviabilizar a atividade exegética dos operadores do direito, impossibilitando-os de acompanhar as transformações da sociedade contemporânea.

É certo que no plano legal brasileiro essas categorias não foram definidas, fato que tem gerado controvérsias no meio doutrinário, especialmente entre os autores que pretendem oferecer alguma contribuição para o delineamento de suas fisionomias. Antônio Scarance Fernandes aponta três caminhos que devem ser seguidos pela doutrina ou pelo legislador em busca de um conceito de crime organizado. O primeiro deles parte da concepção de organização criminosa para a definição do que seja crime organizado, de maneira que tal seria aquele praticado pelos membros de determinada organização. O segundo parte da noção de crime organizado, que deve ser definido em função de seus elementos essenciais, sem especificação de tipos penais e, usualmente, com inclusão, entre as suas características, do fato de pertencer o agente a uma organização criminosa. Finalmente, uma terceira opção que se vale do rol dos crimes previstos no sistema, com acréscimo de outros, os quais são considerados como crime organizado¹⁰.

Analisando os três critérios oferecidos, temos que o primeiro deles apresenta-se como o mais coerente, pois não se pode conceber a idéia de crime organizado sem a existência de uma entidade que se ocupe de sua prática. São as organizações criminosas que manejam certos instrumentais para a produção de um resultado: o crime organizado. Se a criatura se revela na medida do conhecimento que se tem da intimidade do seu criador, então

⁸FERRO, Ana Luiza Almeida. **O crime organizado e as organizações criminosas**: conceito, características, aspectos criminológicos e sugestões político-criminais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Tese de Doutorado em Direito, 2006.

⁹BRAZ, Graziela Palhares Torreão. **Crime organizado x direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p.26.

¹⁰FERNANDES, Antônio Scarance. Crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jacques de Camargo (Org.). **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.

é crível que todo esforço conceitual deve se concentrar na observação do modo de ser das organizações criminosas. Esta é a proposta formulada por Luiz Flávio Gomes:

[...] O crime só pode ser reputado organizado, obviamente, quando decorrer de uma atividade ilícita da mesma natureza. Dito de outro modo: denomina-se crime organizado (numa primeira aproximação) o praticado por organização criminosa. A preocupação central, portanto, deve consistir em buscar o substrato conceitual desta, não daquele, que é fruto da atividade organizada. [...] não é tarefa fácil dar os contornos da organização criminosa (ou associação ilícita organizada), porque não é nada fácil diagnosticar com precisão a essência da sua realidade fenomenológica¹¹.

Importa, doravante, reunir estudos a respeito das características das organizações criminosas para que se possa chegar a uma aproximação conceitual de crime organizado. Francis Rafael Beck, invocando os ensinamentos de Gomes Mont, considera que a fenomenologia dessas organizações orienta-se pelos seguintes critérios: o caráter permanente de suas atividades delitivas, seu caráter lucrativo, o grau de complexidade de sua organização e a finalidade associativa de cometer delitos que afetem bens jurídicos fundamentais dos indivíduos e da coletividade, e que, a sua vez, alterem seriamente a saúde e a segurança pública¹².

Miguel Reale Júnior considera fundamental para individualização das organizações criminosas tradicionais a atenção para seu aspecto institucional, especialmente, seu planejamento estratégico e hierárquico, cuja organização se dá com base em sólida disciplina de comando, valendo-se da violência para impor obediência e servilismo, sempre sob a exigência da lei do silêncio (a *omertà*) e fazendo da corrupção de agentes oficiais o instrumento garantidor de impunidade e facilitador de suas ações delituosas¹³. Este mesmo autor observa que ao lado das organizações criminosas tradicionais também podem ser encontradas outras que, embora não dirigidas especificamente para a prática de crimes, utilizam-se de sua elevada capacidade organizacional, seja no plano interno ou internacional, para abusar do poder econômico ou político, afrontando a ordem econômica e a administração pública, visando a obtenção de vultosos benefícios.

Guaracy Mingardi acentua que as organizações criminosas possuem um aspecto semi-empresarial, com previsão de lucro. Sua subsistência se dá mediante a simbiose com o

¹¹GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

¹²BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

¹³REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, v. 4, n. 13, jan./mar. 1996, p.184-185.

Estado e possui uma natureza difusa, podendo se verificar em qualquer lugar. Além disso, essas organizações atendem a demandas do mercado, especialmente em relação ao que é proibido ou almejado pelas pessoas, como o jogo, o sexo e as drogas. Adverte o referido sociólogo que não se trata de um Estado paralelo, mas de um dos seus ramos, o seu lado oculto. Estabelecendo um comparativo entre empresa lícita, crime comum e crime organizado, este autor identifica quatro atributos que somente estariam presentes neste último, quais sejam: clientelismo, lei do silêncio, monopólio pela violência e controle territorial¹⁴.

Winfried Hassemer propõe a fixação de um núcleo preciso, um elemento essencial que permita identificar, com segurança, o que viria a ser crime organizado. Tal fator distintivo estaria presente no potencial de abalar as estruturas do Estado por meio da corrupção: “[...] tenho a impressão que é precisamente esta corrupção da persecução penal estatal por meios criminosos, a exemplo de práticas mafiosas, que de uma forma inédita nos sobressalta profundamente”¹⁵. Para o citado autor, o emprego da expressão criminalidade organizada se justifica: “[...] somente quando o braço com o qual pretendemos combater toda e qualquer forma de criminalidade seja tolhido ou paralisado: quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tornem extorquíveis ou venais”¹⁶.

Alberto Silva Franco aponta como características do crime organizado o caráter transnacional; o amplo poder proveniente do seu grau de organização, o qual lhe permite aproveitar as fraquezas pertinentes ao sistema penal; a capacidade de promover danos de alto vulto; a capacidade de se expandir, por meio de diferentes condutas infracionais, atingindo ou não vítimas difusas; o uso de instrumentos modernos de tecnologia; o esquema de conexões com outros grupos criminosos e com os setores da vida social, econômica e política do local onde se desenvolvem a produção de atos violentos; o poder de corrupção dificilmente perceptível e a capacidade de paralisar e fragilizar os poderes do Estado¹⁷.

Raúl Cervini acentua que o crime organizado afigura-se como um sistema econômico clandestino, cujo produto bruto, em determinadas atividades, tal como no narcotráfico, suplanta o PIB de vários países. Observa que a instalação e a expansão de uma organização criminosa dependem da construção de uma rede de suborno, corrupção e

¹⁴MINGARDI, Guaracy. **O estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCRIM, 1998, p.81-90.

¹⁵HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito: perspectivas de uma moderna política criminal. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. Elaborado por Cezar Roberto Bitencourt. In: **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 67.

¹⁶Idem, p.66.

¹⁷FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 21, 1994, p.5.

violência, que atinge toda a sociedade, bem como o aparato estatal, principalmente as agências de controle e repressão. O poderio econômico dessas organizações ilícitas tende a criar “territórios livres”, como no caso da selva colombiana e da periferia carioca, onde o que está em jogo é a própria essência do Estado, sua territorialidade, sua soberania, na medida em que questiona a própria autoridade, hegemonia e legitimidade estatal.

Outra natureza própria das organizações criminosas, segundo ainda as notas de Raúl Cervini, revela-se na impunidade de seus membros, que escapam do alcance do Direito Penal, por se valerem, em suas transações, do conhecimento de profissionais especializados, aliados ao uso de modernos meios tecnológicos. Trata-se da cultura de supressão de provas, que funciona como um escudo contra a ação do aparelho repressivo estatal. A organização interna dessas organizações funciona mediante um mecanismo de coordenação e distribuição de competências, que se traduz numa unidade de decisão operativa do grupo. Além disso, elas operam em perspectivas globais, vinculando atividades ilegais às legais, buscando a melhor maneira de obter benefícios ao operar na zona cinzenta da economia.

Por fim, observa o referido jurista uruguaio, as organizações criminosas vislumbram atuação transnacional, aproveitando-se do princípio da territorialidade do Direito Penal e, nesse mesmo contexto de impunidade, neutralizam o aparato repressivo estatal, normalmente por meio de corrupção¹⁸.

Os aportes fornecidos pela doutrina permitem estabelecer alguns parâmetros capazes de identificar com certa precisão uma organização criminosa, a qual se apresenta como associação de pessoas que se dedica a oferecer à sociedade produtos ou serviços proibidos, moralmente repelidos ou escassos, visando a obtenção de lucro e o acúmulo de riqueza e poder, edificando gradativamente um ambiente de impunidade provocada pela cultura de supressão de provas e pela corrupção dos agentes do poder público. No aspecto interno elas se notabilizam por uma estrutura hierarquizada, cujos integrantes vinculam-se ao comando da organização em variados níveis, com um notável índice de solidariedade pelo medo e, no âmbito externo, mediante a prática de atos violentos, os quais assumem natureza de intimidação, visando a redução dos obstáculos que se interpõem aos seus objetivos.

Evidentemente, as estruturas de uma organização criminosa e o seu funcionamento revelam uma considerável sofisticação bastante peculiar, aliado a uma tendência de ultrapassar as fronteiras nacionais, fatores que o faz diferente de um outro fenômeno

¹⁸CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado**: enfoques criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.194-230.

geralmente identificado como quadrilha ou bando. Conclui-se, pois, com as precisas observações de Abel Fernandes Gomes:

[...] há que se comungar da idéia de que o crime organizado, como fenômeno real, é produto da existência e da atividade de uma organização criminosa, que passa a ser o ente que lhe dá vida e movimento, e sobre o qual se apóia funcionalmente, jamais se confundindo com as meras quadrilhas constituídas para a prática de crimes, cujo potencial ofensivo à sociedade distingue-se, desde logo, pelo grau inferior que lhes é inerente¹⁹.

1.3 A CONVENÇÃO DA ONU CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

A Organização das Nações Unidas (ONU) preocupada com o crescimento do crime organizado transnacional e reconhecendo que a resposta a esse fenômeno somente pode ser dada efetivamente por meio da cooperação internacional, em 1997, deu importante passo em busca de mecanismos para enfrentamento do problema, criando o Centro Internacional para a Prevenção do Crime (CICP) como parte do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes. No ano seguinte, em 1998, precisamente em 9 de dezembro, a Assembléia Geral das Nações Unidas ordenou a criação de um comitê de trabalho com finalidade específica de elaborar uma convenção internacional sobre o combate ao crime organizado transnacional, cujos trabalhos deveriam ser intensificados para que pudessem ser concluídos no ano de 2000.

Em dezembro de 1999, realizou-se em Palermo, Itália, uma conferência política de alto nível destinada à assinatura do texto da convenção elaborado pelo comitê, com a denominação de Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Nessa ocasião, 124 países das Nações Unidas subscreveram o documento, durante os três dias em que permaneceu aberta a Convenção de Palermo. Posteriormente, em 15 de novembro de 2000, durante a Assembléia Geral do Milênio, a Convenção foi adotada pelas Nações Unidas, através da Resolução nº 55/25. No Brasil, a referida Convenção foi aprovada no Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, sendo promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional formulou alguns conceitos sobre esse tipo de crime, objetivando preencher as brechas

¹⁹GOMES, Abel Fernandes et al. **Crime organizado e suas conexões com o poder público**: comentários a Lei nº 9.034/95: considerações críticas. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p.6.

existentes no sistema repressivo e das quais os agentes dessas organizações costumam se beneficiar para alcançarem impunidade. Merece destaque neste trabalho a definição adotada para “Grupo Criminoso Organizado”, que acentuou seu caráter de estrutura associativa destinada ao cometimento de infrações graves tendo por escopo a obtenção de lucro:

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existentes 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 material²⁰.

Eduardo Araújo da Silva considera que nessa definição a Organização das Nações Unidas adotou três requisitos comuns para construir um conceito normativo ou jurídico-penal do fenômeno em estudo: “*estrutural* (número mínimo de pessoas integrantes), *finalístico* (rol de crimes a ser considerados como de criminalidade organizada) e *temporal* (permanência e reiteração do vínculo associativo)”²¹. Observou, ainda, o referido pesquisador que ao acrescentar a finalidade econômica, a Convenção objetivou diferenciar no terreno jurídico-penal os conceitos de organização criminosa e terrorismo, já que neste último predomina o conteúdo ideológico²².

O país que adere à Convenção compromete-se a criminalizar a lavagem de dinheiro, além da criação de um sistema de controle de instituições bancárias ou outras similares que sejam suscetíveis a esse tipo de criminalidade. Além disso, como forma de conter a corrupção, sugere-se aos estados-membros medidas que agravem as sanções contra esse tipo de crime, especialmente penas pecuniárias.

A referida convenção ocupou-se de mecanismos para o confisco, a apreensão e a disposição de bens e ativos financeiros que sejam produtos de atividades criminosas, extensivamente aos equipamentos usados nessas atividades. Paralelamente ao tratamento dessa temática também foram previstas algumas disposições especiais acerca da cooperação internacional nessa seara.

A Convenção de Palermo sugere, ainda, medidas que possam facilitar a extradição de criminosos e a transferência de presos, sem violação da legislação interna dos estados-membros envolvidos. Além disso, trata de investigações conjuntas e de técnicas especiais de

²⁰UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime. Crime Programme. General Assembly. Resolution n. 55/25. Disponível em <<http://www.unodc.org/brazil/en/convencoes.html>>. Acesso em 5 mar. 2007.

²¹SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p.34-35.

²²Idem, p.35

investigação, como a de entrega controlada, vigilância eletrônica e operações sigilosas, bem como da proteção física de testemunhas, com preservação de suas identidades através da utilização de técnicas modernas de colheita de prova oral, como as videoconferências.

1.4 PRODUÇÃO DE PROVAS

A prova de um fato ou fenômeno não constitui preocupação exclusiva do Direito, pois essa problemática se faz presente em qualquer investigação científica. Do mesmo modo, em qualquer campo do conhecimento, a idoneidade de uma prova está diretamente relacionada aos critérios adotados para sua reprodução. No campo do Direito Penal, embasado no conceito de tipicidade, que segundo Miguel Reale Junior é a “congruência entre a ação concreta e o paradigma legal ou a configuração típica do injusto”²³, a rigorosa observância dos critérios legais previamente estabelecidos torna-se condição de validade das provas em juízo, posto que as obtidas por meios ilícitos não são admissíveis no processo, consoante dispõe o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Embora reconhecendo a inexistência de unanimidade na doutrina quanto aos momentos que compõem a atividade probatória, Eduardo Araújo da Silva identifica cinco fases assim distribuídas:

(1) *a obtenção da prova*, consistente na busca dos elementos de prova que serão expostos em juízo através dos meios de provas; (2) *a proposição da prova*, que se resume na indicação ao juiz dos meios de prova pelas partes; (3) *a admissão da prova*, através da qual o juiz aceita ou não os meios de provas propostos; (4) *a produção da prova*, por meio da qual o objeto da prova é introduzido no processo; e (5) *a valoração da prova*, por intermédio da qual o juiz aprecia os meios de prova constantes do processo²⁴.

Outros autores nacionais, dentre eles José Frederico Marques²⁵ e Moacyr Amaral Santos²⁶, contentam-se com apenas três fases: proposição, admissão e produção da prova. No momento da propositura, as partes especificam os meios de prova de que pretendem se utilizar para contribuir na formação da convicção do juiz. Na seqüência, o juiz dispõe sobre os meios

²³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Parte geral do Código Penal**: nova interpretação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.21

²⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.63

²⁵ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**, Campinas: Bookseller, 1997, v.2, p.212.

²⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1987, v.2, p.275.

de prova que entende devam ser utilizados para que seu convencimento possa se formar e, finalmente, passa-se à fase de produção dessas provas, ou seja, coligindo aos autos as provas requeridas e deferidas²⁷. A valoração das provas produzidas integra o momento em que o juiz resolve a lide assentando motivadamente sua convicção pela livre apreciação do universo probatório, tendo em vista a adoção entre nós do sistema da *persuasão racional*, mediante o qual, embora gozando de liberdade para apreciação das provas, o juiz deve observar critérios racionais e expressá-los em sua decisão.

Ponto crucial na resposta estatal às ações praticadas por organizações criminosas é a necessidade de responsabilização penal de seus agentes. Fundamentalmente esse processo de penalização no plano de um Estado Democrático de Direito decorre de uma segura produção probatória sob o crivo do contraditório, tarefa difícil nesse campo, não só em função da sofisticação das atividades, mas também em face de outros mecanismos inerentes a essas organizações, como a solidariedade pelo medo e a cultura de supressão de provas. Daí o surgimento de meios operacionais diferenciados para a obtenção de provas dessa realidade fenomênica.

1.5 OBTENÇÃO DA PROVA PARA APURAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO

O modo como atuam as organizações criminosas transnacional tem deflagrado o surgimento de novos mecanismos de controle estatal, os quais podem ser notados não só pela tendência de criminalização de novas condutas e cominação de penas mais graves, mas também pela ampliação dos meios de investigação a fim de viabilizar a produção de provas no processo penal, tudo visando romper o cerco criado pela cultura de supressão de provas dessas organizações ilícitas. Eduardo Araújo da Silva coloca o problema no seguinte plano:

Com a expansão desse fenômeno nas últimas décadas e em razão de suas características peculiares e complexas, que dificultam sua apuração pelos métodos de colheita da prova, emergiu na doutrina processual internacional a idéia de que é necessário dotar o Estado de instrumentos processuais mais eficientes para a obtenção da prova, além de estratégias diferenciadas para a sua produção e valoração em juízo²⁸.

²⁷CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, v.1, p.353-354.

²⁸SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.17

Importa observar que esses novos mecanismos de produção de prova vieram preencher uma lacuna na legislação processual penal, desde o momento em que se constatou a ineficiência dos meios tradicionalmente utilizados, os quais não respondiam como esperado aos influxos desse novo fenômeno criminológico. Há de se considerar, entretanto, que esses novos meios operacionais ingressaram no ordenamento jurídico com uma elevada potencialidade restritiva de direitos fundamentais, merecendo do aplicador do direito todo cuidado em sua utilização.

É sob essa ótica que este trabalho passa a analisar os seguintes institutos: delação premiada, também tratada como colaboração processual, infiltração de agentes em organizações criminosas e a ação controlada, interceptação das comunicações telefônicas e, por fim, a quebra de sigilos fiscal, bancário e financeiro.

1.5.1 Delação Premiada

Consiste numa técnica de investigação e produção de prova baseada no estímulo concedido a um agente para revelar a participação de outrem na mesma atividade criminosa. Não basta a atribuição de uma determinada conduta delituosa a outrem; é necessário que o delator também confesse sua participação no crime. Gabriel C. Zacarias de Inellas observa que:

Só se pode falar em delação quando o réu também confessa, porque, se negar a autoria, atribuindo-a a outrem, estará escusando-se da prática criminosa, em verdadeiro ato de defesa e, portanto, o valor da assertiva, como prova, será nenhuma. Dessarte, o elemento subjetivo essencial na delação, para sua credibilidade como prova, é a confissão do delator.²⁹

Na doutrina e na prática judicial esse recurso utilizado para apuração de crimes também é denominado “imputação de co-réu”, “chamamento de co-réu”, “chamamento de cúmplice”, “*pentitismo*” (relativo a *pentito*, “arrependido”), “*crown witness*” (testemunho da coroa) ou, ainda, colaboração processual. Alguns autores, como Eduardo Araújo da Silva³⁰ e Frederico Valdez Pereira³¹ ressaltam a distinção entre colaboração processual e delação premiada, embora reconhecendo que o uso deste último termo encontra-se popularizado no

²⁹INELLAS, Gabriel C. Zacarias de. **Da prova em matéria criminal**, São Paulo: 2000. p. 93. Apud GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006, p.98.

³⁰SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.77

³¹PEREIRA, Frederico Valdez et al. **Nova lei antidrogas: teoria, crítica e comentários à lei nº 11.343/06**. Niterói: Impetus, 2006, p.124-126.

Brasil. Para esses autores, a colaboração processual é mais ampla do que a delação premiada, que teria um caráter restrito enquanto instituto de direito material, de iniciativa exclusiva do juiz, com reflexos penais consistentes na diminuição da pena ou concessão do perdão judicial. A colaboração se definiria como processual “em relação ao seu escopo, que é o de fornecer uma contribuição probatória ao esclarecimento dos fatos criminosos e/ou à identificação ou captura de seus autores”³².

Cogita-se que a origem remota desse meio de prova está no sistema inquisitorial, como prova indiciária, sendo que seu processo de valoração, na Idade Média, era mais prestigiado quando a delação era feita sob tortura. Conjecturava-se, como aponta José Alexandre Marson Guidi, que “aquele que confessasse espontaneamente estava inclinado a mentir em prejuízo de outrem, [...] era mais fácil vir da boca do co-réu a mentira do que a verdade”³³. Entretanto, a delação premiada, a despeito de sua origem no sistema inquisitorial, não pode ser considerado um instrumento espúrio de que se vale a legislação de emergência para fazer face à “nova criminalidade” ou criminalidade “moderna”, para adotar uma dicção de Winfried Hassemer, como observou percucientemente Ennio Amodio, citado por Frederico Valdez Pereira:

Quem pensa que a figura do *pentito* seja um fruto apodrecido na nossa legislação de emergência, lançado no abismo de uma lógica inquisitorial que incita fazer uso de métodos probatórios espúrios para combater o crime organizado, pode encontrar na experiência do processo anglo-americano o testemunho de uma fisiológica compatibilidade dos considerados colaboradores da justiça com o rito garantista, no qual se inspira o modelo acusatório. Tão comum e arraigado em uma gama de normas e praxes é a utilização do testemunho do co-imputado na *commum law*, que induziu os estudiosos a afirmarem já no século XVIII que esse havia se tornado um ‘*regular system of jurisprudence*’, e a insistir modernamente que se consolidou como ‘*a part of our constitucional fabric*’³⁴.

É fato que a incorporação da delação premiada ao direito positivo e a sua adoção jurisprudencial passou a ser uma realidade em diversos países. Na Inglaterra, relata Ennio Amodio, a figura do colaborador passou a ser tratada com base em uma decisão proferida no caso Rudd (1775), onde o juiz admitiu o testemunho do acusado (*crown witness*) contra os cúmplices em troca de sua impunidade. Outras decisões sucederam-se nessa mesma linha interpretativa, desde o caso Blunt (1964), no campo dos delitos contra a personalidade do

³²RIVA, Carlos Ruga. Il Premio per la Collaborazione Processuale. Milão: Dott A. Giuffrè, 2002. Apud PEREIRA, Frederico Valdez et al. Op.cit., p.124

³³GUIDI, José Alexandre Marson. Op.cit., p.101.

³⁴AMODIO, Ennio. I Pentiti nella Common Law. In: **Revista Italiana di Diritto e Procedure Penale**, Milão: Giuffrè, 2004, v. 29, p. 991-1004. Apud PEREIRA, Frederico Valdez et al. Op.cit., p.119.

Estado, na luta contra o terrorismo norte-irlandês (1982), na seara da criminalidade econômica (1972), até a criminalidade organizada, no caso Smith (1982)³⁵.

No direito italiano sua adoção tornou-se emblemática nos anos 80, durante o que se denominou *operazione mani pulite* (operação mãos limpas), quando centenas de mafiosos “arrepentidos” passaram a fornecer às autoridades públicas relevantes informações que permitiram uma visão concreta acerca da capacidade operativa das Máfias, em troca de benefícios como a não-punibilidade, concessão de atenuantes ou suspensão condicional da pena, desde que as declarações não fossem mendazes ou reticentes. Silvio D’Amico pontua que o sucesso do instituto ensejou, até mesmo, uma inflação de “arrepentidos” buscando os benefícios legais, gerando o perigo de sua concessão a indivíduos que não gozavam do papel apregoadado perante as organizações criminosas³⁶.

Ada Pellegrini Grinover³⁷, analisando a legislação italiana que reprime os crimes praticados para fins de terrorismo ou de subversão do ordenamento jurídico, aponta a necessidade de estabelecer diferenças entre as figuras do “arrepentido”, do “dissociado” e do “colaborador”. Diz a eminente jurista que a primeira denominação refere-se àquele que, antes da sentença condenatória, dissolve ou determina a dissolução da organização criminosa; retira-se 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 sceleris*; impede a execução dos crimes para os quais a organização se formou.

O “dissociado” 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. E, finalmente, o “colaborador”, que se trata do concorrente que, antes da sentença condenatória, além dos comportamentos anteriores, 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 atos e a descoberta dos autores.

Nos Estados Unidos, a delação premiada geralmente se verifica em sede do instituto denominado *plea bargaining*, no qual o colaborador pode alcançar benefícios através do

³⁵SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.78.

³⁶D’AMICO, Silvio. **Il Collaboratore della Giustizia**. Roma: Laurus Robuffo, 1995. Apud SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.79.

³⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, J. de C. (Coord.) **Justiça penal: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995b, v.3. Apud GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Souza, 2006, p.103.

oferecimento de informações que possam desvelar a participação de outros agentes na empreitada criminosa, ao mesmo tempo em que assume sua participação no evento e aceita a pena negociada com o Ministério Público. Frederico Valdez Pereira observa que:

[...] RUGA RIVA inicia o exame da aplicação do instituto da colaboração processual nos países da *common law* salientando que se trata de benefícios mais ou menos amplos, oriundos de acordo entre a acusação e a defesa, sem que de regra haja consistente espaço de decisão ao juiz, sendo premissa lógica dessa decisão político-criminal a existência do princípio da discricionariedade no exercício da ação penal³⁸.

Em verdade, no modelo anglo-saxão essa prática é usual, encontrando aplicação não só como meio de prevenção e repressão do crime organizado, mas também em delitos de outra natureza. Eduardo Araújo da Silva, invocando as observações de Jean Ziegler, registra que:

Essa sistemática é resultante da tradição calvinista, na qual confessar publicamente a culpa, praticar um ato de contrição revelam uma atitude cristã que deve ser valorizada pelo direito. Em tempos remotos, antes do início do julgamento, o juiz indagava o acusado quanto a sua pretensão de declarar-se publicamente culpado, pedir perdão e aceitar livremente a punição de seu crime. Atualmente, a admissão de culpa não se destina à satisfação da moral pública, podendo resultar em eficaz estratégia do Ministério Público para obter a condenação dos chefes do crime organizado. Aceitando a proposta do procurador para ‘testemunhar’ em favor da acusação, o colaborador é incluído num *witness profession program*, no qual poderá usufruir de uma nova identidade, alojamento, dinheiro e outra profissão³⁹.

No ano de 1988, no direito penal espanhol, a previsão de concessão de benefício pela colaboração processual foi estabelecida com exclusividade em relação aos crimes de terrorismo, sendo estendido ao tráfico ilícito de entorpecentes em 1995, com possibilidade de redução da pena de um ou dois graus. Exige a legislação que o sujeito abandone voluntariamente as atividades delituosas e se apresente às autoridades confessando os fatos em que tenha participado, quando se tratar de delito de terrorismo, pois na hipótese de narcotráfico uma lei de 2003 retirou a necessidade dessa confissão.

Exige-se, ainda, que o agente colabore ativamente para alcançar pelo menos um dos seguintes fins: impedir o prosseguimento da atividade delitiva; fornecer provas que levem à identificação ou captura de outros responsáveis; ou impedir o prosseguimento das organizações a que haja pertencido ou que tenha colaborado. Critica-se a legislação hispânica pela discricionariedade na concessão da atenuante, bem como pelo fato de a decisão que

³⁸PEREIRA, Frederico Valdez et al. Op.cit., p.121.

³⁹SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.78.

aprecia a matéria emergir de órgão judicial e fase processual distintos daqueles em que o colaborador pronunciou suas declarações. É que a dicção legal indica que juízes e tribunais *poderão* impor pena inferior, traduzindo um juízo discricionário que tem desestimulado a utilização do instituto pelos agentes, sempre receosos de não serem contemplados com o referido benefício.

Na mesma linha crítica que revela uma peculiar ineficácia da legislação espanhola, Frederico Valdez Pereira acrescenta:

A tentativa legislativa de conferir maior eficácia ao instituto com a edição da Lei Orgânica 15/2003 – que retirou a necessidade de confissão dos fatos pelo delator nos crimes de tráfico ilícito de drogas – acarretou mais críticas ao instituto, ante o valor probatório que podem ter as declarações do colaborador, agora gratuitas, por não mais exigir a auto-inculpação do agente. Essa figura de delator nem mais poderia ser designada de arrependido, pois o sujeito irá declarar-se inocente no processo, negando sua atuação nos fatos ilícitos ajuizados, imputando a responsabilidade a terceiros. Portanto, nada haveria para se arrepender⁴⁰.

No Brasil, a primeira lei que permitiu a aplicação do instituto da delação premiada foi aquela que dispõe sobre crimes hediondos, editada em 25 de julho de 1990, estabelecendo:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista o art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.
Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.⁴¹

Como se pode verificar, inicialmente a aplicação do instituto no direito penal brasileiro se deu em relação ao crime de quadrilha ou bando, quando as suas atividades estiverem voltadas para o cometimento de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Para obtenção do benefício da redução da pena de um a dois terços, a lei exigiu que o agente denuncie o bando ou quadrilha à autoridade, que pode ser delegado de polícia, magistrado, ou membro do Ministério Público, desde que essa ação seja eficaz e torne possível o desmantelamento do grupo. Portanto, não há relevância no que se refere ao momento da prática da delação; o que importa é tão-somente o resultado dessa atitude, que deve ser o de tornar possível a desarticulação da *societas sceleris*.

⁴⁰PEREIRA, Frederico Valdez et al. Op.cit., p.122-123.

⁴¹BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em 19 mar. 2007.

Em 3 de maio de 1995 foi promulgada a Lei n. 9.034, dispondo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, a qual estabeleceu em seu artigo 6º: “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”⁴².

Foi neste momento que o instituto, na legislação brasileira, passou a ser aplicado como meio de produção de provas nos delitos praticados por organizações criminosas. Aliás, a referida lei não escapou às críticas da doutrina, especialmente em sua versão inicial, antes das modificações trazidas pela Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001. Antônio Scarance Fernandes foi enfático ao afirmar:

A Lei seguiu um caminho próprio. Não definiu a organização criminosa, desprezando a linha inicial do projeto. Não definiu, através de seus elementos essenciais, o crime organizado. Não elencou condutas que constituiriam crimes organizados. Preferiu deixar em aberto os tipos penais configuradores de crime organizado, mas, ao mesmo tempo, admitiu que qualquer delito pudesse se caracterizar como tal, bastando que decorresse de ações de bando ou quadrilha⁴³.

Contudo, a utilidade desse meio de produção de provas não passou despercebido por aqueles que entendem necessário “dotar o Estado de instrumentos processuais mais eficientes para obtenção da prova, além de estratégias diferenciadas para sua produção e valoração em juízo”⁴⁴, especialmente pelo reconhecimento da existência de uma cultura de supressão de provas que permeia todas as organizações criminosas, o que faz da delação premiada um mecanismo capaz de revelar a intimidade de seu funcionamento, pela posição privilegiada do delator, resultando num duro golpe contra as suas estruturas.

Em 19 de julho de 1995, a Lei n. 9.080 acrescentou um novo parágrafo ao artigo 25 da Lei n. 7.492/86, ampliando a aplicação do instituto da delação premiada aos crimes contra o sistema financeiro nacional, fazendo o mesmo em relação ao artigo 16 da Lei n. 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Em ambos os casos a redação é a seguinte:

⁴²BRASIL. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em 19 mar. 2007.

⁴³FERNANDES, Antônio Scarance. Crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jacques de Camargo (Org.). Op.cit., p.37-38.

⁴⁴SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.17.

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 terços⁴⁵.

Verifica-se, portanto, que neste momento, o legislador brasileiro manteve a aplicação do instituto da delação premiada em relação ao crime de quadrilha ou bando, acrescentando ao rol dos possíveis crimes praticados pela *societas sceleris* os delitos contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, econômica e também contra as relações de consumo, em acréscimo ao rol já existente, ou seja, crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Entretanto, a aplicação do instituto não ficou circunscrita ao crime de quadrilha ou bando, visto que passou a alcançar o mero concurso de pessoas nos casos das infrações penais cometidas contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, econômica e também contra as relações de consumo, mas a possibilidade de redução da pena em decorrência da delação ficou mantida no mesmo patamar de um a dois terços.

Mantendo a tendência de progressiva admissão da delação premiada, a Lei n. 9.269, de 2 de abril de 1996, estendeu a aplicação do instituto ao crime de extorsão mediante seqüestro, operando a modificação ao artigo 159 do Código Penal, nos seguintes termos:

Art. 159....

§4º Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços⁴⁶.

Neste ponto, o objetivo maior buscado pela norma é a libertação do seqüestrado. Guilherme de Souza Nucci comenta:

Observa-se ser requisito fundamental ocorrer a libertação da pessoa seqüestrada. Sem esta, não há aplicação do prêmio para a delação, que, no caso presente, não se liga unicamente à identificação e prisão dos responsáveis pelo crime. Por outro lado, é indispensável que a informação prestada pelo agente delator seja útil para a referida libertação (vide o emprego do verbo “facilitando”). Se a libertação for conseguida por outros meios, sem o uso de informação prestada pelo denunciante, não se aplica a redução da pena⁴⁷.

⁴⁵BRASIL. Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis n°s 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9080.htm>. Acesso em 29 mar. 2007.

⁴⁶BRASIL. Lei n. 9.269, de 2 de abril de 1996. Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9269.htm>. Acesso em 19 mar. 2007.

⁴⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6.ed. revista, atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.688.

A próxima legislação a explorar a aplicação do instituto representou uma verdadeira quebra de paradigma, pois rompeu com o preceito que mantinha o benefício pela delação restrito à redução da pena de um a dois terços. Manteve esse benefício, é certo, mas acrescentou a possibilidade de cumprimento da pena em regime aberto, podendo o juiz substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou até mesmo conceder perdão judicial ao delator. A redação constante da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, que trata dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, dentre outras providências, possui os seguintes contornos:

Art. 1º...

§5º 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 crime⁴⁸.

Como se pôde notar, até a edição da última norma acima mencionada, o legislador mantinha a aplicação do instituto da delação premiada restrita aos crimes: a) de quadrilha ou bando, quando as suas atividades estivessem voltadas para o cometimento de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo; b) contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, praticados em quadrilha ou em concurso de agentes; c) de quaisquer espécies praticados em organização criminosa; d) de extorsão mediante seqüestro; e) de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores.

A extensão da delação premiada a todos os delitos se deu pela Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, 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. Portanto, o alcance máximo do instituto na legislação brasileira se deu nos seguintes termos:

⁴⁸BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em 19 mar. 2007.

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente 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.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. O 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, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.⁴⁹

Não obstante à aplicação do instituto a todos os crimes, o legislador brasileiro prosseguiu com a técnica de regulamentar sua aplicação com especificidade para alguns delitos, fazendo-o em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, consoante se verificou da Lei 10.409/02:

Art. 32 (vetado)

§ 2º O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

§ 3º Se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização de produto, substância ou drogas ilícitas, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão⁵⁰.

Essa Lei Antitóxico, entretanto, restou mutilada por inúmeros vetos, o que resultou numa vigência efêmera, pois fora revogada pela Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2007, a qual manteve a aplicação do instituto restrita à possibilidade de redução da pena de um terço a dois terços:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes

⁴⁹BRASIL. Lei n. 9.807, de 13 de junho de 1999. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm>. Acesso em 19 mar. 2007.

⁵⁰BRASIL. Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencadas pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm>. Acesso em 2 maio 2007

do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.⁵¹

Diante desse universo legislativo, a grande questão que se impõe diz respeito à forma de aplicação dessas normas que contemplam o instituto da delação premiada, posto que os requisitos são díspares. A melhor resposta a essa indagação é aquela que busca evitar conflitos entre elas, partindo do princípio de que há uma norma geral aplicável a qualquer tipo de crime, no caso a Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, enquanto as demais se tratam de normas especiais, cada uma delas com sede própria de aplicação e com força revogadora da *lex specialis*. Evidentemente, não se pode negar que a forma utilizada pelo legislador brasileiro na regência da matéria não é a mais adequada, pois submete o intérprete a um conjunto de leis extravagantes com requisitos diferenciados e para aplicação específica, quando tudo poderia ser mais racionalmente disciplinado na parte geral do Código Penal, resultando numa melhor utilização do instituto.

1.5.2 A Infiltração por Agentes do Estado em Organizações Criminosas e a Ação Controlada

A infiltração por agentes resume-se numa técnica de investigação criminal tendente à obtenção de prova, na qual um agente estatal, devidamente autorizado por decisão judicial, infiltra-se numa organização criminosa, dissimulando sua verdadeira identidade, a fim de obter provas para responsabilização de seus integrantes. Possui três características básicas: a *dissimulação*, ou seja, a ocultação da condição de agente oficial e de suas verdadeiras intenções; o *engano*, posto que toda a operação de infiltração apóia-se numa encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito; e, finalmente, a *interação*, isto é, uma relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial.⁵² Segundo Eduardo Araújo da Silva, invocando os ensinamentos de Juan Muñoz Sanches e José Maria Paz Rubio:

A origem do instituto pode ser buscada no período do absolutismo francês, sobretudo nos tempos de Luis XIV, no qual para reforçar o regime foi criada a figura do “delator”, composta por cidadãos que descobriam na sociedade os inimigos

⁵¹BRASIL. Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/Lei/1343.htm>. Acesso em 2 maio 2007

⁵²SILVA, Eduardo Araújo de Op.cit., p.86.

políticos, em troca de favores do príncipe. Nessa época, sua prática limitava-se a espionar e levar os fatos ao conhecimento das autoridades, sem qualquer atividade de provocação. Contudo, com o passar do tempo, a atividade de vigiar os suspeitos não foi suficiente para neutralizar a oposição ao regime, passando a atividade de mera espionagem para a provocação de condutas consideradas ilícitas⁵³.

Em tempos atuais, não se pode dizer que há um direito subjetivo a não ser observado por agentes de polícia ou de inteligência, quando os limites da intimidade, do domicílio, da privacidade e os demais direitos consagrados na Constituição estiverem sendo preservados. Daí a importância da categorização do agente provocador, infiltrado e encoberto.

Agente provocador é “aquele que, de alguma forma, precipita o crime: instigando-o, induzindo-o, nomeadamente aparecendo como comprador ou fornecedor de serviços ilícitos”⁵⁴, ou seja, é o “instigador que determina outrem à perpetração de um crime, apenas porque quer que este seja acusado e punido”⁵⁵. Esta categoria não foi contemplada pelo sistema jurídico brasileiro como instrumento de produção de provas, restando sua utilização proscria pelo artigo 17 do Código Penal, bem como pelo enunciado 145 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”⁵⁶.

O agente infiltrado, conforme explanado anteriormente, é aquele que recebe autorização judicial para ocultar a sua qualidade e identidade, e, agindo com a finalidade de obter provas para a incriminação do suspeito, ganha a sua confiança pessoal, para melhor o observar, de modo a obter informações relativas às atividades criminosas de que é suspeito, coligindo provas contra ele. Assim sendo, enquanto o agente provocador cria o próprio crime e o próprio criminoso, porque induz o suspeito à prática de atos ilícitos, instigando-o e alimentando o crime, agindo, nomeadamente, como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícito, o agente infiltrado obtém a confiança do suspeito, tornando-se aparentemente

⁵³Idem, p.87

⁵⁴GONÇALVES, Fernando et al. **Lei e crime**: o agente infiltrado *versus* o agente provocador; os princípios do processo penal. Lisboa: Almedina, 2001, p.255. Apud KNIJNIK, Danilo. O “agente infiltrado”, “encoberto” e “provocador”: recepção, no direito brasileiro, das defesas do *entrapment* e da “conduta estatal ultrajante”, como meio de “interpretação conforme” da Lei 9.034/1995. In: **RT/fascículo penal**, ano 93, v. 826, ago. 2004, p. 415

⁵⁵Idem, *ibidem*.

⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 145*. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 10 maio 2007.

um deles para ter acesso a informações, planos, processos, confianças, os quais se revestirão em provas necessárias para a condenação dos agentes criminosos⁵⁷.

O agente encoberto, de seu turno, caracteriza-se pela sua absoluta passividade relativamente à decisão criminosa, posto que apenas trafega pela senda da criminalidade movido pelo propósito de revelar possíveis delinqüentes, podendo até mesmo acompanhar suas atividades para uma futura ação em momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações. Não provoca o crime, nem interage com os agentes suspeitos, ao modo, respectivamente, das duas primeiras categorias referidas anteriormente. O elemento comum às três espécies é a dissimulação de identidade, o engodo, que “pode fazer-se dos mais diversos meios: desde os casos em que o agente da autoridade se apresenta como um vulgar delinqüente [...], até aqueles casos em que se limita a ocultar a verdadeira identidade e qualidade, fazendo-se passar por um normal cidadão particular”⁵⁸.

A legislação brasileira cuidou das duas últimas categorias, contemplando a figura do agente encoberto no artigo 2º, II, da Lei n. 9.034/1995, com a denominação de “ação controlada”, enquanto o agente infiltrado ficou disciplinado no inciso V do mesmo dispositivo. Relevante observar que na redação original da referida lei, o Executivo havia vetado a introdução do procedimento de infiltração de agentes no direito pátrio, que somente foi resgatado posteriormente pela Lei n. 10.217/2001. Eis como se apresenta atualmente o referido texto legal:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

(...)

II – 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;

(...)

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial⁵⁹.

⁵⁷ KNIJNIK, Danilo. O “agente infiltrado”, “encoberto” e “provocador”: recepção, no direito brasileiro, das defesas do *entrapment* e da “conduta estatal ultrajante”, como meio de “interpretação conforme” da Lei 9.034/1995. In: **RT/fascículo penal**, ano 93, v. 826, ago.2004, p.416.

⁵⁸ GONÇALVES, Fernando et al. Op.cit., p. 255. Apud KNIJNIK, Danilo. O “agente infiltrado”, “encoberto” e “provocador”: recepção, no direito brasileiro, das defesas do *entrapment* e da “conduta estatal ultrajante”, como meio de “interpretação conforme” da Lei 9.034/1995. In: **RT/fascículo penal**, ano 93, v. 826, ago.2004, p. 416.

⁵⁹ BRASIL. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em 19 mar. 2007.

A ação controlada, que como visto identifica-se com a categoria agente encoberto, consiste em estratégia de investigação que possibilita aos agentes policiais retardarem suas intervenções em relação a infrações em curso, praticadas por organizações criminosas, para acompanhar os atos de seus membros até o momento mais apropriado para a obtenção da prova e efetuar suas prisões⁶⁰. Retarda-se a atuação policial em favor de um resultado mais eficaz no campo da produção probatória, configurando-se o que a doutrina costumou denominar de *flagrante prorrogado* ou *retardado*. Eduardo Araújo Silva explica que:

O tratamento legal dessa técnica de obtenção de prova, além de evitar que agentes policiais sejam responsabilizados penalmente pelo deliberado retardamento de suas condutas, ante a constatação de práticas delituosas em curso, visa possibilitar maior êxito na colheita dos elementos de prova, pela eleição do melhor momento para intervir nos atos praticados pelos integrantes da organização criminosa. Ademais, se precedida de autorização judicial, permite que o juiz e o representante do Ministério Público tenham o controle sobre a operação policial a ser desenvolvida, evitando eventuais excessos que possam comprometer direitos e garantias individuais assegurados na Constituição da República⁶¹.

A nova lei antidrogas — Lei n. 11.343/2006 — também regulamentou a utilização desses meios operacionais, mantendo com pequenas alterações o que já havia estabelecido a legislação anterior sobre o mesmo assunto:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas e investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II – a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.⁶²

1.5.3 Interceptação das Comunicações Telefônicas

⁶⁰SILVA, Eduardo Araújo. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003, p.93.

⁶¹Idem, ibidem.

⁶²BRASIL. Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/Lei/1343.htm>. Acesso em 2 maio 2007.

Mesmo não se tratando de um mecanismo utilizado exclusivamente para a prevenção e repressão de crime organizado, a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro, mediante circunstanciada autorização judicial, podem ser utilizadas com grande eficácia nesse sentido. Sua regulamentação encontra-se na Lei n. 9.296/1996, enquanto a permissão específica para sua utilização em relação à criminalidade organizada verifica-se na Lei n. 9.034/1995, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei n. 10.217/2001. A Constituição Federal de 1988, de seu turno, enalteceu o sigilo das comunicações telefônicas, mas permitiu sua violação “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”⁶³.

Luiz Flávio Gomes registra que:

Antes da Constituição Federal de 1988, a interceptação telefônica, malgrado sua indiscutível importância, nunca contou no nosso ordenamento jurídico com um estatuto próprio, específico, e sobretudo, “descritivo”. Na Constituição de 1946 não havia nem sequer referência à comunicação telefônica. Entendia-se, no entanto, que estava compreendida na garantia do art. 141, § 6º, que cuidava da inviolabilidade do sigilo de correspondência. Na Constituição de 1969 (art. 153, § 9º) contemplava-se a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas⁶⁴.

Mesmo depois da promulgação da Constituição Federal, a utilização legítima desse recurso de produção de provas ficou inviabilizada por quase oito anos à espera da lei regulamentadora, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido em reiterados julgados que o artigo 57 do então Código Brasileiro de Telecomunicações não atendia os pressupostos constitucionais para dar suporte à aplicação do instituto, por não descrever as hipóteses e a forma da interceptação. Até poucos meses antes da edição da lei em comento, mantinha o Supremo Tribunal Federal o mesmo entendimento, conforme restou decidido no *Habeas Corpus* n. 73.351-4-SP, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão: “[...] sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, inc. XII, da Constituição, não pode o Juiz autorizar a interceptação telefônica para fins de investigação criminal”⁶⁵.

Com a edição da Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, ficou estabelecido que “a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação

⁶³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁶⁴GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.86.

⁶⁵Idem, p. 93.

criminal e em instrução penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça”⁶⁶, devendo as mesmas regras serem observadas em relação à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Nesse contexto, a utilização desse meio de prova exige prévia autorização judicial com característica de matéria afeta à “reserva de jurisdição”, o que significa dizer que não podem as Comissões Parlamentares de Inquérito adotar tal procedimento, apesar dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, que lhes foram conferidos pelo parágrafo terceiro do artigo 58 da Constituição Federal. Necessita-se, também, de uma investigação criminal ou instrução processual penal, sendo ilegítima a autorização da interceptação em outros processos, de natureza civil ou administrativa, por exemplo. Entretanto, necessário observar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, autorizar o envio de cópias do acervo de provas reunidas em Inquérito, atendendo solicitação do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça. Entendeu o Ministro Cezar Peluso que

[...] a prova oriunda de interceptação lícita, autorizada em investigação criminal, contra certa pessoa, na condição de suspeito indiciado ou réu pode ser-lhe oposta na esfera própria pelo mesmo Estado encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submetido como prova do mesmíssimo ato, visto sobre a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar⁶⁷.

A interceptação de comunicações telefônicas ou em sistema de informática ou telemática, como toda medida cautelar, vincula-se aos requisitos da plausibilidade do direito invocado (*fumus bonis iuris*) e do perigo da medida definitiva se tornar ineficaz (*periculum in mora*), consubstanciando-se o primeiro na existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com reclusão e, o segundo, na impossibilidade da prova ser produzida por outros meios disponíveis. Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini anotam que “a ‘necessidade’ e a ‘urgência’ (esta evidenciada na natureza mesma da medida, assim como no prazo exíguo com que conta o Juiz para decidir o pedido de interceptação: vinte e quatro horas, conforme o artigo 4º, § 2º), destarte, são as características essenciais do *periculum in mora*”⁶⁸.

⁶⁶BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm. Acesso em 18 maio 2007.

⁶⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias**. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18 maio 2007.

⁶⁸GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Op.cit., p.181.

As provas colhidas serão submetidas posteriormente à defesa, diferindo-se, portanto, o contraditório para não prejudicar as investigações, mas todos os que tiveram acesso a elas estão obrigados à manutenção do sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas, cuja violação implica em crime apenado com reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

1.5.4 O Acesso a Dados, Documentos E Informações Fiscais, Bancárias, Financeiras E Eleitorais

Estas medidas foram contempladas na lei que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, mas sem caráter de exclusividade, pois há muito vinham sendo utilizadas em qualquer processo de investigação criminal. No que se refere ao sigilo de dados, apesar do disposto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, que assegura essa garantia sem aparente exceção, doutrina e jurisprudência manifestam-se no sentido de que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível sua violação, respeitados certos parâmetros, sempre que estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Nesse mesmo contexto inserem-se as informações constantes do cadastro eleitoral, especialmente aqueles que se referem ao domicílio do eleitor, e que poderão ser utilizados por determinação judicial.

Quanto ao sigilo fiscal, bancário e financeiro, não existe na Constituição Federal uma previsão expressa a respeito, de modo que sua disciplina é extraída da tutela do direito à intimidade constante do artigo 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”⁶⁹. O Ministro Carlos Velloso observou que se trata de uma “[...] espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas [...], além de atender ‘a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito’ registra Carlos Alberto Hagstrom [...]”⁷⁰.

No direito brasileiro, o sigilo bancário foi regulado durante muito tempo pela Lei nº 4.595/64, que tratava das instituições monetárias, bancárias e creditícias, sendo que em seu artigo 38 e parágrafos havia previsão para a quebra do sigilo por ordem dos Poderes Judiciário e Legislativo, neste caso em razão das Comissões Parlamentares de Inquérito. Essa lei foi

⁶⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁷⁰VELLOSO, Carlos. Apud SILVA, Técio Lins e; ROCHA, Marcela Lima. Apontamentos sobre o sigilo bancário. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 48, 2004, p.217.

posteriormente revogada pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, cujo artigo 3º estabelece que “serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário”⁷¹, apresentando uma relação exemplificativa de delitos nos quais tais informações poderão ser prestadas, dentre eles os praticados por organização criminosa. Também prevê a lei em análise a possibilidade de fornecimento de informações solicitadas pelo Poder Legislativo, após deliberação aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito.

