

Crime organizado: a nova lei

WALTER NUNES DA SILVA JUNIOR (*)
Juiz Federal - RN

1 - Introdução

De há muito, a comunidade jurídica, aqui e alhures, preocupa-se com o incremento da criminalidade, engendrando formas para enfrentá-la, tanto no que diz respeito à atuação preventiva, quanto à forma mais efetiva, no aspecto de seguridade social, de reprimir o comportamento dessa natureza.

Não se pode, porém, neste contexto, deixar de levar-se em consideração aspectos imprescindíveis à melhor compreensão do assunto, emprestando ao tema pensamento dissonante da realidade, diante da embriaguez proporcionada pelo passionalismo experimentado com a divulgação, por vezes sensacionalista em demasia, de crimes que chocam até o mais insensível dos homens.

O direito penal, ainda que não deva ser afirmado como pura filosofia, carece da consideração de que nasceu em função dela. Em verdade, até o século XVII, o direito penal era vinculado ao direito civil, tratado como mero apêndice deste, com mentalidade civilista.

Concretamente, apenas a partir do século XIX é que o direito penal pôde ser visto como ciência jurídica verdadeira e própria. Contudo, durante esse intervalo de tempo, nada obstante inexistente propriamente uma ciência de direito penal, havia uma filosofia do direito penal. Os filósofos cuidavam de discutir os fundamentos do direito de punir, a natureza e os fins da pena, a liceidade da pena de morte, dentre questões outras de alta indagação, tendo em mente o estado de natureza do homem. Até porque as noções de ilícito, punição, imputabilidade, culpa, dolo, ação, causalidade, liberdade e outros são antes conceitos filosóficos do que categorias jurídicas.

Lembre-se que a Escola Clássica penal só surgiu no Século XVIII, com a obra "Dos Delitos e das Penas" de Beccaria, obra mais filosófica do que jurídica, vindo a ser difundida posteriormente por Carrara, quando então se instaurou a fase jurídica propriamente dita da Escola Clássica, defendendo que o fim da pena era a retribuição do mal ocasionado com o delito.

Com a Escola Clássica, fortemente inspirada por Voltaire, Montesquieu e Rousseau, passou-se à fase humanitária do direito, procurando a racionalização das penas e do pro-

(*) Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN

cesso penal, abominando-se a tortura, a pena de morte, as penas corporais, o tratamento desumano, e prevendo a possibilidade de defesa do réu, a publicidade do processo, a presunção de não culpabilidade e outras garantias, hoje reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos de cunho democrático.

Posteriormente, em resposta, apareceu a Escola Positiva com Lombroso, difundida por Ferri, cabendo a Garofalo iniciar a fase jurídica, preocupando-se mais com o delinqüente do que propriamente com o delito, concebendo o criminoso nato, tendo a pena por fim a defesa social e não a tutela jurídica, considerando o criminoso como um ser atávico, predisposto ao crime por não possuir o desenvolvimento completo. O homem, assim, a despeito das hipóteses em que considerado passional ou ocasional, previsto na obra de Ferri - este defendia cinco categorias: o nato, o louco, o habitual, o ocasional e o passional -, já nascia delinqüente.

Depois apareceu a Terceira Escola, procurando conciliar as Escolas Positiva e Clássica, tendo como expoente Alimena Carnevale.

Outras escolas exsurgiram posteriormente, carecendo de menção a Escola da Nova Defesa Social, surgindo como precursor o francês Marc Ancel, sustentando que a finalidade da punição seria buscar a ressocialização do delinqüente pois esta seria a única forma de defender o grupo social dos efeitos indesejáveis da criminalidade.

O Sistema Jurídico Penal brasileiro é embasado por essas idéias difundidas pelas Escolas Penais, devendo-se levar em consideração que os limites ao direito de punir estão contemplados na Constituição da República, havendo de registrar-se que a Lei Fundamental em vigor, atendendo compromisso firmado pelo Brasil no último encontro internacional de Direito Penal ocorrido na Suíça, elencou, dentre os direitos e garantias individuais e coletivos, diversos dispositivos limitando não só o direito de punir em si, mas também até mesmo a própria atividade investigatória do Estado para o exercício desse mister.

Se politicamente a nossa Lei Maior foi excessivamente liberal, merecendo aplauso pelo caráter nitidamente democrático quanto ao respeito às liberdades individuais, doutro lado, criou preceitos protecionistas que se erigiram a entulho ao combate à criminalidade, primordialmente no que diz respeito àqueles crimes que possuem base organizativa.

Cabe acrescentar, até mesmo, que as garantias constitucionais, infelizmente, servem mais à macrocriminalidade, protegendo organizações criminosas da investigação de seus crimes, do que àqueles que praticam crimes de menor potencial lesivo ao grupo social.

Como é notório que uma das causas da impunidade à macrocriminalidade é justamente a ausência de mecanismos possibilitando apuração mais eficaz dos crimes cometidos por organizações criminosas, o legislador se deu conta de trazer a lume a Lei nº 9.034, de 1995.

Mas será que esse Diploma Legal é hábil no sentido de prover a polícia judiciária de melhores condições de investigação dos crimes praticados por organizações criminosas? Ou a desigualdade notória da polícia perante essas organizações criminosas, a despeito da lei em comento, persistirá? A Lei nº 9.034/95, efetivamente, estatui mecanismos mais eficazes na apuração de ilícitos perpetrados por associações criminosas? Deixarei as respostas com a análise dos dispositivos da lei em foco.

Neste momento, importa frisar que qualquer exame no âmbito penal, em razão da profusão de dispositivos constitucionais tratando tanto de normas materiais quanto formais, há de iniciar com o perfil normativo-constitucional estampado na Lei Maior.

No escopo de melhor examinar a lei em destaque, tenho por imprescindível realçar que a Constituição da República de 1988, a par de outras garantias constitucionais mais expressas, fez dogma constitucional, em preservação ao tratamento isonômico das partes no processo penal, o princípio acusatório puro, daí advindo diversas outras nuances, como por exemplo, a inadmissibilidade de que o juiz seja deslocado de sua posição de

jugador para se transformar em investigador do delito, salvo o impulso oficial que lhe é reconhecido para, em prol da verdade real, cláusula retora do processo penal, determinar de ofício as diligências que entender necessárias no desiderato de descobrir como efetivamente os fatos narrados à denúncia ocorreram. A esse assunto retornaremos, mais adiante, em virtude do que prescreve a lei a esse respeito

2 – Organizações criminosas

A Lei nº 9.034, de 3 de março de 1995, foi editada tendo como escopo disciplinar, segundo a sua ementa, “a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.

Mas será que esse escopo, estampado na ementa da lei, confere com o seu conteúdo? Entendo que não. Se não, vejamos

No capítulo I, da Lei nº 9.034, de 3 de março de 1995, ficou consignado que os comandos normativos ali constantes teriam como função a “...definição de ação praticada por organizações criminosas e dos meios operacionais de investigação e prova”

De primeiro, cumpre indagar: o que são organizações criminosas, para os fins da lei em exame? O legislador cuidou de esclarecer, evitando, com isso, especulações a respeito, no artigo 1º, que a lei “define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”.

Por conseguinte, tem-se como organizações criminosas as associações que venham a se enquadrar no tipo do artigo 288, do Código Penal, dos artigos 14 e 18, III, da Lei 6.368/76, do artigo 2º, da Lei nº 2.889/56 e do artigo 8º, da Lei nº 8.072/90

Demonstra-se, com a lei, repita-se, a preocupação político-criminal com a repressão à macrocriminalidade, tendo em mira propiciar mecanismo mais eficaz no combate aos delitos resultantes de organizações criminosas, mas se deixa transparecer, com a redação do artigo 1º, que a proposição legislativa não se volta apenas para a facilitação da ação policial na investigação de delitos provenientes de organizações criminosas, mas também para regular o procedimento a ser adotado nesses casos

De primeiro, registre-se que ao legislador infraconstitucional não restou alternativas maiores, pois os mecanismos disponíveis à investigação desses crimes, em rigor, não diferem daqueles admissíveis quanto aos ilícitos menores, vez que a Constituição da República, no impor, nos direitos e garantias individuais e coletivos, os limites ao direito de punir, não fez qualquer ressalva quanto à amplitude de ação na repressão do crime organizado

Nada obstante, pela dicção do **caput** do artigo 2º, supõe-se que a autoridade policial poderia se valer de outros mecanismos, no sentido de apurar os fatos tidos como ilícitos, além daqueles admissíveis no que pertine aos crimes não praticados por organizações criminosas.