Não há na Lei Complementar n. 105/2001 nenhuma referência ao procedimento a ser adotado para obtenção das informações sigilosas, sugerindo Eduardo Araújo da Silva a utilização dos comandos da Lei n. 9.296/96, que trata do sigilo das comunicações telefônicas, como aplicação analógica:

[...] a medida poderá ser decretada de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial (art. 3º); o pedido deverá conter a demonstração da necessidade da medida para a apuração de conduta criminosa (art. 4º); o requerimento deverá ser autuado em apartado, apensando-se aos autos da investigação ou do processo-crime (art. 8º); as informações que não interessarem ao processo deverão ser desentranhadas dos autos (art. 10)”.⁷²

Todas as observações anteriores a respeito da quebra do sigilo bancário e financeiro aplicam-se ao sigilo fiscal, que também se resume numa proteção conferida à tutela da intimidade e da vida privada. Luiz Flávio Gomes considera acertada a intenção legal no sentido de priorizar a investigação patrimonial, ponderando que “o mundo dos negócios hoje (e o crime organizado é, em certo sentido, um ‘negócio’) passa pelo fisco, pelos bancos ou pelas entidades financeiras”⁷³.

⁷¹BRASIL. Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em 19 nov. 2007.

⁷² SILVA, Eduardo Araújo. Op.cit., p. 111.

⁷³GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Op.cit., p.125.

1.6 OS MEIOS OPERACIONAIS PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DAS AÇÕES PRATICADAS POR ORGANIZAÇÃO, A FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA GERAL DO GARANTISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI

Os mecanismos estatais construídos a título de resposta às ações praticadas por organizações criminosas, porque fortemente restritivos de direitos fundamentais, revelam um dos mais preocupantes reflexos da crise pela qual passa atualmente o Estado de Direito, despertando a atenção dos juristas que se vêem preocupados com a sua manutenção.

No próximo capítulo, este trabalho passa a estabelecer um esboço da teoria geral do garantismo jurídico, concebida por Luigi Ferrajoli e condensada na parte final de sua obra denominada “Direito e Razão”, reconhecendo a importância da criteriosa análise da estrutura normativo-institucional do “Estado de Direito” em sua versão contemporânea, bem como da utilidade do caminho proposto para a correção das distorções instaladas no seu interior e que, segundo Sérgio Cademartori, determinam a crise desse modelo⁷⁴.

⁷⁴CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas: Millennium, 2007.

CAPÍTULO II

A TEORIA GERAL DO GARANTISMO JURÍDICO

Este capítulo pretende identificar as características fundamentais da Teoria Geral do Garantismo Jurídico, formulada por Luigi Ferrajoli, professor da *Università Degli Studi di Roma Tre*, na Itália, reconhecido como um dos mais proeminentes pensadores contemporâneos do direito, de tradição iluminista e liberal. Para alcance desse desiderato, serão analisadas as idéias centrais expostas pelo eminente autor em sua obra *Diritto e Ragione*, traduzida para a língua portuguesa pela Editora Revista dos Tribunais, em sua 2ª edição revista e ampliada, em especial a sua parte final, onde fixa as bases da sua teoria. Nessa mesma perspectiva, também serão utilizadas as contribuições do professor Sergio Cademartori, na obra *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*, em sua 2ª edição atualizada e ampliada, publicada pela Editora Millennium.

2.1 OS CONTORNOS DA TEORIA GERAL DO GARANTISMO JURÍDICO

A Teoria Geral do Garantismo Jurídico, de acordo com os contornos traçados por Luigi Ferrajoli, constitui-se numa formulação teórica que se apresenta como capaz de mensurar o grau de legitimidade do Estado pelo nível de respeito e efetivação dos direitos fundamentais, oferecendo uma proposta para superar as contradições que se instalaram nas estruturas do “Estado de Direito” contemporâneo.

A constatação de uma crise do Direito e da razão jurídica, notabilizada pelas constantes violações à dignidade da pessoa e a seus direitos fundamentais, desencadeou o surgimento de uma teoria que se propõe a buscar respostas para sua superação na própria

intimidade do ordenamento jurídico. Resultante da teoria garantista penal, sustentada na matriz iluminista da época da Ilustração, a teoria geral do garantismo jurídico assume um papel fundamental para o estudioso do Direito, na medida em que se constitui num enorme potencial explicativo e propositivo⁷⁵. Nessa linha de compreensão, o modelo garantista proposto por Luigi Ferrajoli forja um instrumental prático-teórico capaz de tutelar os direitos contra a irracionalidade do exercício do poder nas esferas pública ou privada, deslegitimando todo e qualquer modelo de controle social que privilegie a defesa social em detrimento dos direitos e garantias individuais.

Ferrajoli identifica em sua obra *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*, uma enorme distância entre a normatividade estabelecida no plano constitucional e a sua efetividade nos planos inferiores, levando à constatação de que esse modelo não passa de uma fachada de cunho ideológico. Apresenta-se, portanto, o garantismo jurídico como uma resposta capaz de combater esse nível de inefetividade na mesma proporção em que critica as culturas jurídicas e políticas que a têm sustentado, quase sempre sob o pálio da defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático.

O professor Sérgio Cademartori reconhece que a teoria geral do garantismo, embora pensada originariamente dentro da matriz penalista, se desincumbe satisfatoriamente da tarefa de formular os contornos do Estado de Direito ao mesmo tempo em que propõe um resgate de sua legitimação, acentuando que:

Em nível epistemológico, esta teoria embasa-se no conceito de *centralidade da pessoa*, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. Esta concepção instrumental do Estado é rica em conseqüências, tanto como teoria jurídica quanto visão política, dado que as mesmas vêem o Estado de Direito como artifício criado pela sociedade, que é logicamente anterior e superior ao poder político⁷⁶.

Nota-se que a teoria geral do garantismo jurídico está alicerçada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, tendo como objetivo maior a sujeição das práticas jurídicas à constituição, não apenas no aspecto formal, mas especialmente no plano material, como acentua Alexandre Morais da Rosa:

[...] a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantiar a mera democracia formal, para alcançar a *democracia material*, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos sob pena da

⁷⁵CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p.91.

⁷⁶Idem, ibidem.

deslegitimação paulatina das instituições estatais. [...] o *garantismo jurídico* baseia-se, desta feita, nos direitos individuais – vinculados à tradição *iluminista* – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais de liberdade, bem como do levante *neoliberal*⁷⁷.

De acordo com os estudos de Luigi Ferrajoli, a crescente crise do Direito pode ser vista sobre três aspectos: como uma *crise da legalidade*, que poderia ser caracterizada pela usurpação do exercício do poder, corroborada pela ausência de mecanismo eficiente de controle por parte dos titulares; uma *crise do Estado Social*, notabilizada pela não realização das promessas de bem estar social, em decorrência da inadequada estrutura das formas de Estado de Direito e, finalmente, uma *crise do Estado Nacional*, pela alteração do sistema de fontes das quais emergem a soberania, resultando num enfraquecimento do constitucionalismo⁷⁸.

Essas três formas de crise do Direito representam considerável risco para a democracia, pois em todos os níveis referidos se verifica um grave ataque ao princípio da legalidade, ou seja,

[...] da sujeição à lei dos poderes públicos, princípio esse sobre o qual se fundam quer a soberania popular, quer o paradigma do Estado de Direito; e permite a reprodução, no seio dos nossos ordenamentos, de formas neo-absolutistas de poder público, isentas de limites e de controles e governadas por interesses fortes e ocultos⁷⁹.

A superação das inclinações neo-absolutistas do Estado de Direito atual, refletidas em normatividades de emergência e de exceção, pode-se dar a partir do resgate da dimensão democrática do Estado de Direito Constitucional, cuja tarefa se apresenta como menos árdua do que aquela enfrentada no século XVIII pelo iluminismo jurídico, pois a razão jurídica da atualidade restou potencializada pelos progressos do constitucionalismo verificados no século passado, na medida em que projetou e construiu um Direito como um sistema artificial de garantias, constitucionalmente preordenado à tutela dos direitos fundamentais⁸⁰.

⁷⁷ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4.

⁷⁸FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistema de garantias**. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.89-91.

⁷⁹Idem, p.91.

⁸⁰Idem, p. 93.

Nesse contexto, a teoria garantista, na visão do professor Sergio Cademartori, propõe “um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação”⁸¹. Para o modelo garantista, os conteúdos substanciais do Direito também são programados, assim como suas formas de produção, encontrando-se vinculados normativamente aos princípios e valores presentes nas constituições, através de técnicas de garantias. A afirmação dessa nova ordem teórica opera profundas modificações no esquema juspositivista clássico, em pelo menos quatro dimensões:

a) ao nível da Teoria do Direito, onde esta dupla artificialidade comporta uma revisão da teoria da validade, baseada sobre a dissociação entre validade e vigência e sobre uma nova relação entre a forma e substância das decisões; b) ao nível da teoria política, onde comporta uma revisão da concepção puramente processual da democracia e o reconhecimento da sua dimensão substancial; c) ao nível da teoria da interpretação e da aplicação da lei, onde comporta uma redefinição do papel do juiz; d) ao nível, enfim, da metateoria do Direito, e portanto do papel da ciência jurídica, que é investida de uma função já não simplesmente descritiva, mas também crítica e criativa (*progettuale*) em relação ao seu objeto⁸².

2.2 OS SIGNIFICADOS DO TERMO GARANTISMO

Luigi Ferrajoli reconhece que a teoria do garantismo jurídico, embora geralmente adotada pelas Constituições como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva, revela-se largamente desatendida na prática, correndo o risco de ser relegada à função de simples referência, com mera função de mistificação ideológica. Contudo, a sua transposição teórica da seara penal, onde se originou, para outros campos do Direito, fez com que o termo “garantismo” pudesse ser compreendido sob três diferentes significados, embora conexos entre si, quais sejam: um modelo normativo de Direito; uma teoria crítica do Direito; e uma filosofia do Direito e crítica da política.

Enquanto modelo normativo de Direito, o garantismo identifica-se no direito penal ao princípio da estrita legalidade, modelo próprio do Estado de direito, comportando subdivisões em três planos: *epistemológico*, caracterizando-se como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; *político*, revelando-se como uma técnica de tutela que pode minimizar a violência e maximizar a liberdade e, finalmente, no plano *jurídico* como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Desse modo, a caracterização de um sistema jurídico como garantista requer a sua conformação

⁸¹CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p. 91.

⁸²FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., p. 93.

normativa com esse modelo, acrescido de uma circunstância inseparável: a sua satisfação efetiva⁸³.

Na medida em que se o reconhece como um modelo limite, torna-se mais adequado identificar o grau de garantismo presente em cada sistema, analisando o modelo constitucional em face do seu efetivo funcionamento, em vez da simples rotulação dos sistemas como garantistas ou antigarantistas. Ferrajoli conclui com precisão:

E mensuraremos a adequação de um sistema constitucional, sobretudo pelos mecanismos de invalidação e de reparações idôneos, de modo geral, a assegurar efetividade aos direitos normativamente proclamados: uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de garantias – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo⁸⁴.

A concepção do garantismo como uma teoria crítica do direito resulta na formulação de uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência normativas, cujos termos devem receber tratamentos diferenciados, já que não guardam identidades entre si. Importa nesse quadrante captar a divergência existente entre os modelos normativos com suas tendências garantistas em face das práticas efetivas, as quais possuem tendências opostas. Do confronto dessas tendências, observa-se que os modelos normativos, embora válidos, são ineficazes; ao passo que as práticas efetivas, embora inválidas, são eficazes. Essa abordagem permite diferenciar o ser e o dever-ser *no* Direito, propondo uma nova definição para os conceitos tradicionais de validade, vigência, legitimidade e eficácia. Inaugura-se, assim, uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, lançando críticas internas, científicas e jurídicas ao plano jurídico positivo em vigor, legitimando ou deslegitimando as normas existentes.

Numa terceira dimensão, o garantismo designa uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado uma justificação externa “com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”⁸⁵. Pressupõe a distinção entre Direito e moral, entre validade e justiça, valoração do ordenamento do ponto de vista interno e externo ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” *do* direito⁸⁶. Nota-se que a assunção de um critério de valoração do ordenamento sob o ponto de vista externo ou ético-político, como propõe

⁸³FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2.ed. revista e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.786.

⁸⁴Idem, p. 786.

⁸⁵Idem, p. 787.

⁸⁶Idem, *ibidem*.

Ferrajoli, guarda pertinência com o pensamento iluminista que remonta as origens do moderno Estado de direito e se refere a um olhar de baixo ou *ex populi*, ao contrário do ponto de vista interno ou jurídico que parte do alto ou *ex parte principis*.

2.2.1 A Teoria Geral do Garantismo Jurídico e seus Elementos

As três dimensões do garantismo acima anunciadas e que serão aprofundadas adiante, inicialmente voltadas para o campo do Direito penal, permitem delinear uma teoria geral do garantismo, que tem como pressuposto metodológico principal a separação entre Direito e moral, e entre ser e dever ser, cujos elementos, segundo Ferrajoli, são:

o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e um certo grau irreduzível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes⁸⁷.

Comportando aplicação em todos os setores do ordenamento, a teoria geral do garantismo jurídico permite a elaboração, para qualquer ramo do Direito, com referência a outros direitos fundamentais e a outras técnicas ou critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade estruturalmente análogos ao penal. Nesse contexto, além de sustentar uma crítica ao positivismo, a referida teoria geral do garantismo jurídico lança também críticas às ideologias, não só às de matrizes jusnaturalistas ou ético-formalistas, que confundem, no plano político externo, a justiça com o Direito, ou pior, vice-versa; mas igualmente às ideologias jurídicas, sejam normativas ou realistas, que de seu turno entrelaçam, no plano jurídico interno, a validade com a vigência ou, ainda, a efetividade com a validade.

2.3 GARANTISMO COMO MODELO NORMATIVO DE DIREITO

Esta primeira acepção do garantismo permite desvendar o modo de funcionamento do moderno Estado de direito, o qual pode ser compreendido, conforme sugere Norberto

⁸⁷Idem, p.788.

Bobbio, a partir das expressões: governo *per leges* (mediante leis gerais e abstratas), ou governo *sub lege* (submetido às leis).

De acordo com as observações de Antonio Peña, o governo *per leges* se expressa mediante leis predominantemente gerais e abstratas, e não por meio de atos particulares, privilégios, ou estatutos pessoais.⁸⁸ Além disso, para o mesmo autor, a produção normativa deve ter sua gênese na vontade geral, entendida num sentido muito amplo, a fim de evitar que governos absolutistas ou autoritários, apenas pela circunstância de produzirem leis gerais e abstratas, possam ser considerados como Estados de Direito.

Nesse contexto, a generalidade e a abstração das normas atendem à exigência de igualdade, enquanto sua emanção como fruto da vontade geral satisfaz à exigência de liberdade como autonomia ou como determinação autônoma não autoritária, como conclui Sergio Cademartori:

A lei, assim, assinala a cada um de forma objetiva e geral o seu âmbito de atuação, suas possibilidades e limites na sua relação com os outros e com a sociedade, além de ser um limite intransponível ao exercício do poder, não podendo este agir à margem da norma, mas sim dentro dos limites traçados pela mesma⁸⁹.

Por outro lado, o poder *sub lege* pode ser tomado em sentido fraco, lato ou formal, significando que qualquer poder deve ser conferido por lei e exercido mediante formas ou procedimentos por ela estabelecidos. Entretanto, esse mesmo poder também pode ser empregado em sentido forte, estrito ou substancial, para se considerar que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só em sua forma, mas igualmente em relação ao seu conteúdo. Nessa linha de compreensão, arremata Ferrajoli:

No primeiro sentido são Estados de direito todos os ordenamentos, mesmo autoritários, ou, pior, totalitários, os quais, em todo caso, *lex facit regem* e o poder tem uma fonte e uma forma legal; no segundo sentido, que implica o primeiro, são, ao invés, somente os Estados constitucionais — e em particular aqueles Estados de Constituição rígida, como é tipicamente o italiano —, os quais incorporam, nos níveis normativos superiores, limites não somente formais, mas, também, substanciais ao exercício de qualquer poder⁹⁰.

O conceito original de Estado de Direito sofreu uma mutação substancial, não mais podendo ser identificado como aquele simplesmente organizado e limitado pelo Direito. “[...]”

⁸⁸PEÑA, Antonio. Apud CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p. 6.

⁸⁹CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p. 12.

⁹⁰FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p.790.

agora, tem-se uma nova potestade soberana incapaz de deter-se ante limites normativos postos pelos fautores do modelo inicial”⁹¹. Dá-se o nome de Estado Garantista aos Estados de Direitos Constitucionais que tenham uma constituição rígida e que nos níveis normativos superiores apresentam limites formais e substanciais ao exercício dos poderes. Esse modelo nascido com as modernas Constituições, na concepção de Ferrajoli, encontra-se assim caracterizado:

a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público — legislativo, judiciário e administrativo — está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdades e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária⁹².

Essas duas condições constituem-se, respectivamente, em fontes de legitimação formal e substancial e quando exercitadas fazem com que inexistam, no Estado de Direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle. Todos os poderes são limitados formal e materialmente pelos deveres jurídicos, de modo que sua violação causa a invalidade jurídica do ato e expõe seus autores a responsabilidade, haja vista que:

[...] a *mera legalidade*, limitando-se a subordinar todos os atos às leis, quaisquer que sejam, coincide com a sua legitimação formal, enquanto a *estrita legalidade*, subordinando todos os atos, inclusive as leis, aos conteúdos de direitos fundamentais, coincide com a sua legitimação substancial⁹³.

Reconhecer os limites substanciais impostos pela Constituição assume grande importância em vista de alguns problemas comuns a todas as democracias avançadas, como a crescente desordem do estado contemporâneo, causada não só pelo aumento das demandas na vida social e econômica — que costumam desencadear práticas discricionárias no processo de sua satisfação — mas também pela redução de capacidade de regulação do direito, a inadequação e a falta de efetividade de suas técnicas de garantia e pela tendência do poder político de se furtar aos controles jurídicos.

⁹¹CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p.15.

⁹²FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., p790.

⁹³Idem, p.791.

Nesse ponto, o modelo garantista ultrapassa o puro procedimento, suplantando a mera formalidade, para chegar a uma democracia substancial, na qual os Direitos Fundamentais assumem um papel preponderante, pois propiciam a mensuração da concretização da Constituição. Sergio Cademartori afirma que os “direitos fundamentais”, originários da positivação de direitos naturais, sustentam as democracias modernas, acentuando que:

A legitimidade democrática dos governos contemporâneos passa assim a ser medida pelo respeito e pela implementação desses direitos por meio de mecanismos de legalidade, erigida esta em instrumento privilegiado de concretização dos valores fundamentais que são plasmados por meio daqueles⁹⁴.

Com efeito, o constitucionalismo moderno, além dos direitos consagrados pela tradição liberal, notabilizados por deveres públicos de *não fazer*, concebeu outros direitos fundamentais que passaram a ser denominados de direitos sociais ou materiais, os quais se constituem em expectativas de comportamentos alheios, e que correspondem obrigações, ou deveres públicos *de fazer*. Denota-se, portanto, uma ampliação da concepção liberal de Estado de Direito para, através da incorporação de obrigações que requerem prestações positivas, sustentar o Estado de Direito social, com a obrigação de “remover as desigualdades sociais, de promover as condições que tornem efetivo o direito ao trabalho, de proteger as minorias lingüísticas, de assegurar a instrução e a saúde, de manter e assistir os inaptos ao trabalho e quantos forem desprovidos dos meios de subsistência”⁹⁵.

A regra de que *nem sobre tudo se pode decidir, nem sequer por maioria*, que sempre caracterizou o Estado liberal, assume no Estado Democrático de Direito uma nova dimensão, consistente em que *nem sobre tudo se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria*. Alexandre Morais da Rosa observa que:

[...] os vínculos do *Estado Democrático de Direito*, de viés *garantista*, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecível. Em outras palavras, nem mesmo por maioria pode-se violar/negar os *Direitos Fundamentais* dos indivíduos que não foram alienados no momento da criação do *Estado Civil*⁹⁶.

⁹⁴CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p. 25.

⁹⁵FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p.792.

⁹⁶ROSA, Alexandre Morais da. Op.cit., p.5.

Compreender a relação entre Estado de Direito e democracia política nos ordenamentos modernos exige a apreensão do que vem a ser condições formais (legitimidade formal) e condições substanciais (legitimidade substancial) impostas ao exercício válido do poder. Ferrajoli esclarece:

Condições formais e condições substanciais de validade formam o objeto de dois diferentes tipos de regras: as regras sobre *quem* pode e sobre *como* se deve decidir, e as regras sobre o *que* se deve ou não se deve decidir. As regras do primeiro tipo dizem respeito à forma de governo, e as do segundo, à estrutura dos poderes. Da natureza das primeiras depende o caráter politicamente *democrático* (ou, ao invés, monárquico, ou oligárquico, ou burocrático) do sistema político; da natureza das segundas depende o caráter *de direito* (ou, ao contrário, absoluto, ou totalitário, ou seja, mais ou menos de direito) do sistema jurídico⁹⁷.

As regras que dizem respeito à forma de governo compreendem as competências e procedimentos, de modo que sua não observância afetará a própria existência das normas (não vigência). Por outro lado, as regras relativas à estrutura dos poderes garantem os direitos fundamentais dos cidadãos, sendo que a sua violação ocasiona a invalidade das normas produzidas. Da conjugação desses preceitos resulta que pode haver normas em vigor (porque em conformidade com as regras do primeiro tipo), porém inválidas, porque em contraste com os direitos fundamentais.

Essa técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos proposta pelo garantismo, na medida em que formula a esfera do indecidível, acaba por conceber uma conotação estrutural e substancial da democracia, impedindo a supressão da minoria em temas com sobrevivência e subsistência. A democracia formal ou política, baseada exclusivamente no princípio da maioria como fonte de legalidade cede passagem para a democracia social ou substancial pertinente ao Estado de Direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais como sociais. Os direitos dos cidadãos são ampliados, assim como os deveres do Estado em satisfazê-los, resultando numa maximização das liberdades e das expectativas materiais, com a minimização dos poderes públicos, sem que isso possa significar uma simplificação institucional do Estado, com adverte Ferrajoli:

Inútil dizer que um similar projeto requer do sistema político um aumento de complexidade institucional, e não, decerto, uma simplificação, ou pior, uma extinção do Estado como desejariam, ao invés, as utopias delirantes da tradição anárquica e do marxismo-leninismo; e correlativamente exige, da ciência do direito, uma

⁹⁷FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p.791.

imaginação jurídica não menor do que aquela expressa pelo pensamento reformador iluminista em matéria de liberdade⁹⁸.

Não se pode olvidar que a ampliação dos direitos e garantias, bem como dos deveres públicos, aumentam as possibilidades de distanciamento entre normatividade e efetividade, entre validade e vigor, entre dever ser e ser do direito. Isto porque a enunciação de direitos, garantias e deveres públicos equivale à estipulação de valor, que guarda consigo um certo componente de utopia. Daí a paradoxal convivência com um certo nível de ilegitimidade jurídica do Estado de direito, decorrente das promessas formuladas nos níveis superiores e não mantidas em seus níveis inferiores, que nos remete à pertinente advertência de Norberto Bobbio no sentido de que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados⁹⁹.

Ferrajoli reconhece que a divergência entre dever ser e ser do direito faz parte da imperfeição do mundo, mas, ainda assim, os titulares dos direitos não satisfeitos podem, no plano jurídico, aproximar essas duas realidades, retirando a legitimidade dos poderes públicos, invalidando suas ações ou omissões ou mesmo vinculando-os às prestações correspondentes. A análise das formas desta perda da legitimação constitui um dos principais problemas teóricos de uma ciência jurídica garantista, pertinente ao segundo significado do termo “garantismo”.

2.4 GARANTISMO COMO TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

Nesta segunda acepção da teoria geral do garantismo jurídico, importa captar as distinções entre os termos vigência, validade e eficácia das normas (que devem ser tratados como diferentes entre si), a fim de se identificar os Estados que sigam esse modelo. Essa abordagem teórica permite estabelecer uma distinção entre ser e dever-ser *no* Direito, revelando a divergência existente entre os modelos normativos, com suas tendências

⁹⁸Idem, p.799.

⁹⁹BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.25.

garantistas, em contraposição às práticas efetivas, as quais evidenciam tendências antigarantistas¹⁰⁰.

Releva observar que o garantismo jurídico acrescenta a necessidade de se buscar também uma legitimidade jurídica substancial das normas inferiores, ou seja, um juízo de coerência e adequação às normas superiores, conforme esclarece Sergio Cademartori:

Esse modelo permite ao estudioso analisar um determinado sistema constitucional para verificar eventuais antinomias entre as normas inferiores e seus princípios constitucionais, bem como incoerências entre as práticas institucionais efetivas e as normas legais. A partir daí, poderá inferir-se o grau de garantismo do referido sistema, ou seja, o grau de efetividade da norma constitucional¹⁰¹.