2.1 – Infiltração policial

Contudo, em verdade, a lei não logrou criar mecanismos outros, além dos já utilizados nos casos comuns, para o combate à criminalidade das quadrilhas ou bandos. Com efeito, o inciso I, vetado pelo Presidente da República, consistia na admissibilidade da infiltração de agentes de polícia nas organizações criminosas, a fim de melhor apurar os crimes por elas cometidos e os agentes que delas participam

A inovação pretendida queria trazer para o ordenamento jurídico pátrio tipo de investigação que tem funcionado em alguns países, como os Estados Unidos e a Itália

Contudo, essa forma de atuação reclama polícia extremamente preparada, cujos agentes precisam possuir qualidades singulares, sob pena de serem seduzidos pelo fascínio do proveito financeiro que essas organizações criminosas logram aos seus integrantes

Daí por que, pelo menos por hora, parece-me acertada a posição adotada pela Presidência da República, no vetar a proposição normativa, porquanto a polícia – e a civil em particular – não é vista com preparo para desempenhar a tarefa ali alvitrada

2.2 – Ação controlada

Mecanismo outro proposto seria a ação controlada, estampada no inciso II, do artigo 2º, da Lei em referência. No entanto, verifique-se que, malgrado a redação pomposa – diga-se, de passagem, atécnica –, não se trata de nenhuma inovação, pois na prática esse procedimento é comum nos meios policiais, tendo como mérito, apenas, institucionalizar aquilo que o costume tinha tornado praxe. Agora, a autoridade policial, no tomar ciência da ocorrência, por exemplo, de crime de tóxico consistente na guarda de substância entorpecente em determinado lugar para fins de mercancia, não estará obrigada, como determina a segunda parte do artigo 301, do Código de Processo Penal, a intervir, efetuando a prisão do agente e a apreensão da mercadoria. Poderá restringir-se a fazer vigiância do local, em operação de campana, aguardando o momento mais propício, no que diz respeito à eficácia da coleta de provas, para agir

A intervenção do agente de polícia, portanto, em se tratando de crime organizado, passa a ser discricionária, não mais vinculada, temperando-se, assim, a aplicação do princípio da obrigatoriedade

Porém, repita-se: o que agora está normatizado, antes era corrente, apresentando-se, a ação controlada, como espécie daquilo que os tribunais e a doutrina convencionaram denominar flagrante esperado

De qualquer modo, a preocupação aqui é evitar que a ação controlada sirva de alibi para acobertar a convivência de agentes policiais inescrupulosos com o crime organizado. Seria de boa ordem, para melhor aplicação da lei, que o legislador tivesse deixado expressa a necessidade de a autoridade policial responsável, ao agir nos termos do inciso II, do artigo 2º, da Lei nº 9.034/95, comunicar o procedimento de ação controlada, no prazo improrrogável de 24 a 48 horas, ao Ministério Público

A falta dessa previsão, estreme de dúvidas, inquieta, pois os agentes policiais agirão sem nenhuma margem de controle, o que se torna campo fértil para o cometimento de abusos

Penso, todavia, que o órgão do Ministério Público, dentro da área do controle externo da atividade policial que lhe é confiado pela Constituição da República, pode, e deve mesmo, requisitar às autoridades policiais informações a respeito das ações controladas que estejam em curso

2.3 – Acesso a dados, documentos e informações

O legislador expôs, ainda, como se fosse procedimento exorbitante do ordinário, “o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais”. Com relação às informações fiscais, financeiras e eleitorais, em qualquer processo, criminal ou civil, tem sido admissível a obtenção desses elementos de prova

Registre-se, de qualquer forma, que, a despeito do sigilo bancário, previsto no artigo 38, da Lei nº 4.595/64, as informações armazenadas nas instituições financeiras podem ser obtidas mediante autorização judicial. Nem se pense que a lei em destaque serviria para outorgar à autoridade policial o poder de, per se, requisitar essas informações a enti-

dade bancária, até porque o **caput** do artigo 3º infirma esse pensamento. Observe-se, de qualquer forma, que a Lei nº 4 595/64, em virtude do artigo 192 da Constituição da República, foi recepcionada sob a categoria de lei complementar, de modo que não pode ser revogada pela Lei contra o Crime Organizado (LCCO).

Assim, de qualquer maneira, pelo querer da Lei nº 4 595/64, as informações bancárias só podem ser obtidas caso requisitadas pelo juiz, malgrado, a meus olhos, em virtude do que dispõe a Constituição da República, no inciso VIII, do artigo 129, ao Ministério Público não seja defeso fazê-lo, muito pelo contrário, tal função encontra-se inserida dentre as suas atribuições funcionais.

A lei faz menção, porém, ao acesso a dados. Nesse particular, carece de lembrança que a Constituição da República, no inciso XII, do artigo 5º, deixa consignado que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Parece-me que os dados, compreendendo-se como tais o armazenamento de elementos informativos para fins de comunicação ou não e processamento por meios automáticos, não podem ser suscetíveis de investigações, nem mesmo por autorização judicial. Com efeito, o constituinte ressaltou a possibilidade de quebra, ainda que mediante autorização judicial, apenas das comunicações telefônicas.

Não penso que deva prosperar a idéia, sustentada por parte da doutrina, de que a Constituição da República não vedaria o acesso a dados estanques, depositados em bancos de dados, mas tão-somente àqueles comunicados por redes ou de modo assemelhado.

Carece de registro, até mesmo, que, segundo informações colhidas dos meios de comunicação, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do caso Collor, não admitiu as provas obtidas pela polícia mediante a utilização de programa que conseguiu restaurar a memória dos computadores de Paulo César Farias, ao fundamento de que tratava de acesso a dados, hipótese vedada pela Constituição.

Decerto que o assunto suscita indagações profundas e é pena que o acórdão ainda não seja do conhecimento público, no escopo de permitir melhor esclarecimento da posição efetivamente firmada pela Excelsa Corte.

Porém, ainda que discorde da tomada de posição do constituinte, pela dicção constitucional, tudo leva a crer que a melhor inteligência a ser abstraída da norma seja no sentido da inacessibilidade aos dados, qualquer que seja a hipótese. Até porque, o constituinte não plasmou apenas a inviolabilidade das comunicações de dados. Foi mais além: tornou inviolável o sigilo de dados, não restringindo só as comunicações com esses elementos.

Isso tanto é verdade, que o constituinte deixou expresso que seria "inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas..." Se ele quisesse restringir o sigilo às comunicações desses dados em si, teria cuidado de redigir o dispositivo dizendo que seria inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.

Certo que interpretações outras, mais consentâneas com a realidade, emergem do enunciado **sub studio**. Até porque, na seara do direito, a norma jurídica, sempre e sempre, admite, no mínimo, duas inteligências diametralmente opostas. É nesse contexto hermenêutico que o Professor e Procurador da República Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, com a sabedoria que lhe é inerente, em debate na "I Semana do Advogado do Oeste Potiguar", realizado na cidade de Mossoró - RN, no período de 3 a 5 de agosto de 1995, sustentou que a interpretação do inciso XII, do artigo 5º, da Lei Fundamental deve ser levada a efeito tendo-se em mente que o dispositivo encerra dois comandos: o primeiro se refere ao sigilo em si das fontes que enuncia e o segundo relaciona-se à comunicação desses elementos informativos de prova, que, nessa linha, poderia ser interceptada,

pois quando o constituinte disse "salvo, no último caso.", estaria se referindo a qualquer hipótese de comunicação e não apenas àquela veiculação pela via telefônica.

Sem embargo das discussões sobre o alcance da norma constitucional, chama a atenção o fato de o legislador não ter se ocupado em disciplinar a interceptação da comunicação telefônica. Ora, há pronunciamento do próprio Supremo Federal entendendo que o artigo 57, inciso II, letra "e", da Lei nº 4 117, de 27 8 62, não se presta para os fins previstos na Constituição da República, no que pertine à quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

Não se entende como o legislador tenha deixado passar a oportunidade de disciplinar o assunto, quando se sabe que se tem tornado entrave ao combate do crime organizado a ausência de normatização da quebra do sigilo da comunicação telefônica.

Carece de lembrança, aqui, o caso do inhamê, no Ceará, em que as provas coligidas com a interceptação de contato telefônico, porque ilícitas, foram consideradas imprestáveis para fins de condenação, pelo crime de tráfico de entorpecentes, de alguns dos integrantes da associação criminosa.