Nesse contexto, a teoria do garantismo jurídico opera significativa alteração no esquema juspositivista clássico, que identifica a validade das normas com a sua existência, independentemente de qualquer juízo acerca de seu conteúdo. Significa dizer que na concepção formulada por teóricos como Hans Kelsen, a validade de determinada norma depende unicamente de sua integração num dado ordenamento, determinada pela sua conformidade com as normas, por sua vez integrantes desse ordenamento, que disciplinam a sua produção, consoante observa Luigi Ferrajoli, acrescentando:

Esta concepção puramente formal da validade é, a meu ver, fruto de uma simplificação, que, por sua vez, deriva de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado Constitucional de Direito a que nos referimos. O sistema das normas sobre a produção das normas — estabelecido geralmente, nos nossos ordenamentos, em nível constitucional — não se compõe efetivamente só de normas formais sobre a competência ou sobre o procedimento de criação das leis. Esse sistema inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de diversas formas limitam e vinculam o Poder Legislativo, vedando-lhe ou impondo-lhe determinados conteúdos¹⁰².

Pela concepção de Hans Kelsen, uma norma cujo conteúdo encontra-se em contradição com a Constituição mantém-se válida até ser declarada inválida pela forma determinada pelo próprio ordenamento jurídico. Assim sendo, denota-se que Kelsen adotou uma presunção geral de legitimidade de modo a identificar todas as normas vigentes como válidas, valorizando a forma em detrimento do conteúdo das mesmas.

¹⁰⁰CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p.97-98.

¹⁰¹Idem, p. 97.

¹⁰²FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). Op.cit., p.95.

Mantendo-se distante das questões valorativas, Hans Kelsen ressaltou a distinção entre o mundo do ser, relacionado às ciências naturais e regido pela lei da causalidade, e o mundo do dever-ser, ao qual pertence o Direito, regulado pela lei da imputação, segundo a qual a norma jurídica traz um juízo hipotético de determinada conduta que, quando concretizada, provoca a aplicação da respectiva sanção. A aplicação da norma jurídica se dá conforme sua hierarquia, representada estruturalmente por uma pirâmide em cujo ápice encontra-se uma norma pressuposta (*Grundnorm*), servindo como fonte e fundamento de validade comum de todas as demais normas positivadas no sistema, inclusive a própria Constituição. Para a Teoria Pura do Direito, não se afere a validade de uma norma jurídica pela avaliação do seu conteúdo, mas sim pela constatação de que tenha sido criada de uma forma determinada, obedecendo ao critério formal previamente estabelecido, como sustenta Hans Kelsen:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um conteúdo, quer dizer, porque seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada — em última análise — por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito¹⁰³.

Como Ciência do Direito, a teoria kelseniana assume um papel descritivo que tem o propósito de conhecer seu objeto e descrevê-lo. Nesse contexto, portanto, o objeto desta Ciência é o Direito positivo entendido como uma ordem normativa e coercitiva globalmente eficaz. Chamon Junior observa que pouco importa “o conteúdo deste Direito: quanto a este conteúdo, a Ciência não pode emitir qualquer juízo de valor, mas tão-somente descrevê-lo enquanto conhecimento: do contrário não seria Ciência do Direito, mas Política”¹⁰⁴.

Antonio Carlos Wolkmer anota que juristas marxistas assinalam que os postulados da neutralidade valorativa e da pureza metódica encobrem uma elaboração de cunho ideológico-burguês, apropriada à imutabilidade de qualquer *status quo* vigente, acentuando:

Em síntese, pode-se chegar à conclusão de que o rígido formalismo de Kelsen reflete certa posição dominante das ciências humanas, em determinado momento do desenvolvimento político-econômico das sociedades burguesas liberais

¹⁰³KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 221.

¹⁰⁴CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.38.

contemporâneas. Porquanto, ainda que se busquem teorizações aparentemente conformistas e não engajadas aos ditames dessas sociedades, na verdade, sob tais fórmulas técnicas, ocultam-se ideologias e intentos do próprio jogo da “neutralidade”, objetivando fins “impuros”. De fato, a suposta “cientificidade” e a propalada “neutralidade” kelsenianas não deixaram de ser também ideologias, pois sua “Grundnorm” transformou-se em instrumento de legitimação de inúmeras ordens político-jurídicas: tanto de Estados do capitalismo liberal-burguês quanto de Estados que viveram certo tipo de socialismo burocrático¹⁰⁵.

Sérgio Cademartori resume a relação kelseniana entre validade e eficácia, esclarecendo que a validade não se confunde com eficácia, mas esta é condição daquela, já que a norma sem eficácia perde sua validade (fenômeno da *dessuetude*). Assim, “a eficácia sustenta indiretamente a validade da norma, dado que somente pode postular-se validade de uma norma isolada quanto ela pertencer a um ordenamento que, este sim, deve ser eficaz para ser obedecido”¹⁰⁶.

O garantismo jurídico, enquanto teoria crítica do direito, estabelece novas definições para as categorias tradicionais das normas jurídicas, rompendo com o modelo puramente formal do positivismo kelseniano revelado nas linhas anteriores, especialmente no ponto em que os conceitos de vigência e validade são entrelaçados como se fossem uma mesma realidade, sem atenção para a distinção relativa à natureza formal da primeira e material da segunda. Com efeito, acentua Luigi Ferrajoli ser “tarefa — não só civil e política, mas antes científica — do jurista valorar a validade ou invalidade das normas sob a base dos parâmetros de validade, tanto formais quanto substanciais, ditadas pelas normas jurídicas a elas superiores”¹⁰⁷. A legitimidade interna do sistema encontra-se segmentada em legitimidade jurídica formal (vigência) e legitimidade jurídica substancial (validade), que se refere aos conteúdos prescritos pelas normas superiores. Desse modo, as normas vigentes (existentes) no Estado de Direito podem ser válidas ou inválidas, e eficazes ou ineficazes.¹⁰⁸ Esse arcabouço teórico construído pelo garantismo enseja as distinções entre quatro diferentes predicados que se podem imputar às normas: justiça, vigência, validade e eficácia (efetividade), conforme escreve Sérgio Cademartori:

a) uma norma é “justa” quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico);

¹⁰⁵WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.166.

¹⁰⁶CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p. 97.

¹⁰⁷FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p.63.

¹⁰⁸CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p.100.

- b) uma norma é “vigente” quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;
- c) uma norma é “válida” quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;
- d) uma norma é “eficaz” quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).¹⁰⁹

Essa realidade conceitual forjada pelo garantismo jurídico repercute profundamente no papel reservado ao jurista, especialmente ao juiz, no Estado Constitucional de Direito, rompendo com o dogma de que todas as leis vigentes devem ser aplicadas, como decorre do pensamento juspositivista. É que uma determinada norma, embora vigente, pode ser inválida, porque não mantém coerência com os valores consagrados na Constituição, razão pela qual não deve ser aplicada pelo juiz. Confere-se ao juiz o dever e a responsabilidade de valoração da norma, devendo por isso mesmo escolher somente os significados compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos, cuja técnica Ferrajoli chamou de “jurisprudência alternativa”, pretendendo significar:

[...] interpretação da lei conforme a constituição e, quando a contradição é insanável, dever do juiz de declarar a invalidade constitucional; portanto, já não uma sujeição à lei de tipo acrítico e incondicional, mas sim sujeição, antes de mais, à constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas por meio da sua reinterpretação em sentido constitucional ou a sua denúncia por inconstitucionalidade¹¹⁰.

Denota-se que a proposta da teoria garantista refuta o preceito do positivismo dogmático, no qual o jurista dedica ao ordenamento jurídico um olhar meramente contemplativo e o juiz remete a sentença à condição de mero exercício de silogismo, sem qualquer capacidade de responder às expectativas das sociedades contemporâneas.

2.5 GARANTISMO COMO FILOSOFIA POLÍTICA

Esta terceira acepção do termo garantismo permite estabelecer a crítica e a deslegitimação das instituições jurídicas positivas por meio de uma doutrina filosófico-política, alicerçada numa rigorosa distinção entre direito e moral, validade e justiça, ponto de vista externo (ético-político) e ponto de vista interno (jurídico).

Sérgio Cademartori registra que:

¹⁰⁹Idem, p.101-102.

¹¹⁰FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). Op.cit., p.101.

[...] o garantismo designa também uma filosofia do direito e crítica da política, condensando-se uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática coerente com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência¹¹¹.

Para melhor compreensão do resultado que emerge da opção entre os pontos de vista interno e externo e que conduzem aos princípios de legitimação jurídica ou moral, Luigi Ferrajoli lança mão das doutrinas forjadas pela filosofia política e denominadas por Niklas Luhmann de “autopoéticas” e “heteropoéticas”, embora atribuindo a estas expressões significados diversos daqueles empregados Luhmann. Demonstra que as doutrinas do primeiro tipo justificam o Direito e o Estado como bens ou valores intrínsecos, fundando os sistemas políticos sobre si mesmas, enquanto as do segundo tipo “fundam as suas finalidades sociais, justificando as instituições políticas e jurídicas, males necessários para a satisfação dos interesses vitais dos cidadãos”¹¹².

O ponto de vista das doutrinas autopoéticas é exclusivamente interno do Estado, que, enquanto fim ou valor, subordina a si mesmo, seja a sociedade, sejam os indivíduos. Por outro lado, as doutrinas do segundo tipo visualizam externamente a sociedade e as pessoas que a compõem, conferindo ao Estado um papel instrumental para tutela dos interesses daquelas.

Eis o que diz o referido autor italiano:

Para as doutrinas autopoéticas, o Estado é um fim, e encarna valores ético-políticos de característica supra-social e supra-individual cuja conservação e reforço para o direito e os direitos não de ser funcionalizados. Para as doutrinas heteropoéticas, ao invés, o Estado é um meio, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola¹¹³.

Sérgio Cademartori registra que as doutrinas autopoéticas de legitimação política postulam princípios legitimadores *ex parte principis* (do alto), assumindo “o princípio da legalidade não só como princípio jurídico interno, mas como princípio axiológico externo, reduzindo a legitimidade política à legalidade jurídica, atribuindo valor às leis em função de sua forma ou de sua fonte (*duce* ou partido, por exemplo)”.¹¹⁴ Ferrajoli, por sua vez,

¹¹¹CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p.203.

¹¹²FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p.812.

¹¹³Idem, ibidem.

¹¹⁴CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p. 213.

exemplifica como doutrinas de legitimação deste tipo aquelas que fundam a soberania do Estado sobre identidades metafísicas e meta-históricas, como Deus, a religião, a natureza e similares.¹¹⁵

Por outro lado, para as doutrinas heteropoiéticas de legitimação do estado e do direito, o estado é um meio que se legitima unicamente pela finalidade de preservar e promover os direitos e garantias individuais, assumindo um ponto de vista externo ao estado, que parte da sociedade e dos indivíduos que a compõem, os quais são os fins e valores que instituem o estado para sua defesa, resultando numa legitimação *ex parte populis* (de baixo para cima). O direito e o estado foram criados pelo homem como poderes e normas que têm por finalidade proteger os interesses vitais dos indivíduos¹¹⁶.

Sérgio Cademartori ressalta e compara as características das doutrinas heteropoiéticas e autopoiéticas para depois arrematar:

O Estado de Direito é caracterizado politicamente pelo garantismo de Ferrajoli como um modelo de ordenamento justificado ou fundamentado por fins completamente externos, geralmente declarados em forma normativa por suas Constituições, mas sempre de forma incompleta, e a política é vista como dimensão axiológica (externa) do agir social, servindo de critério de legitimação para a crítica e a mudança do funcionamento de fato e dos modelos de direito das instituições vigentes.¹¹⁷

Contudo, impõe-se a advertência de que, para o garantismo jurídico, há uma irreduzível e inescapável ilegitimidade dos poderes no Estado de Direito, em qualquer uma das suas subdivisões: o Poder Judiciário, ao aplicar a lei ao caso concreto a título de cumprir a sua função típica, age com certa parcela de discricionariedade; o Poder Legislativo, afetado pela ausência de mandatos imperativos e a inexistência de mediações burocráticas partidárias, assume uma representação aproximativa e imperfeita, enquanto o Poder Executivo regula as relações econômicas e sociais a seu talante, aproveitando-se do deficiente controle parlamentar, exercendo amplamente uma capacidade normativa de conjuntura¹¹⁸.

Observa, ainda, Sérgio Cademartori que a aferição da legitimidade dos poderes realizada pelo garantismo é sempre *a posteriori* e contingente, relativamente a cada um dos seus atos singulares, de modo que “a legitimidade política é sempre mensurável em *graus*,

¹¹⁵FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p. 813.

¹¹⁶CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p. 213-214.

¹¹⁷Idem, p.215.

¹¹⁸ Idem, ibidem.

dependendo da efetiva realização das funções externas de cada um dos poderes”.¹¹⁹ A crítica formulada pelo garantismo às teorias tradicionais tem fundamento na medida em que elas se transformaram em ideologias de legitimação, aparentando-se não como parâmetros, mas como fonte de legitimação absoluta dos sistemas políticos sustentados em seu nome. Conclui o referido autor:

Assim, “democracia”, “liberalismo” e “socialismo” mudaram as funções ideais do estado pelas reais, o dever-ser político pelo ser de fato dos poderes institucionais. Dessa forma, o estado e o direito perdem seu caráter instrumental para transformar-se em fins em si mesmos¹²⁰.

2.6 O PONTO DE VISTA EXTERNO

O modelo de legitimidade apregoado pelo garantismo jurídico parte da concepção de que o direito e o estado são instrumentos a serviços de fins, valores, interesses e vontades exteriores aos mesmos. Luigi Ferrajoli explicita que o “ponto de vista externo” quer dizer, sobretudo, ponto de vista das pessoas (dos cidadãos), cuja análise metateórica conduz aos direitos fundamentais, permitindo elucidar “o significado em ordem às relações entre cidadão e Estado, entre direitos fundamentais e poderes e entre conservação e mudança dos sistemas jurídicos”¹²¹.

Na medida em que se assume a pessoa humana como valor, respeitando-se a pluralidade de ponto de vista externo de cada um dos cidadãos, as bases da tolerância vão sendo construídas. Sérgio Cademartori ressalta que “esse valor atribuído à pessoa e o conseqüente valor da igualdade são elementos componentes do princípio da *igualdade jurídica* em sua formulação moderna, princípio esse que para Luigi Ferrajoli inclui as *diferenças pessoais* e exclui as *diferenças sociais*”¹²².

Numa primeira concepção, a igualdade consiste na atribuição de um valor de modo indiferente a cada uma das pessoas, sem qualquer distinção, a exemplo do que preceitua o *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal Brasileira de 1988. Luigi Ferrajoli acentua que, nesse sentido, não há antinomia entre igualdade e diferença, ao contrário, elas implicam-se mutuamente:

¹¹⁹Idem, p. 216.

¹²⁰ Idem, *ibidem*.

¹²¹FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p.834.

¹²²CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p.216-217.

O valor da igualdade, segundo esta primeira acepção, consiste precisamente no igual valor atribuído a todas as diferentes identidades que fazem de *qualquer pessoa um indivíduo diverso e de qualquer indivíduo uma pessoa como todas as outras*. E vale, desta forma, a individualizar os confins dessa tolerância, a qual reside no respeito de todas as diferenças que formam as diversas identidades das pessoas, como do *intolerável*, que ao contrário reside a inadmissibilidade de suas violações¹²³.

Em um segundo sentido, as diferenças já não decorrem do reconhecimento das diversas identidades das pessoas, resultando em privilégios ou reais discriminações sociais intoleráveis além de certos limites, posto que capazes de gerar deformidades em suas identidades, determinando a desigualdade. É de se observar, contudo, que o limite entre tolerância e intolerância neste caso é bem mais incerto, posto que nem todas as desigualdades jurídicas são de fato intoleráveis, mas apenas aquelas que obstam a vida, a liberdade, a sobrevivência e o desenvolvimento das outras pessoas, circunstância que resulta em um dos mais difíceis problemas da filosofia jurídica e política¹²⁴. Pode-se exemplificar esta segunda concepção com o preceito contido no artigo 3º, inciso III, da Constituição Brasileira, quando se propõe a “[...] reduzir as desigualdades sociais [...]”¹²⁵, a título de objetivo fundamental adotado pelo país.

A primeira concepção, denominada por Luigi Ferrajoli de *igualdade formal ou política*, parte do pressuposto de que os homens devem ser considerados iguais (abstraindo as suas diferenças pessoais, tais com raça, sexo, língua, religião etc). Por outro lado, a segunda concepção, foi denominada por ele de *igualdade substancial ou social*, sustentando-se que as diferenças sociais devem ser levadas em conta, mas os homens devem ser igualados na medida do possível¹²⁶. Nesse contexto, arremata Luigi Ferrajoli:

Convirá chamar “diferenças” às diversidades do primeiro tipo, e “desigualdades”, às do segundo. Uma devem ser reconhecidas para serem respeitadas e garantidas; as outras também, mas para serem removidas ou, ao menos, o mais possível compensadas¹²⁷.

Importa acentuar que, para Luigi Ferrajoli, a igualdade jurídica, tanto formal quanto substancial, pode ser definida como *igualdade nos direitos fundamentais*. São através deles

¹²³FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p.834.

¹²⁴Idem, 2006, p. 835.

¹²⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹²⁶CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p.217.

¹²⁷FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p.835.

que a igualdade é assegurada ou perseguida, de modo que as garantias dos direitos de liberdade (ou “direitos de”) asseguram a igualdade formal ou política, enquanto as garantias de direitos sociais (“direitos a”) consentem a igualdade substancial ou social. Uma tutelam as diferenças, das quais postulam a tolerância; as outras removem ou compensam as desigualdades que postulam como intoleráveis¹²⁸.

Sérgio Cademartori sintetiza a concepção de Luigi Ferrajoli sobre igualdade nos seguintes termos:

Em conseqüência, o direito à igualdade é concebido por Ferrajoli como um metadireito, tanto no que respeita à liberdade, assegurada pelos direitos de liberdade, quanto à fraternidade, pretendida pelos direitos sociais. Dessa forma, redefine ele os direitos fundamentais como “aqueles direitos cuja garantia é igualmente necessária para satisfazer o valor das pessoas e para realizar a sua igualdade”.¹²⁹

Há que se reconhecer, contudo, que o estabelecimento de um modelo teórico do Estado de Direito, mediante cuidadosa edificação de seus princípios, e que posteriormente serão traduzidos em normas constitucionais suficientemente claras a fim de ditar a legitimidade de quaisquer normas inferiores, não é tarefa difícil se comparada à árdua missão de “modelar o sistema de garantias na prática, desenvolvendo-as e defendendo-as”, como bem observa Cademartori:

À obviedade, o Estado de Direito Real pouco tem a ver com o modelo garantista aqui delineado, o qual constitui-se num tipo ideal nos moldes weberianos, um ideal ao qual o Estado de Direito, com o qual tem-se de lidar, deve sempre tender, mantendo os homens a consciência de que esse ideal é inatingível¹³⁰.

Forjar novas garantias e torná-las efetivas é muito mais uma missão fática e política do que jurídica, posto que depende de uma vontade política, de uma predisposição dos poderes públicos para reconhecer a pessoa humana como o centro de suas atenções. Em verdade, trata-se de um processo construtivo que brota na intimidade da própria sociedade, a partir de sua capacidade de articulação para fazer valer os seus direitos e manter a dignidade que lhe é peculiar. É necessário, portanto, que cada cidadão adquira a consciência de que as aspirações da sociedade jamais serão alcançadas enquanto ela permanecer numa posição de repouso, apenas à mercê da força de um “bom poder”.

¹²⁸Idem, *ibidem*.

¹²⁹CADEMARTORI, Sérgio. *Op.cit.*, p.218.

¹³⁰Idem, *ibidem*.

Em última instância, “isso implica lutar pela construção de um completo sistema de garantias que possa refrear o poder, neutralizando-o, instrumentalizando-o e, no limite, deslegitimando-o”,¹³¹ para fugir daquilo que Luigi Ferrajoli denomina de “falácia politicista”, que consiste em imaginar:

[...] que basta a força de um poder bom para satisfazer as funções de tutela atribuídas ao direito, e mesmo antes que possa existir um poder bom, isto é, capaz de desempenhar tais funções sem a mediação dos complexos sistemas normativos de garantias em grau de limitá-lo, vinculá-lo, funcionalizá-lo, e na hipótese de deslegitimá-lo e neutralizá-lo¹³².

Nessa mesma linha de compreensão e de maneira justaposta à “falácia politicista”, pode-se encontrar a “falácia garantista”, que, conforme observa Sérgio Cademartori, consiste em imaginar que:

[...] baste ter-se um sistema normativo adequado e pleno de garantias para que os poderes públicos sejam contidos em sua tendência antigarantista e, mais ainda, promovam a satisfação das carências materiais da sociedade. A missão do Estado de Direito não se esgota no plano normativo, é necessária a contínua luta social — isto é, fática e política — para assegurar o cumprimento do cometido estatal¹³³.

As duas falácias precedentemente invocadas são refutadas por Luigi Ferrajoli, que considera a primeira um vício ideológico induzido habitualmente pelos sistemas políticos autoritários, baseados na valoração apriorística do poder político e na desvalorização das garantias, enquanto a segunda representa uma tentação recorrentemente induzida pela mesma estrutura garantista do Estado de direito, acrescentado que o primeiro vício é mais difundido na seara política e, o segundo, entre os juristas¹³⁴.

O que aproxima o Estado Real de Direito ao seu modelo teórico são as garantias materiais, consubstanciadas nas garantias políticas, que resultam de uma postura obsequiosa dos poderes públicos em relação aos valores consagrados na constituição, bem como nas garantias sociais, reveladas na luta da sociedade para “manter as garantias liberais e obter as sociais, já que nenhuma garantia jurídica pode sustentar-se apenas em sua formulação normativa; e nenhum direito fundamental pode subsistir sem a luta pela sua realização

¹³¹ Idem, p.219.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p. 866.

¹³³ CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p.219.

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p.866.

concreta”.¹³⁵ Com efeito, Luigi Ferrajoli adverte que: “[...] em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada”¹³⁶.

Em sintonia com essa advertência, Sérgio Cademartori recomenda que o conjunto da sociedade, consciente da importância civilizatória que o modelo normativo do Estado de Direito encerra, deva resgatar a cada dia a legitimidade deste, denunciando os seus vezos de ilegitimidade, acrescentando que:

[...] o mecanismo de limitação do poder que o Estado Constitucional de Direito representa é uma conquista do processo iluminista-racionalista, que não deve ceder aos embates de forças irracionais, sejam elas provenientes de eventuais tendências obscurantistas, sejam provenientes de lógicas de mercado que nada dizem com a dignidade humana”¹³⁷.

Luigi Ferrajoli reporta-se a uma norma da Constituição francesa do ano III, que enuncia dois tipos de garantias externas: a garantia política da “fidelidade” dos poderes públicos e a garantia social da “vigilância” dos cidadãos. A primeira garantia consiste no respeito por parte dos poderes públicos, em primeiro lugar, aos direitos fundamentais, de modo que sua não observância retira a efetividade do direito e torna impotentes as garantias jurídicas, enquanto a segunda assume a condição de efetividade de todo o ordenamento e de seu sistema normativo de garantias jurídicas e políticas.

Relativamente à primeira garantia, há que se compreender que a gestão do poder não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de tutela de satisfação dos direitos fundamentais¹³⁸. Hannah Arendt, que estudou profundamente o totalitarismo no século XX, afirma que “todas as instituições políticas são manifestações e materializações de poder; elas se petrificam e entram em decadência tão logo o poder existente do povo cessar de dar-lhes suporte”¹³⁹. De seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello, após destacar curial distinção que permeia as formas de expressão da autonomia administrativa nas searas pública e privada, expressa a exata dimensão do que se deve entender por função pública:

Existe função quando alguém está investido do *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol de *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes

¹³⁵CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p.220.

¹³⁶FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p.867.

¹³⁷CADEMARTORI, Sérgio. Op.cit., p.220.

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p. 868-869.

¹³⁹ARENDR, Hannah. Apud JUSTEN FILHO, Marçal. In: **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6.

requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são *instrumentais* ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do *dever* posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “deveres-poderes”, no *interesse alheio*¹⁴⁰.

Portanto, a garantia política da “fidelidade” dos poderes públicos possui um pressuposto cultural e deontológico dirigido no sentido de gestão do poder não como um fim em si mesmo, mas como instrumento para satisfação dos direitos fundamentais, assumindo a noção de “ponto de vista externo”. Além disso, possui um amplo universo de outros pressupostos que, em última instância, consubstanciam-se em direitos fundamentais: a participação popular; a divisão de poderes e seu correspondente mecanismo de controle; o pluralismo político, que corresponde à necessidade de convivência numa multiplicidade de pontos de vistas externos; a transparência das ações governamentais; o controle judicial e político; o monopólio penal do uso da força, dentre outros valores positivados na Constituição¹⁴¹.