3 - Preservação do sigilo constitucional

No capítulo II, o legislador ocupou-se do que denominou preservação do sigilo constitucional. Com o tratamento dispensado a esse respeito, descortina-se a real intenção do legislador, que foi menos de criar mecanismo eficaz de combate à criminalidade, do que propriamente restringir a atuação policial e do Ministério Público na investigação de fatos ilícitos praticados pelas organizações criminosas, exigindo a participação indevida do juiz, o que, estreme de dúvidas, além da inconstitucionalidade sentida, o que será abordado a seguir, acarretará, desenganadamente, por diversos fatores, entraves à persecução criminal.

Observe-se que, acerca dos meios operacionais de investigação e prova dos delitos resultantes de ações de organizações criminosas, o legislador, malgrado não tenha trazido nenhuma inovação, só dispensou tratamento nos incisos II e III - o I foi vetado -, do artigo 2º, enquanto, em relação à preservação do sigilo constitucional, o assunto está disciplinado não só no **caput** do artigo 3º, mas também nos cinco parágrafos que lhe foram enxertados.

Com isso, nada obstante a ementa do Diploma Legal **sub examine**, sente-se que o seu conteúdo contém normas que se preocupam mais com o sigilo preservado pela Constituição ou por lei de determinados elementos de prova das pessoas envolvidas em crimes cometidos por associações criminosas, do que concretamente em propiciar melhores condições de investigação por parte dos órgãos encarregados dessa missão.

O que quero dizer com isso é que o conteúdo da lei revela, por si, que o seu desiderato, propriamente, foi criar instrumento de preservação do sigilo constitucional e legal na apuração dos crimes promovidos de organizações. É lei mais protecionista no procedimento de investigação do crime organizado, do que instrumento eficaz na repressão dessa espécie de atividade criminosa.

Dessume-se com clareza maior essa característica da lei em comento quando do exame mais acurado do artigo 3º e de seus respectivos parágrafos.

3.1 - Juízo de instrução

Com efeito, tendo em mira preservar as garantias constitucionais, o legislador resolveu estabelecer que, nos casos em que a instrução criminal enveredar para o acesso a dados documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, a diligência a ser desenvolvida nesse sentido, sempre que ocorrer possibilidade de violação de sigilo pre-

servado pela Constituição ou por lei, nada obstante ainda na fase de inquérito policial, deverá ser realizada pelo juiz, pessoalmente, dentro do mais rigoroso segredo de justiça.

Por conseguinte, de regra, as diligências devem ser realizadas pela autoridade policial, mas, "ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei", esse procedimento terá de ser dirigido pela autoridade judiciária.

Não é fácil identificar a real intenção legislativa, pois, com certeza, o que se deverá entender por possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou lei dará margem a discussões. Na prática, uma verdade irrompe: a autoridade policial é quem examinará se, em virtude da prova a ser coligida, ocorre a possibilidade da quebra de sigilo garantido pela Constituição ou pela lei. De regra, será ela quem deverá autolimitar sua atuação investigativa, até porque o agente do ilícito, diante do caráter secreto do inquérito, não tem ciência prévia dos passos da autoridade policial, de modo que só poderá reclamar depois de realizada a diligência.

Efetivamente, a previsão normativa instaura, entre nós, o juízo de instrução, deixando, o magistrado, aquela posição de inércia antes do oferecimento da ação penal, para se transformar em agente investigador, procurando coletar elementos de prova imprescindíveis para que o Ministério Público ofereça a denúncia.

Passa a ser o colaborador do Ministério Público, ao fundamento de que se deve preservar o sigilo estampado na Constituição ou na lei.

Tenho que a proposição normativa não se coaduna com o sistema acusatório puro, no que diz respeito ao início do processo, instaurado no nosso ordenamento jurídico após a Constituição ora em vigor.

Como se sabe, antes da Constituição de 1988, vigorava o sistema misto, admitindo-se, nos homicídios e lesões corporais culposos, assim como nas contravenções penais, o início do processo mediante portaria da autoridade judiciária ou policial. Porém, como a Constituição outorgou ao Ministério Público o monopólio na promoção da ação penal pública, hodiernamente, não se admite mais a existência de processo criminal sem que tenha havido provocação pela parte legitimada para a propositura da ação.

Ao magistrado, assim, reservou-se o papel única e exclusivamente de julgador, nada obstante não lhe seja vedado o impulso oficial, com amplo poder inquisitivo dentro do processo, no sentido de perquirir a verdade real.

Claramente, o legislador constitucional inclinou-se em assegurar um processo criminal de partes, atribuindo ao autor e ao acusado igualdade no processo, estabelecendo, no artigo 144, às polícias civil e federal, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.

Ainda assim, o constituinte, no artigo 129, inciso VIII, atribuiu ao Ministério Público o poder não só para requisitar a instauração de inquérito policial, mas também de ele mesmo se debruçar na apuração de fatos tidos como ilícitos, com a requisição de diligências investigatórias.

Percebe-se, portanto, que, constitucionalmente, o poder investigatório está reservado à polícia judiciária e ao Ministério Público, não se cogitando da participação do juiz na fase pré-processual.

E por que esse tratamento? Justamente porque o nosso sistema é o acusatório puro. Cabe indagar, portanto, se seria lícito o legislador subconstitucional estabelecer a coleta de provas pelo próprio juiz.

Essa pergunta suscita algumas considerações. Não se pode deixar de ter em mente que o direito de punir pertence ao Estado, sendo função insita ao Poder Executivo, que a executa por meio da polícia judiciária e do Ministério Público, mas que só pode ser materializado mediante o devido processo legal, após reconhecido esse direito em decisão proferida do Poder Judiciário, a quem competirá controlar esse poder-dever de punir do Estado-administração.

Daí por que, quando ocorre um ilícito, compete aos órgãos do Poder Executivo reunir as provas a ele referentes, a fim de promover a ação penal. Como a conduta delinqüente tem a característica da clandestinidade, havendo dificuldade na apuração da materialidade e autoria, o Estado se vale de órgãos especializados, da polícia judiciária e do Ministério Público, a quem compete realizar atos investigatórios no sentido de reunir os elementos imprescindíveis para fazer exsurgir o direito de acionar o Judiciário, na busca da punição.

No momento em que se desloca o juiz da função judicante, no escopo de auxiliar na coleta desses elementos de prova para servirem de base para o oferecimento da ação, tem-se o desequilíbrio entre autor e réu, no futuro processo penal, além de se malferir o postulado da tripartição dos Poderes Constitucionais.

Ademais, a psicologia judiciária logrou demonstrar que o inconveniente do juízo de instrução é a vinculação, inconsciente, do juiz, às descobertas angariadas com as investigações feitas por ele, diminuindo-lhe a capacidade de enxergar com maior acuidade e isenção todas as provas pertinentes à elucidação do caso.

A procedência dessa assertiva se revela no observar-se que, em alguns países que adotam o juízo de instrução, a exemplo da Espanha e da Argentina, o juiz que aprecia o processo, para fins de julgamento, é diferente daquele que intervém na atividade investigatória. Nesse passo, entendo que o artigo 3º, da Lei nº 9.034/95, é inconstitucional, pois o sistema acusatório puro, tendo como uma de suas características a atribuição da atividade investigatória preparatória à polícia e ao Ministério Público, está expressamente catalogado na Constituição da República.

Poder-se-ia argumentar, decerto, que não seria, propriamente, um juízo de instrução, mas, sim, medidas cautelatórias, razão pela qual imprescindível a intervenção judicial, à semelhança do que ocorre com a prisão preventiva. Contudo, observe-se que essa assertiva não merece prosperar, pois se assim fosse, suficiente seria que o Judiciário fizesse a intervenção apenas no sentido de se pronunciar determinando a requisição das diligências, e não o próprio juiz realizar a diligência investigativa.

O mais razoável, no entanto, seria ter-se conferido essa atribuição ao Ministério Público, até porque, como ele é o titular do direito de ação, nada mais natural que ele mesmo trate de sair em busca das provas. Ademais, a Constituição da República lhe cometeu a missão de requisitar as diligências investigatórias, devendo entender-se que prescinde de autorização judicial para assim proceder, quaisquer que sejam elas, pois o texto constitucional, nesse passo, não fez a previsão de limites, a não ser no que diz respeito à quebra do sigilo das comunicações telefônicas.