No que se refere à garantia social de “vigilância”, entende Luigi Ferrajoli que:

O seu fundamento pode ser identificado pelo sentimento que têm quaisquer dos próprios direitos fundamentais: que quer dizer o sentido da própria identidade de pessoa e da própria dignidade do cidadão. Este “amor próprio” equivale à assunção subjetiva daqueles valores da pessoa que pusemos na base dos direitos fundamentais. E constitui, com paradoxo aparente, o pressuposto cultural do sentido da igualdade, como também da solidariedade e do respeito civil de outras identidades da pessoa¹⁴².

Importa observar que todos os direitos fundamentais foram conquistados a custo de exaustivas lutas, merecendo ser exercitados e defendidos permanentemente, sob pena de se assistir ao seu atrofiamento. Essa responsabilidade, que perpassa a esfera individual de cada pessoa, acaba por se extravasar para os espaços coletivos, pois desde Rudolf Jhering¹⁴³ já se sabe que a luta pelo direito, além de ser uma responsabilidade para consigo mesmo, também o é em relação à comunidade. No mesmo sentido, a violação de um direito fundamental de alguém representa uma ameaça para os demais componentes do corpo social.

¹⁴⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.31.

¹⁴¹FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p.867-868.

¹⁴²FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p.868-869.

¹⁴³JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

2.7 GARANTISMO JURÍDICO E CRIME ORGANIZADO

Após estabelecer os contornos da teoria geral do garantismo jurídico, este trabalho de pesquisa avançará no sentido de aferir o nível de garantia aos direitos fundamentais do sistema jurídico brasileiro formulado para prevenção e repressão do crime organizado, levando em conta a validade e a eficácia dessas normas, já detalhadas no primeiro capítulo, conferindo um enfoque especial no que se refere aos meios de produção e proteção de provas.

É certo que o crime organizado transnacional, a despeito de encontrar condições especiais para desenvolvimento na sociedade atual, especialmente em decorrência do fenômeno da globalização, causa perplexidade à população e desafia o Poder do Estado, suscitando respostas firmes para sua prevenção e repressão. Essas medidas, geralmente instituídas a título de produção e proteção de provas, estabelecem um campo de tensão entre poder punitivo estatal e direitos individuais da pessoa humana, podendo, enquanto modelo de exceção e de emergência, solapar conquistas históricas no campo dos direitos fundamentais, fazendo prevalecer o primado da *razão de Estado* sobre a *razão jurídica*.

Efetivamente, o modelo de intervenção penal contra o crime organizado que mais tem ganhado destaque no plano mundial, e que também tem se espalhado no Brasil, encontra suas fontes de inspiração na legislação italiana, sendo denominado de “modelo de emergência”. Consiste em tratar o crime organizado, e por via de consequência os seus agentes, como um inimigo a ser combatido, cuja tipologia parte de uma lógica utilitarista, sustentada em preocupações pragmáticas de prevenção geral. O desafio que se apresenta, portanto, reside na busca de respostas legais para esse flagelo mundial, de modo que o Estado possa cumprir o seu mister de garantir segurança à população sem subverter os postulados do Estado de Direito plasmados pelo modelo garantista.

CAPÍTULO III

PREVENÇÃO E REPRESSÃO NAS AÇÕES PRATICADAS PELAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

3.1 INTRODUÇÃO

Neste capítulo pretende-se investigar se o modelo de intervenção penal adotado pela legislação brasileira para conter o avanço da criminalidade organizada tem contribuído para a flexibilização dos direitos e garantias fundamentais, cujos valores são tão caros ao Estado Democrático de Direito. No mesmo contexto dessa reflexão não haverá de ser desconsiderada a indagação formulada por muitos autores e resumida por Percival de Souza¹⁴⁴, no sentido de que parece evidente haver algo errado no cenário criminológico, quando se constata o triunfo do crime organizado, apesar da existência de uma série de aparatos legais à disposição das agências encarregadas de seu controle.

Com vista a esse propósito, denota-se que a primeira questão a ser abordada cinge-se à necessidade de identificação dos modelos de intervenção penal frente ao fenômeno da criminalidade organizada. Na verdade, as respostas penais a essa modalidade delitiva são relativamente recentes, salvo na Itália e nos Estados Unidos, onde se percebeu anteriormente tal fenômeno, na maioria dos países, antes da década de noventa, ainda não se havia tomado consciência da danosidade social das organizações criminosas que, acopladas ao processo de liberalização dos mercados, expandiram-se pelo mundo afora, adquirindo caráter transnacional, alçando assim um significativo salto quantitativo e qualitativo, o que resultou

¹⁴⁴SOUZA, Percival de. **Uma concepção moderna de crime organizado**. I Fórum sobre o crime sem fronteiras. São Paulo: UNICID – Universidade Cidade de São Paulo, 1995, p.52.

na necessidade de os Estados formais formularem respostas legais frente a essas novas realidades delituosas.

O primeiro modelo de intervenção penal, que encontra suas origens na legislação italiana, é o *modelo de emergência*: confere ao crime organizado um tratamento análogo a um inimigo a ser combatido. Trava-se uma “luta” contra esse tipo de criminalidade, mediante respostas estatais criminalizadoras e penalizadoras. Luiz Flávio Gomes observa que:

Primeiro foi o “combate” ao tráfico, depois aos crimes violentos e agora o grande “inimigo” (da era pós-industrial, alguns afirmam) é o crime organizado. Em muitos lugares fala-se abertamente em “guerra” ou “luta” contra a criminalidade, dentro ainda de uma visão criminológica “positivista”, esquecendo-se que ela é um problema “da” comunidade, que nasce “na” comunidade e que deve ser solucionado “pela” comunidade¹⁴⁵.

Esse tipo de resposta de emergência ou exceção muito se aproxima da política contra o terrorismo, de modo que a tendência nos últimos tempos, especialmente após o atentado de 11 de setembro de 2001¹⁴⁶, tem sido a de assemelhar o tratamento penal do terrorismo ao da criminalidade organizada, resultando no conceito de “Direito Penal do Inimigo”, consoante formulação teórica proposta por Günther Jakobs:

A função manifesta da pena no Direito penal do cidadão é a contradição, e no Direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos podem ser legítimos. [...] Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Essa guerra tem lugar como um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído¹⁴⁷.

Por outro lado, os críticos desse modelo de intervenção penal — que em certa medida poderíamos reuni-los no *modelo garantista* — não hesitam em afirmar que o mesmo dá origem a uma legislação essencialmente simbólica, chegando Alessandro Baratta a denunciar uma falta de coerência dessa luta que pode fazer com que o Estado pague um preço

¹⁴⁵GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Op.cit., 1977, p. 36.

¹⁴⁶Série de ataques contra alvos civis nos Estados Unidos, após o seqüestro de aviões comerciais, sendo que dois deles colidiram contra as torres *World Trade Center*, em Manhattan, Nova York. Desses atentados resultou a morte de mais de três mil e duzentas pessoas, além de pouco mais de duas dezenas de desaparecidos.

¹⁴⁷JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções críticas. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.49.

muito alto pela perda de eficácia do pacto social, numa clara alusão à ausência de legitimação dessa opção pela luta frontal do tipo emergencial¹⁴⁸.

Luigi Ferrajoli reconhece haver incompatibilidade entre Estado de direito e direito penal de exceção, acentuando que:

[...] a contradição se dá em termos: a ruptura das regras do jogo se dá, de fato, neste caso, invocando a tutela das mesmas regras do jogo; o Estado de direito é defendido mediante sua negação [...] O direito penal produzido na Itália para enfrentar a emergência do terrorismo e da criminalidade organizada é, indubitavelmente, sob mais de um dos pontos perfilados, contrastante com os princípios do Estado de direito¹⁴⁹.

Evidentemente, não convém desconsiderar os importantes argumentos da corrente garantista, que pugna pela necessidade de uma política criminal que respeite os princípios básicos do Estado de Direito, mesmo porque se tratam de conquistas histórias da humanidade que não admitem retrocessos. Contudo, igualmente não se pode olvidar que a criminalidade organizada tem assumido proporções gigantescas e gradativamente vem degenerando as estruturas do Estado, especialmente pela reconhecida simbiose com o poder público, caracterizando-se como um poder transversal ao seu aparato político-administrativo ou policial. Em razão disso, faz-se necessário pavimentar uma terceira via para prevenir e reprimir esse fenômeno criminológico, buscando fórmulas que não negligencie a função protetora da sociedade por parte do Estado e garanta respostas legais substancialmente válidas e eficazes.

3.2 DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO

Para bem compreender a abordagem que se pretende fazer dessas novas categorias que perpassam o estudo do direito penal e processual penal na atualidade, justifica-se uma análise mais detida a respeito das mesmas, a começar pela análise de suas fundamentações político-criminais, perquirindo-se acerca de sua eventual legitimidade em face dos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

Convém observar que ao menos o conceito de Direito Penal do Inimigo, assim como anunciado anteriormente, foi introduzido na doutrina pelo penalista germânico Günther

¹⁴⁸BARATTA, Alessandro. Máfia: Rapporti tra Modelli Criminologici e Scelta di Política Criminale. Apud MOCCIA, Sérgio (Dir.): **Criminalità Organizzata e Risposte Ordinamentali. Tra Efficienza e Garanzia**, Nápolis: Edizioni Sceintifiche Italiane, 1999, p.113.

¹⁴⁹FERRAJOLI, Luigi. Op.cit., 2006, p. 753.

Jakobs ao estudar a legitimidade da tipificação de condutas antecedentes à efetiva lesão de um bem jurídico, em escrito publicado no ano de 1985.¹⁵⁰ Nessa senda, estabeleceu Günther Jakobs uma distinção entre Direito Penal do Cidadão (*Bürgerstrafrecht*), o qual privilegia as esferas de liberdade, e Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), que potencializa a proteção a bens jurídicos.

O mencionado autor¹⁵¹ estabeleceu uma distinção entre a intangibilidade da vida privada do cidadão, a despeito da qual é ilegítima a criminalização, e os atos materialmente preparatórios de crimes praticados pelo inimigo, em relação aos quais é legítima a intervenção do sistema penal, explicitando que, nesta última hipótese, a reação do ordenamento jurídico dirige-se pela circunstância de que não se trata, em primeiro plano, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo, de modo que “a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos”¹⁵².

Partindo das concepções de Kant e Hobbes, Jakobs arremata:

[...] quem não participa da vida em um “estado comunitário-legal”, deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser “tratado”, como anota Kant, “como um inimigo” [...] Hobbes e Kant reconhecem um Direito penal do cidadão — contra pessoas que não delinqüem de modo persistente por princípio — e um Direito penal do inimigo contra quem desvia por princípio [...] Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos¹⁵³.

André Luís Callegari e Roberta Lofrano Andrade, compilando um conjunto de explicações dadas por Rosseau, Hobbes, Kant e Jakobs define o “inimigo” como aquele que defrauda a expectativa de um comportamento pessoal de forma duradoura, afastando-se do Direito e excluindo-se do conceito de pessoa/cidadão, acrescentando:

O “inimigo-delinqüente” não será mais tratado pelo Estado como cidadão, pois ele próprio não admitiu ser obrigado a entrar no estado de cidadania (contrato social de Rosseau) e por esta razão não poderá participar dos benefícios do conceito de pessoa. Frente a esse inimigo, a reação do ordenamento não será de compensação do

¹⁵⁰JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op.cit., p.54, nota 1.

¹⁵¹JAKOBS, Günther. Op.cit., 1997, p. 293-323.

¹⁵²JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op.cit., 2007, p.37-38.

¹⁵³Idem, p.28-29.

dano à vigência da norma (como no Direito Penal Clássico), mas de eliminação de um perigo. A pena passará a ser dirigida a fatos futuros, e não a fatos cometidos¹⁵⁴.

Na linha de compreensão dos estudos desenvolvidos por Günther Jakobs, é possível admitir a existência de certos indivíduos que por suas atitudes, vidas econômicas ou adesão a uma determinada organização, distanciam-se propositada e permanentemente do Direito, assumindo por princípio ideológico o repúdio ao ordenamento jurídico, visando à destruição deste, sem fornecer garantia cognitiva mínima necessária para o seu tratamento como pessoa. Esses indivíduos vivem naquilo que Thomas Hobbes denominava estado de natureza, usufruindo uma liberdade sem limite normativo (*ius naturale*).

Por isso que a intervenção do Estado, no referido contexto, deve ser tendente à eliminação do perigo de destruição do próprio ordenamento jurídico, pelo uso da coação, diferentemente do que deve ocorrer em relação aos cidadãos apenas ocasionalmente delinquentes, quando a reação estatal visa apenas à compensação forçada de um dano à norma jurídica.

Manuel Cancio Meliá registra que as características da política criminal praticada pelas sociedades pós-industriais podem ser resumidas no conceito de *expansão do direito penal*, que produz os fenômenos do *direito penal simbólico* e do *punitivismo*, em cuja confluência surge o Direito Penal do Inimigo. Nesse contexto, seja no direito penal ou processual penal, verificar-se-á tendências que, no seu conjunto, revelam os traços de um direito penal de colocação em risco de características antiliberais¹⁵⁵.

De acordo com o referido autor espanhol, quando se usa a expressão *Direito Penal Simbólico*, pretende-se fazer referência “a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a ‘impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido’, isto é, que predomina uma função latente sobre a manifesta”¹⁵⁶. Recorre-se ao Direito Penal para produção de normas unicamente com a finalidade de provocar uma sensação de tranquilidade no imaginário das pessoas, posto que jamais serão aplicadas.

O segundo fenômeno que surge nesse compasso de expansão do Direito Penal é o chamado *punitivismo*, que se constitui pela introdução de novas figuras típicas com efetiva aplicabilidade prática ou, então, pelo agravamento das penas das figuras delituosas já existentes. Manuel Cancio Meliá considera evidente, no que se refere à realidade do Direito

¹⁵⁴CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Traços do direito penal do inimigo na fixação da pena-base. In: **Boletim IBCCRIM**, ano 15, n. 178, set. 2007, p. 2.

¹⁵⁵JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. Op.cit., 2007, p. 56-57.

¹⁵⁶Idem, p.59.

positivo, que a tendência atual do legislador é a de “reagir com ‘firmeza’, dentro de uma gama de setores a serem regulados, no marco da ‘luta’ contra a criminalidade, isto é, com um incremento das penas previstas”¹⁵⁷.

Pondere-se, entretanto, que esses dois fenômenos não são facilmente encontrados em separado no contexto legislativo: normas de natureza simbólica podem ensejar persecução penal, assim como as de efetiva aplicabilidade prática (*punitivista*) podem ensejar efeitos simbólicos. Compreende-se, portanto, que a relação entre tais fenômenos é mais complementar do que de exclusão recíproca, mantendo ambos uma “relação fraternal”¹⁵⁸.

Reportando-se aos estudos de Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá identifica três características principais do Direito Penal do Inimigo: (i) adiantamento do âmbito de incidência da punibilidade, que passa a adotar uma abordagem prospectiva voltada para a punição do fato criminoso futuro, ao invés do tradicional enfoque retrospectivo, que corresponde a criminalização do fato já consumado; (ii) desproporcionalidade acentuada das penas cominadas, pois o legislador não leva em consideração a antecipação da barreira de punição referida no item anterior, o que, em tese, deveria reduzir proporcionalmente a pena; (iii) relativização ou até mesmo a supressão de determinadas garantias processuais do acusado¹⁵⁹.

Outros autores, como Jesús-María Silva Sánchez, reconhecem uma graduação na vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia em sede do Direito Penal, “em função do concreto modelo sancionatório que este acabe assumindo”¹⁶⁰. Essa graduação daria origem a uma concepção dualista do Direito Penal, descortinando-se a existência de dois níveis distintos de regras de imputação e princípios de garantia, denominados de *velocidades do Direito Penal*. Nesse quadrante, entende o referido autor, maneja-se um modelo mais rígido em relação às infrações penais sancionadas com pena privativa de liberdade, enquanto um outro, mais flexível, tem lugar em face das demais infrações.

A partir desse diagnóstico formulado por Jesús-María Silva Sánchez, admite-se uma *terceira velocidade* do Direito Penal, na qual haja uma ampla relativização dos clássicos princípios político-criminais de garantia, desde que baseada em critérios de necessidade,

¹⁵⁷Idem, p.62.

¹⁵⁸Idem, p.65.

¹⁵⁹Idem, p.67.

¹⁶⁰SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.140.

subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência¹⁶¹. Elisangela Melo Reghelin observa que:

Silva Sanches trata do direito penal do inimigo sob a titulação *direito penal de terceira velocidade*, ou seja, um direito que contempla medidas privativas de liberdade com regras processuais e de imputação menos rigorosas, muito adequadas, segundo ele, para casos de emergência, sendo a expressão de um direito de guerra, quando a sociedade, ante a gravidade da situação excepcional do conflito, renuncia a suportar os custos da liberdade de ação¹⁶².

Essas novas tendências típicas do estado de emergência que se manifestam no Direito Penal também afetam o Direito Processual Penal, podendo transformar o sistema acusatório, onde o imputado é sujeito de garantias processuais inalienáveis, em um procedimento inquisitorial notabilizado pela realização de inúmeros atos de coação física sem qualquer conotação simbólica. Segundo Günther Jakobs, esses atos de coação podem se manifestar sob forma de prisão preventiva ou algumas outras medidas que só funcionam enquanto o investigado não toma conhecimento delas, a exemplo das interceptações das comunicações telefônicas e da intervenção de agentes infiltrados. Trata-se de um processo de eliminação de direitos de modo juridicamente ordenado, que bem pode ser classificado como uma forma de perseguição de delitos mediante a guerra¹⁶³.

No âmbito da concepção entabulada por Luigi Ferrajoli o Processo Penal do Inimigo caracteriza-se por uma conotação partidária do acusador e do órgão jurisdicional que transforma o direito adjetivo penal em instrumento de luta contra a criminalidade organizada, não havendo lugar para uma verificação empírica de fatos concretos imputados ao réu¹⁶⁴.

Nessa mesma linha de entendimento, Winfried Hassemer observa que esses fenômenos vêm afetando em cheio as clássicas garantias do processo penal, denotando as reformas processuais operadas ao longo das últimas décadas uma concentração “somente na fase de investigação, isto é, naquela parte do processo em que se trata de instrumento de controle”.¹⁶⁵ A grande problemática para o referido autor germânico é que esses instrumentos,

¹⁶¹Idem, p.148-151.

¹⁶²REGHELIN, Elisangela Melo. Entre terroristas e inimigos... In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 66, maio/jun, 2007, p. 278

¹⁶³JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Op.cit., 2007, p. 40-41.

¹⁶⁴FERRAJOLI, Luigi. Emergenza Penale e Crisi della Giurisdizione. In: **Dei Delitti e delle Pene**, Bari, n.2, mag./ago. 1984, p.271-292.

¹⁶⁵HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. In: **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, p.15-25.

como a interceptação telefônica, são invariavelmente secretos, impedindo o investigado a se comportar de forma estratégica, pessoal, perante esse controle.

Pode-se afirmar que até mesmo o direito fundamental ao silêncio do acusado vem sendo relegado por essas técnicas investigativas, as quais também podem alcançar circunstancialmente esferas de intimidades mais além da pessoa do investigado, quando a medida alcança terceiros inocentes que integram o círculo de suas relações¹⁶⁶.

Por tudo quanto foi exposto até aqui, pretendeu-se demarcar os pontos extremos do espaço jurídico-penal no qual residem os meios operacionais para prevenção e repressão do crime organizado, enquanto mecanismos legais elaborados com o propósito de se constituírem em respostas eficazes contra o avanço desse fenômeno criminológico. Não há como negar a existência de uma forte tendência de flexibilização de garantias fundamentais em todo esse conjunto de medidas adotadas, havendo aqueles que asseguram que no cenário internacional o problema não mais está centrado na conveniência ou não de se sacrificarem os direitos fundamentais, mas em que medida esse sacrifício deve ser realizado pelo legislador¹⁶⁷.

3.3 CRIME ORGANIZADO: MEIOS OPERACIONAIS *VERSUS* GARANTIAS INDIVIDUAIS

O gigantesco avanço da criminalidade organizada tem gerado problemas de matizes diversos à sociedade contemporânea, que passou a experimentar graves contradições na forma de composição do binômio: direito de punir estatal e garantias individuais do acusado. Essas exigências contrapostas alcançam elevado nível de tensão no campo da produção de provas, posto que as organizações criminosas, além de se articularem de maneira complexa, beneficiam-se do que se convencionou chamar de *cultura da supressão de provas*, a qual tanto emerge naturalmente da própria sofisticação de suas ações, como também de um comportamento dirigido à eliminação dos sinais de sua atuação, como a destruição de documentos, a ameaça ou a eliminação de fontes testemunhas, a implantação da solidariedade pelo medo entre seus membros, as comunicações cifradas ou mediante dialetos etc.

É nesse contexto que se desenvolveu uma tendência de conferir maior eficiência ao procedimento probatório relativamente às ações praticadas pelas organizações criminosas,

¹⁶⁶Idem, ibidem.

¹⁶⁷SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.17-18.

pois os meios tradicionais até então utilizados não mais se revelavam eficientes. Ada Pellegrini Grinover observa que:

Hoje, a teoria dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade¹⁶⁸.

Não é por outra razão que Winfried Hassemer afirma que o medo da criminalidade organizada é o principal responsável pelas mais radicais alterações e exacerbações do poder de polícia e do direito penal dos últimos tempos. Princípios fundamentais como o *in dubio pro reo*, a separação entre poder de polícia e persecução penal (ou seja, entre prevenção e repressão), a limitação do emprego de medidas restritivas de direitos à pessoa e a regra básica da transparência das investigações ou não valem mais ou valem apenas limitadamente¹⁶⁹.

Fauzi Hassan Choukr critica com vigor essa tendência restritiva de garantias individuais:

Cria-se desta forma, a quebra do Estado de Direito pelo próprio Estado que lhe dá vida, situação paradoxal que não apresenta solução, vez que os paradoxos, por definição, são insolúveis [...] O paradoxo se evidencia na busca da recomposição do Estado de direito através da quebra das garantias fundamentais que sustentam, por definição, esse mesmo Estado¹⁷⁰.

Aqueles que se posicionam contrariamente à relativização das garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência penal sustentam que a resposta estatal à criminalidade organizada em hipótese alguma poderá se afastar de sua estrita obediência, sob pena de quebra de uma conquista história consagrada na cláusula do devido processo legal, assentada em bases humanísticas, advertindo Fauzi Hassan Choukr que:

Não se pode admitir um conceito de segurança que passe pela violação das normas fundamentais. Essa segurança, que aqui só pode ser aceita pelo seu prisma jurídico, reside na obediência, pelos particulares e pelo poder público, daquilo que foi estatuído no ato de fundação da sociedade. Patrocinar oficialmente a quebra dessa base significa incorrer no retorno ao caos e na negação da própria convivência

¹⁶⁸GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.152.

¹⁶⁹HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p.68

¹⁷⁰CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.66.

comum, conseqüência esta justamente alcançada pelo sistema repressivo ora criticado¹⁷¹.

Contudo, não há como negar o fato de que os mecanismos de controle outrora manejados pelo Estado tornaram-se obsoletos diante da sofisticação das organizações criminosas, justificando plenamente uma mudança de paradigma. Parece inconcebível que se pretenda oferecer uma resposta a esse fenômeno criminológico lançando mão de algumas estruturas tipológicas arcaicas do Código Penal Brasileiro de 1940, a exemplo do artigo 288, que tipifica o crime de quadrilha ou bando, com nítida inspiração nas ações desenvolvidas pelo cangaço, fenômeno ocorrido no nordeste brasileiro e notabilizado pela expressiva liderança de Virgulino Ferreira da Silva, o “Lampião”, morto numa emboscada em 28 de julho de 1938, circunstância que resultou na rendição de significativa parcela de seus asseclas.

O grande desafio é exatamente a busca de um equilíbrio entre os interesses estatais de conferir maior eficiência penal na apuração de certas formas de criminalidade e a necessidade de preservação dos direitos individuais. Neste ponto, impende observar que uma das características dos direitos ou garantias fundamentais é a sua limitabilidade, revelada nas precisas lições de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Os direitos fundamentais não são absolutos. Isto quer dizer que, por vezes, dois direitos fundamentais podem chocar-se, hipótese em que o exercício de um implicará a invasão do âmbito de proteção do outro [...] Verificado o conflito e fixada a limitabilidade dos direitos fundamentais, resta estabelecer o mecanismo de equacionamento do conflito emergente¹⁷².

Algumas dessas colisões foram antevistas pelo próprio legislador constituinte originário, o qual se encarregou de estabelecer um regime de harmonização. Cite-se o exemplo do artigo 5º, inciso XII, que excepciona a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Nesse contexto, releva observar o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

[...] não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda

¹⁷¹Idem, p.69.

¹⁷²ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p.95-96.

que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que os informa -, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades públicas, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros¹⁷³.