Agregue-se, ainda, que o Ministério Público não é órgão acusador por excelência, mas, antes de tudo, como preceitua a Constituição, instituição a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, pelo que a preocupação com eventuais excessos na obtenção de informações que possam vir a violar sigilo preservado na Constituição ou na lei, tem-se por satisfeita com a sua intervenção, não havendo necessidade, para esse fim, de que a coleta seja feita pelo próprio juiz.

A esse respeito, o artigo 6º, VIII, alínea "a", da Lei Complementar nº 75, de 20 de março de 1993, diz competir ao Ministério Público da União representar "ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual...". Sem embargo da anomalia normativa, pois a Constituição só admite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, tem-se que, no mais, para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União - aplica-se também ao Ministério Público dos Estados, ex vi do artigo 80, da Lei nº 8.625, de 12.2.93 - poderá requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública.

direta ou indireta e de entidades privadas (artigo 8º, II e IV, da Lei Complementar nº 75/93), até porque o § 2º, do artigo 8º, da Lei Complementar nº 75/93, dispõe que "Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido", implicando, a falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento dessas requisições feitas pelo Ministério Público, a responsabilidade de quem lhe der causa (§ 3º).

Diante dessas considerações, tenho que o Ministério Público, em virtude do disposto no inciso VIII, do artigo 129, da Constituição da República, nada obstante o comando do inciso do caput do artigo 3º, da Lei nº 9 034/95, pode e deve requisitar diligências no sentido de obter informações a respeito de documentos e informações fiscais, financeiras e eleitorais, e mesmo bancárias, embora a esse respeito deva reconhecer que o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, entendendo que o artigo 38, da Lei nº 4 595/64, disciplina o assunto, determinando a intervenção judicial.

Tem-se, por conseguinte, que o caput do artigo 3º, da Lei nº 9 034/95, poderia, até, vedar à autoridade policial agir, diretamente, sem permissão da autoridade judiciária, quanto ao acesso a documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, nunca, entretanto, restringir a atuação do Ministério Público, pois ela está não só insculpida na Constituição, como também, pelo menos em relação ao Ministério Público da União, em lei complementar.

3.2 – Procedimento da coleta dos dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais

Sem embargo da inconstitucionalidade apontada, peca ainda a lei a respeito do procedimento na coleta e conhecimento do conteúdo da diligência. A lei impõe que a diligência seja realizada pelo juiz pessoalmente, levando a supor que ele deverá se deslocar de seu local de trabalho e comparecer às repartições públicas ou entidades privadas, a fim de coligir aqueles elementos de prova mencionados no inciso III, do artigo 2º, da Lei nº 9.034/95, sempre que houver a possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei.

Essa exigência, certamente, retardará as investigações, pois a diligência com o deslocamento do juiz deverá obedecer à disponibilidade de pauta para esse fim, e ao natural acerto do magistrado com quem de direito do local em que ela deva ser realizada, até para que o trabalho seja mais objetivo.

Isso, na prática, além de não ser razoável, porquanto não é atribuição típica do juiz e o sujeita a situações vexatórias, não garante, desenganadamente, que o comparecimento pessoal venha a tornar a diligência mais sigilosa do que aquela realizada mediante o envio de expediente.

O § 2º, do artigo 3º, da Lei em foco, determina que a diligência realizada pelo juiz deverá ser reduzida a termo em auto circunstanciado, devendo nele serem relatadas as informações colhidas oralmente e anexadas as cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória. Com isso, naturalmente, o juiz sempre precisará de alguém para auxiliá-lo nessa diligência, prevendo a lei que possa se utilizar, para esse fim, de pessoas estranhas ao ofício judiciário, mas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

A exigência da lavratura de auto burocratiza sobremaneira a diligência, pois geralmente esta consistirá tão-só em coligir documentos.

A imperfeição maior da lei, porém, se faz sentir no § 3º, porque ali se determina que o auto de diligência, assim como os documentos a ele anexados, deverá ser conservado

fora dos autos do processo, em lugar seguro. Resta saber que lugar seguro seria esse, sem intervenção de cartório ou servidor, para conservar elementos de prova de um processo. A lei, embora silencie, só falta dizer que o auto e os documentos deverão ser guardados no gabinete do juiz. Ora, se não podem ficar no cartório nem sob a guarda de qualquer servidor, só resta um lugar: o gabinete do juiz.