Reconhecendo a existência de um *conflito positivo de normas constitucionais*, cuja solução deve ser obtida pela *máxima observância* dos direitos fundamentais envolvidos e pela sua *mínima restrição* compatível com a salvaguarda adequada de outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa, Canotilho e Vital Moreira concluem que:

[...] a restrição de direitos fundamentais implica necessariamente em uma *relação de conciliação* com outros direitos ou interesses constitucionais e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de *concordância prática* dos direitos ou interesses em conflito. Não se pode falar em restrição de um determinado direito fundamental em abstrato, fora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesse fundamental diverso¹⁷⁴.

Da mesma forma que não se admite direitos fundamentais absolutos, também não se pode tolerar o exercício de poderes ilimitados pelo Estado, como consignado no Colóquio de Toledo, realizado em abril de 1992, de cujo preâmbulo, segundo relato de Mario Chiavario, constou o seguinte: “nem mesmo a luta contra o terrorismo e o crime organizado poderá restringir os direitos fundamentais, senão na medida do estritamente necessário [...]”¹⁷⁵.

Decorre desse propósito que qualquer iniciativa tendente à restrição de direitos fundamentais deve ter caráter excepcional, a fim de não se abalar as conquistas inerentes ao processo de evolução da humanidade, especialmente aquelas que rejeitam peremptoriamente as práticas abusivas agressoras da dignidade da pessoa humana. Essa intervenção mínima deve preservar, igualmente, outros valores correlatos de alta grandeza, como a inviolabilidade da vida e a integridade moral e física dos investigados, os quais constituem o núcleo essencial

¹⁷³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16 de setembro de 1999.

¹⁷⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.134.

¹⁷⁵CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Tradução de Maurício Zanoide de Moraes. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 5, jan./mar. 1994, p.34.

dos direitos, liberdades e garantias que constitui a unidade material de todo o sistema constitucional de direitos fundamentais, como sustenta José Miguel Sardinha¹⁷⁶.

É nesse contexto que se faz necessário lançar mão de um instrumental teórico que possa auxiliar na ponderação dos interesses estatais em face do sacrifício dos interesses individuais de modo que dessa atividade prática não resulte qualquer tipo violação das normas constitucionais. Acredita-se que nenhum princípio se presta com tamanha utilidade a esse propósito tanto quanto o da proporcionalidade, como adiante se pretende demonstrar.

3.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Embora se possa extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição, não se pode olvidar que tais restrições também são limitadas. Nessa seara, cogita-se de limites imanentes denominados por K. H. Wernicke de “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*), conforme explicam Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, os quais balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, prosseguem os mencionados autores reportando-se às lições de Robert Alexy, decorrem da própria Constituição e se referem não só à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental mas igualmente à clareza, determinação e proporcionalidade das restrições¹⁷⁷.

Denota-se que o princípio da proteção do núcleo essencial, seja como princípio expressamente consagrado na Constituição ou como postulado constitucional imanente, destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais¹⁷⁸.

A relevância que o princípio da proporcionalidade assume no estudo dos meios operacionais para prevenção e repressão do crime organizado pode ser aferida no campo de tensão que se estabelece no interior do ordenamento jurídico, na medida em que o Estado passa a adotar instrumentos de controle derogatórios dos direitos dos acusados, exigindo-se uma ponderação desses sacrifícios de interesses individuais.

¹⁷⁶SARDINHA, José Miguel. **O terrorismo e as restrições dos direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editores, 1989.

¹⁷⁷MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.304-305.

¹⁷⁸HESSE, Konrad. Apud MENDES, Gilmar Ferreira Mendes et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.306.

Se essa ponderação resultar desproporcional ou não exigível ao indivíduo, tais instrumentos deverão ser afastados por inconstitucionalidade. Daí a necessidade de buscar nessa relação, tanto quanto possível, uma *concordância prática* entre os vários bens ou direitos protegidos a nível jurídico constitucional, realizando uma *concretização* das normas consagradoras de direitos fundamentais, como propõe J. J. Gomes Canotilho¹⁷⁹.

Trata-se, portanto, da regulação de uma relação de confronto entre o Estado e o indivíduo, traduzido por Eduardo Araújo da Silva nos seguintes termos:

De um lado, os interesses estatais na realização da investigação criminal e da persecução penal em juízo, visando ao exercício do *ius puniendi* para a concretização do Direito Penal; de outro lado, o cidadão investigado ou acusado, titular de direitos e garantias individuais, que tem interesse na preservação do *ius libertatis*. Tem a finalidade, portanto, de equilibrar essa relação aparentemente contraditória de interesses, para evitar tanto a violação dos direitos fundamentais do particular, como o comprometimento da atividade estatal na repressão da criminalidade¹⁸⁰.

Para que se possa afirmar a existência de uma autêntica restrição de direitos, J. J. Gomes Canotilho propõe um procedimento metódico destinado a responder às seguintes indagações:

- (1) Trata-se de efetiva restrição do âmbito de proteção de norma consagradora de um direito, liberdade e garantia?
- (2) Existe uma autorização constitucional para essa restrição?
- (3) Corresponde a restrição à necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos?
- (4) A lei restritiva observou os requisitos expressamente estabelecidos pela constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstração, não retroatividade, garantia do núcleo essencial?)¹⁸¹.

Em decorrência dessa série de indagações, identifica o referido mestre lusitano uma dedução de *instâncias ou graus* constitutivos do procedimento (interpretação-aplicação) de restrições de direitos, liberdades e garantias que consistem em (i) delimitação do âmbito de proteção da norma; (ii) averiguação do tipo, natureza e finalidade da restrição; (iii) controle da observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (problema dos limites de limites)¹⁸².

¹⁷⁹CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedida, 1993, p.601.

¹⁸⁰ SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.55.

¹⁸¹CANOTILHO, J. J. Gomes. Op.cit., p.602.

¹⁸²Idem, ibidem.

Mendes, Coelho e Branco, invocando lições do multicitado professor J. J. Gomes Canotilho, reconhecem como possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade atualmente, exigindo a verificação da compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou a constatação da “observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo”¹⁸³.

Em essência, o reconhecimento de inconstitucionalidade por excesso de poder traduz-se em censura judicial no campo da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador, suscitando a delicada questão pertinente à identificação dos limites funcionais da jurisdição constitucional.

Contudo, prosseguem Mendes, Coelho e Branco essa censura judicial não se reveste de nenhuma espécie de invasão à seara reservada ao Poder Legislativo, com o propósito de perquirir acerca o mérito do ato legislativo:

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Por outro lado, o poder de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais¹⁸⁴.

3.4.1 Fundamentos do Princípio da Proporcionalidade

Depara-se com várias linhas de investigação na doutrina quando o propósito é identificar o fundamento do princípio da proporcionalidade. Muitos autores sustentam que o referido princípio assenta suas bases nos *direitos fundamentais*, mas também há aqueles que entendem que se trata de uma expressão do próprio *Estado de Direito*, posto que seu desenvolvimento histórico aparece vinculado ao Poder de Polícia do Estado. Além disso, há uma terceira corrente que atribui suas origens, enquanto postulado jurídico, no *direito suprapositivo*¹⁸⁵.

¹⁸³MENDES, Gilmar Ferreira et al. p.311.

¹⁸⁴Idem, p.312.

¹⁸⁵Idem, p.312-313.

Ainda, Mendes, Coelho e Branco citando Bernhard Schlink, observam que a opção adotada para a identificação dos fundamentos do princípio da proporcionalidade não é neutra ou indiferente do ponto de vista dos resultados, de modo que:

Se se cuida de enfatizar o fundamento nos direitos fundamentais, terá esse princípio aplicação na relação entre cidadão e Estado, aqui contemplados os conflitos entre os entes privados que o Estado incumbe resolver. Se, ao revés, o princípio em apreço assenta-se na idéia do Estado de Direito, tem-se a sua projeção não só para a relação entre o cidadão e o Estado, mas também para as relações entre os poderes¹⁸⁶.

Os referidos autores, antes de realizarem um primoroso inventário dos fundamentos do princípio da proporcionalidade expressos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com vistas à confirmação dos diversos impulsos de fundamentação do princípio em estudo, reconhecem que essa diversidade de embasamento é uma realidade que também perpassa as decisões da Corte Constitucional alemã, assim como as são da Suprema Corte Americana, concluindo por sugerir, invocando novamente Bernhard Schlink, que a busca de um denominador comum que possa uniformizar esse modo de compreensão, há de ser “a língua do princípio da proporcionalidade com a indagação sobre a legitimidade dos objetivos do legislador e sobre a necessidade das restrições impostas à liberdade dos cidadãos para a consecução daqueles objetivos”¹⁸⁷.

Parece correto afirmar que o princípio da proporcionalidade tem fundamental importância na verificação da constitucionalidade de leis interventivas na esfera da liberdade humana, conforme acentuado por Suzana de Toledo Barros numa invocação das lições de Mauro Cappelletti:

[...] o legislador, mesmo perseguindo fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, poderá editar leis consideradas inconstitucionais, bastando para tanto que intervenha no âmbito dos direitos com a adoção de cargas coativas maiores do que as exigíveis à sua efetividade [...] Estão em jogo questões ligadas à segurança jurídica e à transferência da valoração técnico-social do legislador para o juiz. Deve-se, por isso, enfrentar as conseqüências do reconhecimento de um controle sobre a razoabilidade de uma lei, inquirindo se esta atividade torna o juiz legislador, ou, em outras palavras, se estaria a igualar a função jurisdicional à legislativa¹⁸⁸.

¹⁸⁶Idem, p.313.

¹⁸⁷Idem, p. 314.

¹⁸⁸BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.25.

Sabe-se que essa proposta de utilização do princípio da proporcionalidade não é recente. Eduardo Araújo da Silva anota que Nicolas Gonzáles-Cueller Serrano e Suzana de Toledo Barros registram que foi na tentativa de se controlar os excessos praticados pelos monarcas que surgiram na Inglaterra, nos séculos XVII e XVIII, sob as luzes do jusnaturalismo, teorias propagadoras da idéia de que contra a autoridade do rei, a qual não conhecia limites naquela época, poderiam ser opostos direitos individuais. Resultou desse esforço teórico a compreensão de que o poder de polícia do Estado somente deveria ser utilizado para restringir direitos individuais em face de interesses coletivos superiores.

Com o surgimento do Estado moderno fundado em lei e não mais na autoridade absoluta do monarca, prossegue o referido autor, sedimentou-se o princípio da legalidade, que por sua vez despertou o pensamento liberal apoiado nas idéias de Beccaria, Bentham e Hobbes até evoluir no sentido de que não bastava apenas e tão somente a previsão de um crime e sua respectiva pena. Era necessária a imposição de mais uma limitação ao poder punitivo do Estado, para exigir que a gravidade da sanção penal fosse proporcional ao fato delituoso cometido, visando evitar uma exagerada privação da liberdade a ser imposta ao condenado. Como reflexo dessa orientação, no campo do direito processual desenvolveu-se pensamento semelhante no sentido de que o Estado não deveria abusar de seus poderes quando da apuração do crime, devendo restringir os direitos fundamentais do cidadão apenas quando a gravidade do crime autorizasse¹⁸⁹.

Com efeito, pontificava Cesare Beccaria:

O interesse geral não é apenas que se cometam poucos crimes, mas ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utilizam a legislação para impedir os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e as penas¹⁹⁰.

Após essa breve explanação sobre os mais diversos impulsos de fundamentação do princípio da proporcionalidade, em que se procurou ressaltar sua importante articulação no direito penal e processual penal, especialmente na contenção de excessos por parte do direito de punir estatal, defronta-se com a necessidade de identificar os seus principais elementos de formação.

¹⁸⁹SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.55.

¹⁹⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.68-69.

3.4.2 Elementos do Princípio da Proporcionalidade

Pode-se identificar um excesso de poder legislativo toda vez que o ato dele emanado se revelar mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. Nesse caso, tem-se a violação do princípio da *proporcionalidade*, que os americanos preferem chamar de princípio da *razoabilidade*, enquanto os alemães costumam adotar, além da primeira denominação, a expressão *proibição de excesso*, assumindo tal categoria no direito constitucional alemão a qualidade de norma constitucional não escrita.

Paulo Bonavides observa que o termo princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado com maior frequência pelo direito europeu, a exemplo dos autores alemães, franceses, italianos, espanhóis, portugueses, suíços e austríacos¹⁹¹. Contudo, como observa Suzana de Toledo Barros, mais importante do que o *nomem iuris* que lhe seja atribuído, importa a substância de que seja provido.

Na doutrina americana o princípio da proporcionalidade ou *razoabilidade*, como visto, qualifica tudo quanto seja conforme a razão, ensejando “desde logo uma idéia de adequação, idoneidade, aceitabilidade, logicidade, equidade, traduz aquilo que não é absurdo, tão-somente o que é admissível”¹⁹².

Segundo ainda, Mendes, Coelho e Branco, na Alemanha, o Tribunal Constitucional já assentou o entendimento de que uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade, sempre que se puder constatar, sem qualquer equívoco, a existência de outras medidas menos lesiva, explicitando que:

Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restrito aos direitos fundamentais¹⁹³.

Reconhece-se que a análise de constitucionalidade de uma lei em face do princípio da proporcionalidade contempla os próprios limites do poder de conformação conferido ao

¹⁹¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.324.

¹⁹²BARROS, Suzana de Toledo. Op.cit, p. 70.

¹⁹³MENDES, Gilmar Ferreira et al. Op.cit., p.320.

legislador, posto que o estabelecimento de objetivos e a definição dos meios adequados pressupõem uma decisão de índole política, econômica, social, ou político-jurídica.

Para Canotilho, o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, tal como consagrado na Constituição portuguesa, “constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador”¹⁹⁴. É que a Constituição de Portugal contempla expressamente o referido princípio em seu artigo 18, 2, prevendo que as restrições de direitos, liberdades e garantias pela lei somente podem ocorrer “nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Ainda, Mendes, Coelho e Branco arrematam:

[...] a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições com o *princípio da proporcionalidade*. Essa orientação [...] pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)¹⁹⁵.

Por *adequação* se deve entender que as medidas restritivas adotadas pela lei precisam ser aptas ao alcance dos objetivos pretendidos, enquanto que por *necessidade* há de se reconhecer a inexistência de outro meio menos gravoso para o indivíduo e que seja igualmente capaz de alcançar os mesmos objetivos buscados. Logo se nota que o meio será dispensável se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequado e menos oneroso. Contudo, como ambas as categorias não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado*¹⁹⁶.

Nos limites do enquadramento proposto, Pieroth e Schlink ressaltam que a demonstração de necessidade tem maior valor do que a prova da adequação, autorizando a afirmação de que uma vez restando configurada a necessidade da medida, não se há de cogitar a negação da adequação. Um raciocínio em sentido reverso leva à conclusão de que o resultado negativo do teste de necessidade resulta na impossibilidade da positivação do teste de adequação afetar o resultado definitivo ou final. Nesse contexto, “um juízo definitivo sobre

¹⁹⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986, p.447.

¹⁹⁵MENDES, Gilmar Ferreira et al. Op.cit., p.321-322.

¹⁹⁶Idem, p. 322.

a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*)¹⁹⁷.

Os autores alemães acima citados acreditam que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados, mas quando a doutrina e a jurisprudência deles se afastarem, na tentativa de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz, outros elementos do princípio da proporcionalidade devem ser acionados, especialmente o subprincípio da necessidade (*proporcionalidade em sentido estrito*), que passaria a assumir o papel de um controle de sintonia fina, indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão¹⁹⁸.

Estabelecidas essas premissas, parece correto acentuar que a validade dos meios operacionais para a prevenção e repressão das ações praticadas por organizações criminosas deve ser analisada nessa escala axiológica que tem a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito como pedra de toque.

3.5 VALIDADE E EFICÁCIA DOS MEIOS OPERACIONAIS PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DE AÇÕES PRATICADAS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL

Procurar solução para as mazelas sociais causadas pelo avanço da criminalidade organizada no campo do direito penal e processual penal tem sido uma atitude recorrente dos governantes no mundo inteiro. Talvez essa estratégia encontre sua justificação na necessidade de colheita de dividendos políticos, sobretudo pela relativa facilidade de implantação de um Direito Penal simbólico que, ao menos em tese ou durante algum tempo, possa confortar o espírito das comunidades.

No Brasil, essa prática não sofre nenhuma singularidade. As mudanças legislativas ocorridas no campo penal e processual penal acerca do fenômeno tratado seguem os influxos da opinião pública, ou mais precisamente, das opiniões veiculadas pelos meios de comunicação social. Nota-se com facilidade que o movimento do legislador sempre sucede à agitação do problema por parte destes meios.

¹⁹⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Apud MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.322.

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira et al. Op.cit., p.322-323.

Decorre dessa realidade que algumas dessas medidas elaboradas à revelia de qualquer reflexão mais acurada, ou são inválidas, porque ferem o ordenamento constitucional; ou são ineficazes, porque sem nenhuma possibilidade de aplicação prática, em face da nossa cultura jurídica, bem como da estruturação administrativa do Estado, que não dispõe dos meios para tanto. Portanto, quando se pretende dar uma resposta efetiva e racional a esse fenômeno que está solapando as estruturas legais, culturais, econômicas e políticas da sociedade, convém buscar soluções jurídico-penais que respeitem os princípios básicos do Estado de Direito e que estejam sintonizadas com a própria estrutura administrativa e policial do Estado, resultando em respostas legais válidas e eficazes.

É sob esse ponto de vista que este trabalho passa a analisar os meios operacionais para prevenção e repressão do crime organizado no Brasil, na mesma ordem em que foram tratados no primeiro capítulo desta investigação.

3.5.1 Os Reflexos da Utilização da Delação Premiada no Brasil

Uma das primeiras objeções que se apresenta em relação a esse meio de prova diz respeito à sua própria natureza jurídica. Sabe-se que o interrogatório é meio de defesa do acusado exercido direta e pessoalmente ao juiz da causa. Nessa linha de compreensão, denota-se que a delação premiada ou colaboração processual, além do benefício buscado pelo acusado à sua própria defesa, também se reveste de um denso conteúdo acusatório em relação ao co-réu, não encontrando identidade pura e simplesmente ao interrogatório.

Por outro lado, também não se pode compará-lo formalmente à prova testemunhal, pois suas conseqüências práticas são diferentes. Eduardo Araújo da Silva, citando Ignácio Flores Prada, observa que o imputado é parte no processo, encontrando-se protegido “pelo princípio *nemo tenetur se detegere*, enquanto a testemunha está obrigada a dizer a verdade, sob pena de praticar crime de falso testemunho”¹⁹⁹.

Vitor Moreno Catena²⁰⁰ identifica a delação do co-réu como uma forma de “testemunho impróprio”, já que possui ingredientes de interrogatório, em relação ao delator, mas de depoimento testemunhal em face dos demais integrantes da empreitada criminosa. Cumpre observar que essa realidade exige do jurista um especial cuidado no tratamento da

¹⁹⁹SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.143.

²⁰⁰CATENA, Vitor Moreno. La Protección de los Testigos y Peritos en el Proceso Español. In: FERRÉ, Juan Carlos; BORRALLO, Enrique Anarte (Orgs.). **Delincuencia Organizada: Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos**. Huelva: Universidade de Huelva, 1999, p.143.

modalidade probatória em questão, sob pena de transformá-la num cruel instrumento de acusação, ou num mecanismo inútil, porque ineficaz para a finalidade que motivou a sua criação.

Eduardo Araújo da Silva, citando Orestes Dominioni, adverte:

Independentemente da classificação jurídica que se dê a delação do co-réu, não há dúvidas de que se trata de verdadeira prova acusatória e, como tal, é de rigor assegurar a participação dos defensores dos demais acusados quando de sua realização em juízo, em observância ao contraditório sucessivo, para que a defesa possa contribuir de forma dialética na formação da prova²⁰¹.

Outra situação que justifica o permanente acompanhamento do defensor do acusado diz respeito à integridade física, moral e psicológica do réu colaborador, que não pode ser afetada durante a formulação do acordo, quebrando assim a voluntariedade do ato. Não é crível que o réu colaborador possa aderir a um acordo de delação sem a participação da defesa técnica, especialmente porque essa primeira fase deve ser formalizada exclusivamente entre a acusação (materializada pelo Ministério Público, como titular da ação penal pública) e a defesa, sem a participação do juiz, que somente ao depois poderá acolher ou não o acordo firmado entre as partes.

Não há dúvida de que a participação do juiz na formalização do acordo é temerária, por evidente quebra de imparcialidade. Ao contrário, mantendo-se equidistante, o juiz conserva seu poder discricionário de apreciar livremente as provas produzidas, podendo até mesmo denegar motivadamente algumas condições estabelecidas no acordo, quando julgadas desproporcionais aos resultados alcançados. É natural que alguns benefícios pretendidos pelo réu colaborador podem e devem ser antecipados durante a instrução criminal, tudo em nome da segurança jurídica que deve permear a aplicação do instituto, bem como da credibilidade que se deve atribuir ao ente público que participou de sua elaboração, a exemplo de medidas de proteção da vida e da integridade física, moral e psicológica do mesmo.

Não se nega que a maior dificuldade ocorre no processo de valoração da prova obtida mediante delação do co-réu, haja vista que o réu colaborador não presta compromisso de dizer a verdade em seu interrogatório e, além disso, está na iminência de obter benefícios com a inculpação de terceiros. Para Eduardo Araújo da Silva, a combinação desses dois fatores deve suscitar no espírito do julgador uma alerta para o perigo de o pretenso colaborador incriminar “indevidamente os demais acusados em troca de benefícios previstos

²⁰¹SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.143.

em lei (manutenção no sistema de proteção, cumprimento da pena em regime especial, concessão de perdão judicial, diminuição da pena)”²⁰².

Vitor Moreno Catena sugere que a credibilidade das declarações do “co-réu” colaborador, deve ser submetida a um rigoroso controle por parte do órgão julgador, que precisa levar em conta a ausência do dever de ser veraz em suas palavras, o que pode servir de estímulo para incriminar os demais acusados, atribuindo-lhes deliberadamente falsas imputações²⁰³.

Tendo em conta essa realidade, importa observar que a declaração do réu colaborador, por si só, não pode desmontar a presunção de inocência reconhecida constitucionalmente, de modo que, para ensejar a condenação do co-imputado, necessita de estar ancorada em algum outro elemento de prova que a corrobore razoavelmente. Essas declarações devem ser contextualizadas nos demais elementos de provas, perquirindo o julgador se elas conquistaram o aval de algum fato, circunstância ou dados externos às mesmas, colacionados no curso da instrução processual. Eduardo Araújo da Silva recomenda que essa confrontação deva ser um importante vetor a orientar o juiz quando da valoração da prova, servindo também esse prudente entendimento para nortear “as condutas da autoridade policial e do representante do Ministério Público na busca da prova, os quais, portanto, não devem limitar suas atividades à obtenção de delações dos co-réus”²⁰⁴.

Parece verdadeiro que a valoração da prova obtida mediante depoimento de réu colaborador, é uma atividade extremamente complexa, cujo fator acentua sobremaneira a contradição do instituto com os postulados sobre os quais assentam o Direito Penal liberal, constituindo-se numa difícil justificação dogmática.

Não obstante, razões de ordem político-criminais utilitaristas no enfrentamento da criminalidade organizada têm justificado sua utilização nos países ocidentais, inclusive no Brasil, a partir de 1990, como demonstrado ao logo deste trabalho. Sua utilização presta-se principalmente como instrumento de revelação das estruturas de funcionamento das organizações criminosas, já que ordinariamente adotam um modelo fechado, cujas senhas, somente estão disponíveis em alguns níveis de suas instâncias. Portanto, sua utilização deve se revestir de acurada cautela e na medida da necessidade que a justifique, conforme acentuado nas linhas precedentes.

²⁰²Idem, p.145.

²⁰³CATENA, Vitor Moreno. La Protección de los Testigos y Peritos en el Proceso Español. In: FERRÉ, Juan Carlos; BORRALLO, Enrique Anarte (Orgs.). Op.cit., p.144.

²⁰⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.148.

Essa recomendação se revela ainda mais valiosa quando se verifica que no plano legislativo em que se deu a sua utilização no direito nacional não há qualquer previsão de um procedimento que possa orientar sua aplicação. Não se ocupou o legislador pátrio de estabelecer um parâmetro procedimental nessa seara, deixando tal tarefa a cargo dos aplicadores da lei, que haverão de construir um ambiente ético onde possam operar a aplicação do instituto, sopesando os interesses da coletividade em face dos direitos e garantias fundamentais, tendo como vetores principais valores constitucionais de alta grandeza, como a dignidade da pessoa humana e os princípios da proporcionalidade, do contraditório e da ampla defesa.

3.5.2 Algumas Diretrizes na Utilização da Infiltração por Agentes do Estado em Organizações Criminosas e na Ação Controlada

Optou-se por estudar estes dois institutos em conjunto, tendo em vista que a compreensão dos mesmos passa pela categorização do que vem a ser “agente provocador”, “agente infiltrado” e “agente encoberto”, consoante explanado no primeiro capítulo deste trabalho. Rememora-se que a primeira categoria tem sua utilização proscribida no Direito Penal Brasileiro, tanto pelo artigo 17 do Código Penal, quanto pela Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal.

No que se refere às duas outras categorias, o direito pátrio acolheu a figura do “agente infiltrado” no artigo 2º, inciso V, da Lei n. 9.034/95, com redação determinada pela Lei n. 10.217/01, enquanto a espécie de “agente encoberto” foi contemplado pelo inciso II da mesma lei, com a denominação de “ação controlada”. Posteriormente, ambas as categorias foram contempladas na Lei n. 11.343/06, conhecida como a Nova Lei Antidrogas.

Fundamentalmente, a técnica de infiltração de agentes em organizações criminosas constitui uma providência que tem por finalidade maior obter informações que possam ser utilizadas como provas hábeis a fundamentar uma sentença penal condenatória. Dúvida não há de que essa técnica responde a uma política tendente a articulação de meios extraordinários de investigação a serviço da instrução processual penal. Caracteriza-se como um meio extraordinário porque afeta princípios constitucionais básicos e promove uma forte restrição de direitos fundamentais, devendo ser empregado nos estritos limites legais, diante dos riscos que representa para as garantias processuais do Estado de Direito. Trata-se de mais um produto do direito penal simbólico que muitos autores reputam de eficácia duvidosa.

A literatura jurídica especializa sobre a matéria atribui às duas características essenciais desse meio de produção probatória a responsabilidade pela sua duvidosa validade: o engano e a identidade fictícia do agente infiltrado²⁰⁵. Inegável que a obtenção de informação de relevância incriminadora vem motivada por uma falsa relação de confiança, fruto da ocultação da verdadeira condição do agente, bem como pela utilização de uma identidade fictícia, com alta potencialidade lesiva a direitos fundamentais, como por exemplo daquele direito que a doutrina alemã denomina de *direito à autodeterminação informativa*, assim como também pode afetar o *direito à intimidade* tanto em *sentido amplo* (privacidade) quanto em *sentido restrito*. Por via de consequência, essa modalidade probatória coloca em risco o direito à intangibilidade de dignidade humana, bem como ao livre desenvolvimento da personalidade.

O direito à autodeterminação informativa implica em que todos tenham o direito de eleger livremente os destinatários de suas conversas, precavendo-se desse modo em sua esfera privada pela escolha de seus interlocutores, embora correndo um risco natural representado pela possibilidade de quebra da confiança depositada. Entretanto, no âmbito das relações com o Poder Público, esta última circunstância não pode ocorrer, posto que a relação de confiança tem assento na própria moralidade dos atos do poder público, de modo que não há lugar para enganos ou subterfúgios, sob pena de subversão dos preceitos éticos que devem permear essa relação.

Convém agregar a esse contexto a observação de que todas as pessoas têm a faculdade de saber tudo que consta a seu respeito em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. No Brasil, a esse direito corresponde uma garantia representada pela possibilidade de ajuizamento do *habeas data*, previsto no artigo 5º, inciso LXXII, alínea “a”, da Constituição Federal.

Em outras palavras, o direito à autodeterminação informativa visa assegurar que as relações entre os cidadãos e o Poder Público se desenvolvam num ambiente imune a enganos e subterfúgios, exigindo-se por parte deste uma atitude transparente. Desse modo, quando se admite que o Estado possa enganar sem violar direitos constitucionais, outra coisa não pode ser senão a admissão pura e simples do modelo de Estado policial, no qual a qualquer

²⁰⁵STEFAN BRAUN, J. M. La Investigación Encubierta como Característica del Proceso Penal Altoritario. In: **La Insostenible Situación del Derecho Penal**. Granada: Comares, 1999, p.7

momento e sob qualquer pretexto, o poder público pode violar as comunicações postais, telefônica, bem como introduzir agentes encobertos²⁰⁶.

Toda vez que o Poder Público lança mão desse meio de prova, penetra sem o consentimento do cidadão na esfera de sua vida privada (intimidade em sentido amplo), mediante uma ação de natureza continuada, que se revela muito mais grave do que, por exemplo, uma escuta telefônica que se reveste de um caráter pontual. Evidentemente, esse mecanismo pode ultrapassar os limites da privacidade do indivíduo, adentrando ao núcleo duro da sua intimidade (*intimidade em sentido restrito*), composto por suas relações afetivas, sexuais, dentre outras que muitas vezes o sujeito deseja que permaneçam ocultas, ou apenas compartilhadas com outras pessoas de sua extrema confiança.

Por tudo isso, tem-se como absolutamente necessário que a infiltração de agentes em organizações criminosas apenas se dê em caráter excepcional e mediante ordem judicial devidamente fundamentada. Evidentemente, antecede a essas possibilidades o cumprimento do princípio da legalidade, que consiste na exigência desse procedimento probatório encontrar-se regulamentado por lei, a exemplo do que ocorre nas duas legislações brasileiras que disciplinam a matéria, consoante demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho.

No direito brasileiro, a regulamentação do instituto é demasiadamente lacônica, posto que nem na Lei n. 9.034/95, nem na nova lei antidrogas (Lei n. 11.343/06), há maiores esclarecimentos a respeito do procedimento a ser adotado no caso de sua utilização, razão pela qual alguns autores apontam a utilização da lei que regulamenta a interceptação de comunicações telefônicas (Lei n. 9.296/96) como forma de suprimento dessa lacuna legal. Nesse sentido, Eduardo Araújo da Silva:

[...] a lei nacional não disciplinou um procedimento próprio para seu processamento, assim como não previu quais os requisitos para seu deferimento, quem tem legitimidade para requerê-la, se o juiz pode determiná-la de ofício ou não, por quanto tempo pode perdurar, se é possível sua renovação, se as informações obtidas pelo policial devem ser relatadas ao juiz e como se dá a participação do Ministério Público. [...] visando assegurar o respeito às garantias do investigado, somente resta valer-se, por analogia e no que couber, do procedimento previsto na lei nº 9.296/96, [...] pois reflete a moderna concepção do princípio da proporcionalidade em relação a matéria que igualmente pode resultar em restrição ao direito à privacidade²⁰⁷.

Consoante tal compreensão, esse procedimento probatório restritivo de direitos fundamentais somente poderá ser utilizado quando não seja possível a obtenção da prova por

²⁰⁶GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. **Infiltración Policial y “Agente Encubierto”**. Granada: Comares, 2001, p. 94-95.

²⁰⁷SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p. 87-88.

outros meios disponíveis, no caso de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo, bem como em relação aos crimes previstos na nova lei antidrogas.

Poderá ser requerida pelo Delegado de Polícia que preside o inquérito policial, além do Ministério Público que tem a faculdade de fazê-lo tanto na fase de investigação criminal quanto na instrução processual penal. Não se há de negar a possibilidade de o juiz determiná-la de ofício, a título de suprir eventual omissão das partes, especialmente dos demais legitimados, conforme artigo 3º, incisos I a II, da Lei n. 9.296/96.

Tanto o requerimento dos legitimados quanto a decisão judicial devem ser fundamentados, de modo a revelar amplamente a necessidade da medida para a apuração das ações criminosas que se pretende provar, com indicação dos meios a serem empregados para sua execução. O prazo para execução da medida de interceptação de comunicações é de quinze dias, prorrogável caso comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Obviamente, o prazo inicialmente formulado é muito curto para a execução de uma medida de infiltração de agentes em organizações criminosas, cabendo ao juiz analisar em cada caso a necessidade de sua prorrogação de modo a alcançar maior utilidade do ponto de vista da produção probatória. Entretanto, tratando-se de medida que implica em restrição de direitos fundamentais, deverá o juiz observar o tempo mínimo imprescindível e necessário para realização das diligências, requisitando informações periódicas sobre o desenvolvimento das investigações.

Concluídas as operações, os agentes de polícia ou de inteligência, através de seus órgãos especializados pertinentes, deverão encaminhar o resultado das apurações ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado contendo o resumo das operações realizadas, observando-se o mais absoluto sigilo durante toda a fase de infiltração.

A legislação brasileira igualmente nada dispôs a respeito dos limites a serem observados pelos agentes infiltrados, posto que a referência acerca da exclusão de antijuridicidade que havia no projeto aprovado pelo Poder Legislativo em relação ao crime de formação de quadrilha ou qualquer outro tipo análogo fora vetada pelo Presidente da República. Nada obstante, não se pode negar que em tal circunstância o agente encontra-se acobertado pelo estrito cumprimento do dever legal, na forma do artigo 23, inciso III, do Código Penal.

Outra controvérsia tratada pela doutrina especializada refere-se à possibilidade de o agente infiltrado, no cumprimento de sua missão, sujeitar-se a necessidade de cometer delitos de outra natureza, posto que para sua perfeita ambientação na organização criminosa

investigada não se pode descartar a hipótese da prática de algumas modalidades delituosas, sob pena de ter revelada sua verdadeira intenção, expondo não apenas a operação ao fracasso, mas especialmente a sua própria vida a risco.

Eduardo Araújo da Silva expõe assim sua preocupação com o tema:

É necessário identificar um ponto de equilíbrio entre os interesses estatais e os princípios orientadores do Estado de Direito, pois se de um lado o Estado deve buscar reprimir com eficiência a criminalidade organizada, de outro não podem seus agentes praticar quaisquer infrações penais, que até eventualmente podem ser mais gravosas que as cometidas pela organização criminosa. Haveria inevitável contrasenso, pois naturalmente não se afigura razoável conceber que o Estado possa, por seus agentes, na atividade de persecução criminal, praticar condutas mais gravosas que as apuradas²⁰⁸.

A solução que se apresenta não poderia ser outra senão a análise da proporcionalidade entre a conduta do agente infiltrado e o fim buscado pela investigação, não podendo o agente infiltrado converter-se em agente provocador, ultrapassando a linha de propósito de exclusiva busca dos elementos de provas. Seria ideal que na iminência de se ver em situações que possam resultar na prática de alguma figura típica, o juiz fosse comunicado previamente para analisar a conveniência do prosseguimento na operação. Contudo, não há como negar o fato de que na maioria das vezes tal medida se torna materialmente impossível, sob pena de comprometimento grave das diligências, restando apenas a possibilidade de análise posterior da conduta do agente infiltrado tendo como parâmetro o juízo de proporcionalidade acima referido, a fim de concluir pela ocorrência ou não de excessos.

Seguindo o mesmo estilo conciso, a legislação brasileira não estabeleceu nenhum procedimento específico para a hipótese de agente encoberto, entre nós denominada ação controlada, relegando sua utilização ao esforço doutrinário bem como ao prudente critério judicial escudado em outras regras procedimentais que possam auxiliá-lo na sua operacionalidade. Eduardo Araújo da Silva observa que:

Malgrado a ausência de previsão legal de um procedimento, a adoção da ação controlada exige limitações: não poderão os policiais abandonar uma conduta meramente passiva de acompanhamento e observação das atividades investigadas, sob pena de provocação das condutas ilícitas, assim como não poderão praticar atos que comprometam a intimidade e a vida dos investigados (interceptação das conversações telefônicas e ambiental, invasão de domicílio, busca e apreensão de bens e violação do sigilo bancário e fiscal), salvo mediante prévia autorização judicial. Ainda não poderão os policiais retardar suas condutas por tempo indeterminado, sob pena de ensejar especulações sobre os reais motivos desse retardamento. Embora não seja prevista na lei uma limitação temporal para a

²⁰⁸Idem, p.90.

diligência de acompanhamento das atividades ilícitas, sua paralisação deve ocorrer quando já satisfeita a “formação das provas” ou o “fornecimento de informações” [...]”²⁰⁹.

No que se refere à valorização das provas obtidas pelas modalidades de infiltração de agentes em organizações criminosas e ação controlada, o sistema processual penal brasileiro admite como válidos os depoimentos dos agentes que participaram da operação, por força do artigo 202 do Código de Processo Penal. Contudo, algumas cautelas devem ser adotadas pelo juiz, ante a possibilidade de os depoimentos prestados encontrarem-se carregados de uma excessiva carga valorativa, como decorrência natural da tentativa de demonstração da própria legitimidade dos trabalhos realizados²¹⁰.

Eduardo Araújo da Silva recomenda que o juiz deva atentar-se para dois elementos de valoração: “(1) a inexistência de interesse em afastar eventual ilicitude em suas diligências; (2) a comprovação de seu depoimento por outros meios de prova, salvo impossibilidade de fazê-lo”²¹¹. Isto significa que os depoimentos, como regra geral, não têm valor absoluto, devendo ser confrontados com outras provas reunidas durante a instrução processual, tais como as apreensões de bens e documentos relacionadas aos crimes imputados, interrogatórios dos acusados, além de eventuais provas obtidas lícitamente através de mecanismos diversos, como interceptações telefônicas, quebras de sigilo fiscal e bancário, dentre outras. Portanto, a medida alcança maior eficácia probatória na proporção em que os agentes que integram a operação reúnam outros elementos de provas complementares.

3.5.3 O Valor da Interceptação das Comunicações Telefônicas em Processos Relativos à Criminalidade Organizada

A Constituição da República Federativa do Brasil adotou a corrente que atribui ao sigilo das comunicações telefônicas uma construção rigorosamente formal. Assim sendo, o sigilo das comunicações telefônicas não decorre do conteúdo da conversa, mas do fato de se tratar de uma expressão transcendente da liberdade do indivíduo, de modo que para Ada

²⁰⁹Idem, p.94-95.

²¹⁰ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p.127.

²¹¹SILVA, Eduardo Araújo da. Op.cit., p.152.

Pellegrini Grinover a liberdade de comunicação é espécie de liberdade de manifestação de pensamento, enquanto o sigilo é expressão do direito à intimidade.²¹²

Luiz Flávio Gomes, citando a mesma autora, pontifica que “a tutela desse direito concretiza-se seja pela ‘proteção do segredo’ (ninguém pode ter conhecimento ou controle de uma comunicação), seja pela ‘proteção da reserva’ (que impede a divulgação abusiva daquilo que se conheceu lícitamente)”²¹³.

Consoante já referido no primeiro capítulo deste trabalho, o sigilo das comunicações telefônicas, no Brasil, somente foi contemplado pela Constituição Federal de 1969, de modo que a possibilidade de seu afastamento restava impossível por falta de regulamentação. Após a Constituição Federal de 1988, mesmo a despeito do artigo 5º inciso XII, parte final, a remoção do sigilo ficou condicionada à regulamentação legislativa, o que somente ocorreu pela Lei n. 9.294, de 24 de julho de 1996. Embora não sendo um instrumento de produção de prova específico para apuração de condutas delituosas praticadas por organizações criminosas, tem prestado um importante papel nessa seara.

Enquanto medida que afasta pontualmente o exercício de um direito fundamental, a interceptação telefônica tem sua utilização exclusiva como emanção da reserva de jurisdição, vale dizer, somente pode ser decretada por *ordem judicial* devidamente motivada, nas hipóteses e na forma legal “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, consoante artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Regulamentando a matéria, a Lei n. 9.296/96 estabeleceu a necessidade de garantir segredo de justiça à medida, aplicando a mesma regra à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Aliás, o plenário do Supremo Tribunal Federal negou liminar questionando essa extensão²¹⁴. A lei em questão veda o deferimento da medida quando *não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal ou a prova puder ser feita por outros meios disponíveis*.

Dentre outras particularidades da norma, convém observar que a medida somente se aplica aos *crimes punidos com pena de reclusão*, mas o Supremo Tribunal Federal admite a licitude de gravações relacionadas a crimes apenados com *detenção*, desde que *conexos com*

²¹²GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976.

²¹³GOMES, Luiz Flávio Gomes; CERVINI, Raúl. Op.cit., p.87.

²¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.488-DF. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 19 nov. 2007.

aqueles, no mesmo procedimento²¹⁵. O acusado somente terá conhecimento do conteúdo após sua produção, no curso da ação penal correspondente, devendo o contraditório ser diferido em razão do sigilo necessário à produção da prova.

Não pode ser interceptada a conversa entre o acusado e seu defensor, pois o sigilo profissional do advogado, no exercício da profissão, é garantia do próprio devido processo legal. Exceção deve ser feita se o advogado estiver envolvido na atividade criminosa²¹⁶.

Considera-se *gravação clandestina* a captação da conversa pessoal, ambiental ou telefônica no mesmo momento em que se realiza, feita por um dos interlocutores, ou terceira pessoa com seu conhecimento, sem que haja conhecimento dos demais interlocutores. Note-se que na interceptação nenhum dos interlocutores tem conhecimento da escuta, enquanto na gravação clandestina pelo menos um deles tem. Esta conduta é vedada pelo inciso X, enquanto aquela pelo inciso XII do artigo 5º, da Constituição Federal. A tutela constitucional pretende tornar inviável a manifestação de pensamento que não se dirige ao público em geral, mas a pessoa, ou pessoas determinadas. Consiste no direito de escolher o destinatário da transmissão. O Supremo Tribunal Federal não admitiu a licitude da prova de adultério obtida por gravação clandestina em fita magnética, em antiga ação de desquite²¹⁷.

Do mesmo modo, “*a gravação de diálogos privados, quando executada com **total desconhecimento de um dos seus partícipes**, apresenta-se eivada de **absoluta desvalia**, especialmente quando o órgão da acusação penal postula, com base nela, a prolação de um decreto condenatório*”²¹⁸. Importante consignar, entretanto, que o mesmo Supremo Tribunal Federal já admitiu gravação ambiental com autorização judicial, mesmo ausente lei específica que regulamente o assunto: “*Gravação magnética de conversa mantida entre vítima e réu. Ilegalidade inexistente. Realização, ademais, com autorização judicial*”²¹⁹.

A doutrina passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Defende-se que em tais casos tem aplicação o princípio da proporcionalidade, já que nenhuma liberdade

²¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 83515/RS. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 19 nov. 2007.

²¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 833966. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 19 nov. 2007.

²¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 84/609.

²¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação penal n. 307-3-DF. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 19 nov. 2007.

²¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 74.678-1/SP. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 19 nov. 2007.

pública é absoluta, havendo casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante do que o direito à intimidade, segredo, ou liberdade de comunicação, por exemplo.

Da mesma forma, na jurisprudência entende-se que a invalidade é eliminada por causas excludentes de ilicitude, em prol do princípio da inocência. Portanto, a regra é a da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, que só excepcionalmente deverão ser admitidas em juízo, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana na colheita de provas e na própria persecução penal do Estado. Em linha de conclusão, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, ao não observarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado.

Aponta-se como exemplo a utilização de uma gravação realizada pela vítima, sem o conhecimento de um dos interlocutores, que comprovasse a prática de crime de extorsão, pois o próprio agente do ato criminoso, primeiramente, invadiu a esfera de liberdades públicas da vítima, ao ameaçá-lo e coagi-lo. Nesse contexto, deve-se reconhecer que a vítima, em legítima defesa de suas liberdades públicas, obteve uma prova necessária para responsabilizar o agente.

Ocorre nessa hipótese uma ausência de ilicitude da prova, pois quem a produziu agiu em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face da conduta anteriormente ilícita. Eis a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria:

É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista²²⁰.

Em outro julgado, relativo a crime praticado por agente público, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que as condutas destes devem pautar-se pela transparência e publicidade, não podendo a invocação de inviolabilidades constitucionais constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, que permitam a utilização de seus cargos,

²²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 75.338-8. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 19 nov. 2007.

funções ou empregos públicos como verdadeira cláusula de irresponsabilidade por seus atos ilícitos²²¹.

Nesse breve panorama acerca da aplicação da interceptação das comunicações telefônicas autorizadas judicialmente, constata-se que dentre todos os meios operacionais para prevenção e repressão do crime organizado, este é o que oferece maior garantia no que se refere ao seu valor probatório, especialmente porque regulamentado com maior precisão. Além disso, uma vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem orientado os aplicadores do direito na sua utilização, de modo a evitar excessos e tendências autoritárias que possam representar risco para a convivência das liberdades democráticas.

Registre-se, apenas, que ainda não se desenvolveu uma cultura de preservação do sigilo das provas. Frequentemente, o teor de conversas telefônicas obtidas mediante tal procedimento tem sido divulgado nos meios de comunicação social, em frontal contradição com a própria norma regulamentar, que impõe o sigilo das provas. Urge que se estabeleça maior mecanismo de controle dessas provas, responsabilizando civil e criminalmente todo aquele que indevidamente fazer divulgar o seu teor sob qualquer pretexto.

3.5.4 Produção Probatória por meio de Acesso a Dados, Documentos e Informações Fiscais, Bancárias, Financeiras e Eleitorais dos Integrantes das Organizações Criminosas

O sigilo fiscal, bancário, financeiro e eleitoral não encontra um regramento específico na Constituição Federal, mas pode ser entendido como uma espécie de tutela da privacidade inerente à personalidade das pessoas. A remoção do sigilo bancário e financeiro encontra-se regulado pela Lei Complementar n. 105/2001, podendo ser promovido por ordem judicial ou Comissões Parlamentares de Inquérito, em qualquer caso mediante decisão fundamentada, embora a própria lei também a permita através de solicitação do Poder Legislativo, após deliberação aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado.

Não se discute que a preservação do sigilo bancário, fiscal e financeiro encontra-se compreendido em nosso ordenamento jurídico como direito fundamental, como espécie do direito à privacidade das pessoas. Contudo, assim como qualquer direito ou garantia

²²¹BRASIL. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.709, 1994, p. 418.

fundamental encontra-se sujeito a limitações, podendo ser removido para satisfação de interesse público.

Importa para este trabalho apenas a utilização desse meio para apuração de ações praticadas por organizações criminosas. Nesse passo, não há procedimento específico para a remoção do sigilo em qualquer uma das hipóteses em estudo, mas essa circunstância não causa maiores dificuldades, posto que as informações poderão ser requisitadas em qualquer fase, seja do inquérito policial, seja da instrução processual, desde que em condição de ser submetido ao crivo do contraditório.

Dentre todos esses mecanismos, o que oferece maior elemento de prova é justamente a movimentação bancária e a financeira da organização, que pode revelar sua potencialidade operativa em função do volume de recurso manejado. Outrossim, pode deixar transparecer as conexões existentes entre terceiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, assim como com os agentes do Poder Público.

Não há maiores dificuldades na sua utilização, especialmente porque não estão sujeitas ao princípio da oportunidade, pois a qualquer momento em que se fizer necessário pode-se requisitar os elementos existentes em poder da Fazenda Pública ou das instituições bancárias, submetendo-os posteriormente ao crivo do contraditório. Além disso, as provas obtidas poderão ser utilizadas para subsidiar outras medidas complementares no enfrentamento do crime organizado, especialmente aquelas relativas à indisponibilidade de bens ou perdimento do produto do crime. Isto, aliás, pode ser a parte mais eficaz da medida, pois as investidas mais eficientes contra as organizações criminosas são aquelas que afetam o seu conteúdo econômico ou patrimonial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma grande controvérsia envolve a busca de uma apreensão conceitual de crime organizado, levando alguns autores, como Eugênio Raúl Zaffaroni, a pontificar que se trata de uma “categorização frustrada”, ou seja, de uma tentativa de estabelecer um rótulo sem utilidade científica, carente de conteúdo jurídico-penal ou criminológico.

De fato, o risco de uma conceituação legal estaria tanto na possibilidade restritiva quanto na ampliativa, pois, no primeiro caso, expõe-se ao perigo de desconsiderar várias condutas e modalidades, esvaziando o conceito que inevitavelmente pode se tornar inócuo e inoperante.

Por outro lado, uma conceituação extensiva poderia abranger muitas condutas, representando um excesso incriminador pouco salutar a uma convivência democrática no Estado de Direito, resultando dessa equação uma difícil dualidade na elaboração legislativa.

O legislador encontra-se confinado entre a escolha de uma fórmula genérica, causadora de insegurança e permissiva da ampliação do arbítrio judicial ante a permanente mutação da realidade social, ou uma fórmula rígida, limitativa da atividade exegética, mas imobilizadora do preceito, que invariavelmente seguirá a reboque das transformações sociais.

Parece que a solução para esse impasse esteja na busca de um núcleo comum que possa refletir o conteúdo semântico das expressões *organizações criminosas* e *crime organizado*, cuja atitude pode representar o alcance de maiores níveis de eficácia em relação às medidas de segurança pública e às normas legais que se propõem a responder a essa nova realidade criminológica.

A legislação brasileira não oferece um conceito de organizações criminosas e nem de crime organizado. Alguns caminhos poderão ser percorridos para se chegar a uma conceituação dessas categorias. O primeiro deles parte da concepção de organização

criminosa para depois definir o que vem a ser crime organizado. O segundo parte da noção de crime organizado, definido em função de seus elementos essenciais, sem especificação de tipos penais, geralmente incluindo entre suas características o fato de pertencer o agente a uma organização criminosa. Por fim, a terceira via se vale do rol dos crimes previstos no sistema, acrescentando outros, os quais são tidos como crimes organizados.

Elege-se o primeiro caminho como o ideal para realização dessa tarefa, de modo que todo esforço conceitual deve se concentrar na observação do modo de ser das organizações criminosas, reconhecendo o crime organizado com seu produto.

Os aportes fornecidos pela doutrina permitem estabelecer alguns parâmetros capazes de identificar com certa precisão uma organização criminosa, a qual se apresenta como uma associação de pessoas que se dedica a oferecer à sociedade produtos ou serviços proibidos, moralmente repelidos ou escassos, visando a obtenção de lucros e o acúmulo de riqueza e poder, edificada em um ambiente de impunidade provocada pela cultura de supressão de provas e pela corrupção dos agentes do poder público.

No aspecto interno ela se notabiliza por uma estrutura hierarquizada, cujos integrantes vinculam-se ao comando da organização em variados níveis, com um notável índice de solidariedade pelo medo e, no âmbito externo, mediante a prática de atos violentos, os quais assumem natureza de intimidação, visando à redução dos obstáculos que se interpõem aos seus objetivos. Nota-se, portanto, nessas estruturas uma considerável sofisticação que torna uma organização criminosa diferente de outra realidade geralmente conhecida como quadrilha ou bando, posto que seu grau ofensivo à sociedade é potencialmente maior, especialmente em função do seu estilo requintado.

A Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a Convenção de Palermo como documento oficial contra o crime organizado, cuja aprovação no Congresso Nacional do Brasil se deu em maio de 2003, sendo promulgada em março de 2004. Nessa Convenção definiu-se Grupo Criminoso Organizado como aquele “estruturado de três ou mais pessoas, existentes 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”.

Nessa conceituação três critérios foram privilegiados: *estrutural*, representado pelo número mínimo de pessoa; *finalístico*, em função da indicação de alguns crimes reconhecidos como típicos de organização criminosa e *temporal*, decorrente da permanência e do vínculo associativo. Além disso, ao acrescentar a preponderância da finalidade econômica diferenciou organização criminosa de terrorismo, onde predomina o conteúdo ideológico.

Ponto crucial na resposta estatal às ações praticadas por organizações criminosas é a necessidade de responsabilização penal de seus agentes. Fundamentalmente, esse processo de penalização em sede do Estado de Direito decorre de uma segura produção probatória sob o crivo do contraditório, tarefa difícil nesse campo, não só em função da sofisticação das atividades, mas também em face de outros mecanismos inerentes a essas organizações, como a solidariedade pelo medo e a cultura de supressão de provas. Daí o surgimento de meios operacionais diferenciados para a obtenção de provas dessa realidade fenomênica.

Importa observar que esses novos mecanismos de produção de prova vieram suprir uma lacuna na legislação processual penal, desde o momento em que se percebeu a ineficácia dos modelos tradicionais de coleta de provas. Contudo, não há negar a pesada carga restritiva de direitos fundamentais contida nesses meios operacionais, o que exige acurada cautela em sua aplicação.

Foi nesse contexto que surgiram os meios de prova objeto deste trabalho: a delação premiada ou colaboração processual, a infiltração de agentes em organização criminosa e a ação controlada, a interceptação das comunicações telefônicas e a quebra de sigilos fiscal, bancário e financeiro.

A delação premiada consiste numa técnica de investigação e produção de prova baseada no estímulo concedido a um agente para revelar a participação de outrem na mesma atividade criminosa, exigindo a confissão do delator.

A primeira lei brasileira que disciplinou a utilização da delação premiada foi a dos crimes hediondos. Trata-se da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que tornou possível sua aplicação apenas em se tratando do crime de quadrilha ou bando, quando suas atividades estiverem voltadas para o cometimento de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Estabeleceu a possibilidade de redução da pena de um a dois terços do participante ou associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento. Focou-se o resultado da delação, qual seja, possibilitar a desarticulação da *societas sceleris*.

Passados quase cinco anos dessa primeira experiência, a técnica de delação premiada foi estendida aos crimes praticados por organizações criminosas, por força da Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Exigiu esta lei a colaboração espontânea do agente com vista ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria, mantendo a mesma possibilidade de redução da pena de um a dois terços.

Dois meses depois, a Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995, ampliou a aplicação do instituto para os crimes contra o sistema financeiro nacional, fazendo o mesmo em relação aos

crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Nota-se que nesta fase manteve-se a mesma possibilidade de redução da pena, mediante confissão espontânea reveladora de “toda a trama delituosa”, em se tratando de crimes daquela natureza cometidos em quadrilha ou co-autoria.

Seguindo a tendência de progressiva admissão da delação premiada em nosso sistema jurídico, a Lei n. 9.269, de 2 de abril de 1996, ampliou a aplicação do instituto ao crime de extorsão mediante seqüestro, quando praticado em concurso, e o concorrente denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado. Manteve-se a mesma possibilidade de redução da pena. Mais do que a identificação dos co-autores, a lei alvejou um resultado específico: a libertação da vítima.

Quebrando o paradigma da restrição do benefício pela delação à redução da pena de um a dois terços, a Lei n. 9.613, de março de 1998, que trata dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, além de ampliar o instituto para essa modalidade delitiva, tornou possível o cumprimento da pena em regime aberto, facultando ao juiz a substituição de uma pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou até mesmo conceder o perdão judicial. Nota-se que também aqui fora mantida a possibilidade de redução de um a dois terços da pena.

A extensão da delação premiada a todos os delitos se deu pela Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, que, dentre outras providências, regulamentou a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Não obstante, manteve posteriormente o legislador a prática de regulamentar o instituto para condutas específicas, a exemplo da Lei n. 10.409/02, posteriormente revogada pela Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2007, ambas tratando sobre o crime de tráfico ilegal de drogas.

Diante desse universo legislativo, a grande questão que se impõe diz respeito à forma de aplicação dessas normas que contemplam o instituto da delação premiada, posto que os requisitos são díspares. A melhor resposta a essa indagação é aquela que busca evitar conflitos entre elas, partindo do princípio de que há uma norma geral aplicável a qualquer tipo de crime, no caso a Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, enquanto as demais se tratam de normas especiais, cada uma delas com sede própria de aplicação e com força revogadora da *lex specialis*.

Evidentemente, não se pode negar que a forma utilizada pelo legislador brasileiro na regência da matéria não é a mais adequada, pois submete o intérprete a um conjunto de leis extravagantes com requisitos diferenciados e para aplicação específica, quando tudo poderia

ser mais racionalmente disciplinado na parte geral do Código Penal, resultando numa melhor utilização do instituto.

A infiltração por agente do Estado em organização criminosa consiste numa técnica de investigação para obtenção de prova, mediante a qual agentes estatais, devidamente autorizados por ordem judicial, infiltram-se numa organização criminosa, dissimulando sua verdadeira identidade e intenção, e, após interagir com os seus integrantes, reúne provas contra os mesmos. Baseia-se em três premissas: a dissimulação, o engano e a interação.

Diferenciam-se as figuras do agente provocador, infiltrado e encoberto. A primeira categoria encontra-se proscriita do sistema jurídico brasileiro, pois não há crime quando a preparação do flagrante torna impossível a sua consumação.

Quanto à condição de agente infiltrado, trata-se daquele que detém autorização judicial para interagir com os agentes do crime organizado, nas circunstâncias acima referidas, a fim de produzir provas contra os mesmos. Por fim, agente encoberto é aquele que apenas acompanha dissimuladamente as operações criminosas, sem maior interação com os seus agentes, objetivando autuá-los em flagrante em condições mais favoráveis para obtenção da prova e responsabilização da maior quantidade de delinqüentes.

A legislação brasileira cuidou das duas últimas categorias, contemplando a figura do *agente encoberto* no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 9.034/95, denominando esse meio operacional de “ação controlada”. Já a hipótese de *agente infiltrado* restou contemplada na Lei n. 10.217/01, cuja norma alterou a redação original da lei que trata do crime organizado.

Na “ação controlada” retarda-se a atuação policial em favor de um resultado mais eficaz no campo da produção probatória, configurando o que a doutrina costuma denominar de *flagrante prorrogado*. Exigem-se as autorizações legal e judicial para evitar uma responsabilização penal dos agentes públicos pelo deliberado retardamento de suas condutas, já que estão tangidos pelo dever de agir de modo plenamente vinculado.

Observou-se que os dois institutos também foram contemplados na Lei n. 11.343/2006, pela doutrina denominada nova lei antidrogas, na qual se consignou expressamente a necessidade de autorização judicial e a oitiva prévia do Ministério Público. Ou seja, na legislação pátria, a infiltração de agentes e a ação controlada somente poderão ser autorizadas judicialmente e em se tratando de ações praticadas por organizações criminosas ou tráfico de drogas.

Embora a interceptação das comunicações telefônicas não seja utilizada exclusivamente como meio operacional para prevenção e repressão das ações praticadas por organizações criminosas, posto que antecede à regulamentação destes meios por lei

específica, o certo é que vem sendo utilizada com eficácia nessa seara. Sua regulamentação encontra-se na Lei n. 9.296/96, mas a norma que trata do crime organizado a ela se referiu como um de seus instrumentos de produção de provas.

A Constituição Federal enalteceu o sigilo das comunicações telefônicas, mas permitiu a sua violação por ordem judicial, nas hipóteses e na forma prevista em lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Portanto, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1998, a remoção do sigilo das comunicações telefônicas ficou impedida por quase oito anos de ser utilizada à espera da lei regulamentadora, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido reiteradamente a ilicitude das provas obtidas por esse meio, ainda que decorrentes de autorização judicial.

Com a regulamentação desse mecanismo de produção de prova, ampliado para a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, estabeleceu-se sua utilização quando presentes indícios razoáveis de autoria ou participação de alguém em infração penal punida com reclusão, na impossibilidade da prova ser produzida por outros meios disponíveis.

As provas colhidas devem ser submetidas posteriormente ao crivo do contraditório, mantendo-se o sigilo das mesmas, sob pena de infração penal apenada com reclusão, de dois a quatro anos, e multa. O Supremo Tribunal Federal reconheceu que a remoção do sigilo das comunicações telefônicas encontra-se circunscrita à reserva de jurisdição, não podendo nenhum órgão diferente do judiciário, nem mesmo as Comissões Parlamentares de Inquérito, decretá-la.

Do mesmo modo, o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais não se tratam de mecanismos exclusivos para apuração do crime organizado, mesmo porque já vinham sendo utilizados antes da regulação deste. Destacou-se que aqui não se encontra em área denominada reserva de jurisdição, posto que tais medidas poderão ser decretadas por órgão com poderes de investigação próprio das autoridades judiciais, como as Comissões Parlamentares de Inquérito.

A disciplina constitucional do sigilo fiscal, bancário e financeiro é extraída da tutela do direito à intimidade e a privacidade, conforme artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, devendo manter-se o sigilo das provas obtidas. Assume importante valor a utilização desses meios para produção de provas em se tratando de organizações criminosas, porque a sua principal meta é a obtenção de lucro.

Os mecanismos estatais elaborados a título de resposta às ações praticadas por organizações criminosas, porque fortemente restritivos de direitos fundamentais, revelam um

dos mais preocupantes reflexos da crise pela qual passa atualmente o Estado de Direito, cujos contornos merecem ser reavivados em busca de uma solução para as contradições que se instalaram em seu interior. Acredita-se que essa tarefa possa ser cumprida a contento sob as luzes dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, em sua teoria geral do garantismo jurídico.

Adotou-se essa teoria porque ela se apresenta com aptidão para aferir o grau de legitimidade do Estado pela medida de respeito e efetivação dos direitos fundamentais, oferecendo uma proposta para superar as contradições que se instalaram nas estruturas do Estado de Direito contemporâneo, notabilizadas por constantes violações à dignidade da pessoa humana e a seus direitos fundamentais.

Esse instrumental prático-teórico proposto por Ferrajoli pretende tutelar os direitos contra a irracionalidade do exercício do poder, negando legitimidade a qualquer modelo de controle social que privilegie a defesa social em detrimento dos direitos fundamentais, na proporção em que se identifica uma enorme distância entre a normatividade estabelecida no plano constitucional e a sua efetividade nos níveis inferiores.

Em sede da teoria geral do garantismo jurídico, importa a sujeição das práticas jurídicas à constituição, não apenas em seu aspecto formal, mas especialmente no plano material, exatamente porque suas bases estão fincadas no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, privilegiando o conceito de centralidade da pessoa.

A crise do direito da qual se falou pode ser tratada sob três diferentes aspectos: uma *crise de legalidade*, materializada pela usurpação do exercício do poder, agravada por ausência de mecanismo de controle eficiente; uma *crise do Estado Social*, decorrente do não cumprimento das promessas anunciadas, por causa de uma inadequada estrutura formal de Estado de Direito e, finalmente, uma *crise do Estado Nacional*, pela alteração do sistema de fontes da soberania, resultando no enfraquecimento do constitucionalismo.

O risco que essas três formas de crise do Direito representam para a democracia decorre da afronta ao princípio da legalidade, vale dizer, da sujeição dos poderes públicos à lei, ensejando o surgimento de diferentes formas neo-absolutistas de poder público, sem quaisquer limites ou controles guiados por interesses fortes e ocultos.

Segundo o professor Sérgio Cademartori, a teoria adotada propõe um modelo ideal de Estado de Direito, aos quais os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. Nesse modelo, os conteúdos substanciais do Direito são programados, assim como suas formas de produção, encontrando-se vinculados normativamente aos princípios e valores presentes nas constituições, através de técnicas de garantias.

Luigi Ferrajoli observa que a teoria do garantismo jurídico, ainda que reconhecido constitucionalmente, demonstra-se amplamente desatendido na prática. Contudo, sua transposição do Direito Penal para outras áreas do Direito potencializou sua aplicação, na medida em que passou a ser compreendido como um modelo normativo de Direito, uma teoria crítica do Direito e uma filosofia do Direito e crítica da política.

Enquanto modelo normativo de Direito, o garantismo tem correspondente no princípio da estrita legalidade penal, com projeções no *campo epistemológico*, enquanto sistema de poder mínimo; no *plano político*, como técnica capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade e, por último, no *plano jurídico*, constituindo-se em vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Sob a ótica de uma teoria crítica do direito, a teoria do garantismo resulta na formulação de uma teoria da validade, da efetividade e da vigência normativas, adotando-se estas três dimensões como realidades distintas. Importa identificar a divergência entre os modelos normativos garantistas e as práticas efetivas, cujas tendências são opostas. Vale dizer, os primeiros, embora válidos, são ineficazes; enquanto a segunda, apesar de inválidas, são eficazes.

Inaugura-se, assim, uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, lançando críticas internas, científicas e jurídicas ao plano jurídico positivo em vigor, legitimando ou deslegitimando as normas existentes.

Compreendido como filosofia política, o garantismo jurídico impõe ao Direito e ao Estado uma justificação externa, do ponto de vista dos bens e interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Ressalta a distinção entre Direito e moral, entre validade e justiça, valoração do ordenamento do ponto de vista interno e externo ou mesmo entre “ser” e “dever ser” no direito. Essa valoração do ordenamento a partir do ponto de vista externo ou ético-político corresponde a um olhar de baixo ou *ex populi*, enquanto a do ponto de vista interno refere-se a um olhar do alto ou *ex principis*.

Os limites substanciais impostos pela Constituição devem ser reconhecidos, a fim de evitar problemas comuns às democracias avançadas, como a desordem causada pelo aumento das demandas sociais, bem como pela redução da capacidade de regulação do direito, a inadequação e a falta de efetividade de suas técnicas de garantia e pela tendência do poder político de se esquivar dos controles jurídicos. O modelo garantista ultrapassa o puro procedimento, para alcançar uma democracia substancial, com um destacado papel reservado aos direitos fundamentais.

Essa técnica de limitação e disciplina dos poderes proposta pelo garantismo, na medida em que formula a esfera do indecível, concebe uma conotação estrutural e substancial da democracia, impedindo a supressão da minoria em temas como sobrevivência e subsistência.

Surge, portanto, o conceito de democracia social ou substancial, inerente ao Estado de Direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais como sociais, resultando na maximização das liberdades e das expectativas materiais, com a minimização dos poderes públicos, em qualquer simplificação institucional do Estado.

O gigantesco avanço da criminalidade organizada tem gerado problemas de matizes diversos à sociedade contemporânea, que passou a experimentar graves contradições no tratamento do binômio direito de punir estatal e garantias individuais do acusado. Um dos maiores campo de tensão nessas exigências contrapostas no campo de produção e valoração de provas no processo penal. É que a legislação de emergência tem adotado modelos de intervenção com elevada carga restritiva de direitos fundamentais.

Cogita-se da necessidade de dispensar aos integrantes de organizações criminosas o tratamento equivalente ao de um inimigo a ser combativo, bifurcando o Direito Penal e o Direito Processual Penal em “direito penal do cidadão” e “direito penal do inimigo”. Classifica-se o “inimigo” como aquele que defrauda a expectativa de um comportamento pessoal de forma duradoura, afastando-se do Direito e excluindo-se do conceito de pessoa-cidadão, já que não acolheu o estado de cidadania, não podendo participar dos benefícios do conceito de pessoa.

O grande desafio nesse campo é exatamente buscar um equilíbrio entre os interesses estatais de conferir eficiência penal na apuração de certas formas de criminalidade e a necessidade de preservação dos direitos fundamentais.

Tomando-se como ponto de partida o fato de que qualquer iniciativa tendente à restrição de direitos fundamentais deve ter caráter excepcional, exigindo-se uma ponderação dos interesses em conflito, conclui-se que a valoração das provas obtidas por intermédio dos meios operacionais para a prevenção e a repressão das ações praticadas por organizações criminosas também não se pode se afastar dessa exigência.

REFERÊNCIAS

AMODIO, Ennio. I Pentiti nella Common Law. In: **Revista Italiana di Diritto e Procedure Penale**, Milão: Giufrè, v. 29, 2004, p. 991-1004.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARENDRT, Hannah. Apud JUSTEN FILHO, Marçal. In: **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARATTA, Alessandro. Máfia: Rapporti tra Modeli Criminologici e Scelta di Política Criminale. Apud MOCCIA, Sérgio (Dir.). **Criminalità Organizzata e Risposte Ordinamentali. Tra Efficienza e Garanzia**, Nápolis: Edizioni Sceintifiche Italiane, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BECK, Francis Rafael. Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícito de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencadas

pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm>. Acesso em 2 maio 2007

_____. Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas — Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/Lei/1343.htm>. Acesso em 2 maio 2007.

_____. Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em 19 nov. 2007.

_____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em 19 mar. 2007.

_____. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em 19 mar. 2007.

_____. Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995. Acrescenta dispositivos às Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9080.htm>. Acesso em 29 mar. 2007.

_____. Lei n. 9.269, de 2 de abril de 1996. Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9269.htm>. Acesso em 19 mar. 2007.

_____. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em 18 maio 2007.

_____. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em 19 mar. 2007.

_____. Lei n. 9.807, de 13 de junho de 1999. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm>. Acesso em 19 mar. 2007.

_____. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.709, 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.488-DF. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 19 nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 83515/RS. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 19 nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 833966. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 19 nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação penal n. 307-3-DF. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 19 nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 74.678-1/SP. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 19 nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 75.338-8. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 19 nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16 de setembro de 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias**. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18 maio 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. RTJ 84/609.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 145*. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 10 maio 2007.

BRAZ, Graziela Palhares Torreão. **Crime organizado x direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Campinas: Millennium, 2007.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Traços do direito penal do inimigo na fixação da pena-base. In: **Boletim IBCCRIM**, ano 15, n. 178, set. 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, v.1, CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, v.1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1996.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CATENA, Vitor Moreno. La Protección de los Testigos y Peritos en el Proceso Español. In: FERRÉ, Juan Carlos; BORRALLO, Enrique Anarte (Orgs.). **Delincuencia Organizada: Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos**. Huelva: Universidade de Huelva, 1999.

CERVINI, Raúl; GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político-criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHIAVARIO, Mario. Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada. Tradução de Maurício Zanoide de Moraes. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 5, jan./mar. 1994.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADE FINANCEIRA. **Lavagem de dinheiro: um problema mundial**. Brasília: UNDCP, 1999.

D'AMICO, Silvio. **Il Collaboratore della Giustizia**. Roma: Laurus Robuffo, 1995.

FERNANDES, Antônio Scarance. Crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jacques de Camargo (Org.). **Justiça penal – 3: críticas e sugestões: o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. revista e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Emergenza Penale e Crisi della Giurisdizione. In: **Dei Delitti e delle Pene**, Bari, n.2, mag./ago. 1984.

FERRÉ, Juan Carlos; BORRALLO, Enrique Anarte (Orgs.). **Delincuencia Organizada: Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos**. Huelva: Universidade de Huelva, 1999.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **O crime organizado e as organizações criminosas: conceito, características, aspectos criminológicos e sugestões político-criminais**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Tese de Doutorado em Direito, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, n. 21, 1994.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. **Infiltración Policial y “Agente Encubierto”**. Granada: Comares, 2001.

GOMES, Abel Fernandes et al. **Crime organizado e suas conexões com o poder público: comentários a Lei nº 9.034/95: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime organizado**: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Interceptação telefônica**: lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Fernando et al. **Lei e crime**: o agente infiltrado *versus* o agente provocador; os princípios do processo penal. Lisboa: Almedina, 2001, p.255. Apud KNIJNIK, Danilo. O “agente infiltrado”, “encoberto” e “provocador”: recepção, no direito brasileiro, das defesas do *entrapment* e da “conduta estatal ultrajante”, como meio de “interpretação conforme” da Lei 9.034/1995. In: **RT/fascículo penal**, ano 93, v. 826, ago. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**: as interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, J. de C. (Coord.). **Justiça penal**: críticas e sugestões, o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995b, v.3. Apud GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Souza, 2006.

_____ et al. **As nulidades no processo penal**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

HASSEMER, Winfried. Processo penal e direitos fundamentais. In: **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

_____. Segurança pública no Estado de Direito: perspectivas de uma moderna política criminal. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. Elaborado por Cezar Roberto Bitencourt. In: **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HESSE, Konrad. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira Mendes et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

INELLAS, Gabriel C. Zacarias de. **Da prova em matéria criminal**, São Paulo: 2000. p. 93. Apud GUIDI, José Alexandre Marson. **Delação premiada no combate ao crime organizado**. Franca: Lemos & Cruz, 2006.

JAKOBS, Günther. **Criminalización en el Estadio Prévio a la Lesión de um Bien Jurídico**. Tradução de Enrique Peñaranda Ramos. Madrid: Civitas, 1997.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções críticas. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KNIJNIK, Danilo. O “agente infiltrado”, “encoberto” e “provocador”: recepção, no direito brasileiro, das defesas do *entrapment* e da “conduta estatal ultrajante”, como meio de “interpretação conforme” da Lei 9.034/1995. In: **RT/fascículo penal**, ano 93, v. 826, ago.2004.

LILLEY, Peter. **Lavagem de dinheiro**: negócios ilícitos transformados em atividades legais. São Paulo: Futura, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**, Campinas: Bookseller, 1997, v.2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito penal e direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

MOCCIA, Sérgio (Dir.). *Criminalità Organizzata e Risposte Ordinamentali*. Tra Efficienza e Garanzia, Nápolis: Edizioni Sceintifiche Italiane, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6.ed. revista, atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PEÑA, Antonio. Apud CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Campinas: Millennium, 2007.

PENTEADO, Jacques de Camargo (Org.). **Justiça penal – 3: críticas e sugestões**: o crime organizado (Itália e Brasil): a modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PEREIRA, Frederico Valdez et al. **Nova lei antidrogas**: teoria, crítica e comentários à lei nº 11.343/06. Niterói: Impetus, 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Apud MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Parte geral do código penal**: nova interpretação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: RT, v. 4, n. 13, jan./mar. 1996.

REGHELIN, Elisangela Melo. Entre terroristas e inimigos... In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 66, maio/jun, 2007.

RIVA, Carlos Ruga. Il Premio per la Collaborazione Processuale. Milão: Dott A. Giuffrè, 2002. Apud PEREIRA, Frederico Valdez et al. **Nova lei antidrogas**: teoria, crítica e comentários à lei nº 11.343/06. Niterói: Impetus, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. In: Plestra proferida no **1º Fórum Latino-Americano de Política Criminal**, promovido pelo IBCCRIM, de 14 a 17 de maio de 2002, em Ribeirão Preto, SP. Disponível em <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/crime_organizado.pdf>. Acesso em 25 jan. 007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1987, v.2.

SARDINHA, José Miguel. **O terrorismo e as restrições dos direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editores, 1989.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado**: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA, Percival de. **Uma concepção moderna de crime organizado**. I Fórum sobre o crime sem fronteiras. São Paulo: UNICID – Universidade Cidade de São Paulo, 1995.

STEFAN BRAUN, J. M. La Investigación Encubierta como Característica del Proceso Penal Altoritario. In: **La Insostenible Situación del Derecho Penal**. Granada: Comares, 1999.

SZNICK, Valdir. **Crime organizado**: comentários. São Paulo: LEUD, 1997.

UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime. Crime Programme. General Assembly. Resolution n. 55/25. Disponível em <<http://www.unodc.org/brazil/en/convencoes.html>>, Acesso em 5 mar. 2007.

VELLOSO, Carlos. Apud SILVA, Técio Lins e; ROCHA, Marcela Lima. Apontamentos sobre o sigilo bancário. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 48, 2004 WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. In: **Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v.1, n.1, 1996, p. 45-67.