Isso se o juiz tiver gabinete, porque em muitas Comarcas, como é o caso do Rio Grande do Norte, há apenas o cartório, que representa a sede do Juízo, sem qualquer privacidade para o juiz. Nessa situação, talvez seja o caso de o juiz, em homenagem à vontade normativa, guardar esses autos secretos em casa, de preferência no vetusto cofre.

Evidentemente que, mesmo para a preservação do sigilo, o melhor seria que o auto de diligência e a respectiva documentação ficassem anexados ao processo, passando a tramitar em segredo de justiça, limitando a publicidade apenas às partes legítimas da causa, como o permite a Constituição. Aliás, em processos em que a esfera maior da intimidade da pessoa está em franca discussão, como é o caso de processos de separação judicial por questões de ordem sexual, todas as provas estão concentradas nos autos, impondo-se, apenas, a restrição quanto à publicidade.

Até porque, da forma como tratado na lei, cria-se um procedimento secreto, o que é abominável nos tempos de hoje, parecendo idéia de antanho. O processo, nesses casos, teria duas partes: uma pública e outra secreta. Acrescente-se, nesse particular, que a norma é inconstitucional, pois a restrição à publicidade dos atos processuais, preconizada como exceção na Constituição, não chega ao exagero com que laborou o legislador, mas apenas aos contornos então disciplinados a respeito dos processos que tramitam em segredo de justiça.

Ademais, essa determinação só servirá para tumultuar o processo, fragmentando-o. Mas o pior ainda está por vir. A lei especifica que só as partes legítimas da causa podem ter acesso ao auto de diligência e aos documentos a ele anexados, ainda assim desde que na presença do juiz. Pelo exposto, não se permite ao advogado, ou ao Ministério Público, ter vista fora da sede do Juízo desses elementos de prova, o que, no meu sentir, não se concebe, pois cria embaraço ao exercício tanto da acusação quanto da defesa, apresentando-se, também sob esse aspecto, eivada de inconstitucionalidade a lei em exame.

O § 4º, do artigo 3º, da Lei em cogitação, não deixa por menos, propondo a cisão tanto dos argumentos da acusação quanto da defesa, pois aqueles que versarem sobre a diligência deverão ser apresentados em separado. É inconcebível que assim seja, até porque como se admitiria uma denúncia que conteria uma parte secreta, cujo conhecimento o réu só haveria de ter no dia em que fosse interrogado? E se a prova fundamental da acusação fosse justamente aquela resultante da diligência, como ficaria a argumentação na denúncia?

A denúncia, em obséquio ao direito de defesa, deve conter, ainda que de forma objetiva, a fundamentação da pretensão acusatória, até para que o réu, em seu interrogatório, que é, a um só tempo, meio de prova e de defesa, possa refutá-la. A quebra dessa unidade, com certeza, não só dificultará a acusação, como também, e sobremaneira, a defesa. Ou então, seria o caso de admitir-se o outro interrogatório do acusado, agora nos autos secretos, a fim de que ele possa se manifestar também acerca da argumentação oferecida em separado.

E não é só, as testemunhas também, se inquiridas acerca de argumentação constante dos autos secretos, deveriam sê-lo em separado, porquanto, se reduzidos a termo os depoimentos nos autos públicos, estaria, segundo a idéia passada pela lei, violado o sigilo.

Em suma, tenho que a norma preceituada no § 4º é inconstitucional, pois malfere o direito de defesa, tanto do autor quanto do acusado, entendendo-se que a garantia constitucional diz respeito não só à amplitude da oportunidade de a parte demandada refutar a

pretensão do demandante, como também se refere à possibilidade deste de valer-se dos meios oportunos para pedir a tutela jurisdicional de seus interesses

O que é mais estranho, em tudo isso, é que a parte final do § 4º, do artigo 3º, da lei em referência, consigna que o auto de diligência secreto "poderá servir como elemento na conformação da convicção final do juiz". Vou desconsiderar a hipótese de que o legislador assim tenha laborado, querendo realçar que, nesse caso, embora sirva de elemento de convicção, não deve se fazer menção, na sentença, ao conteúdo do auto de diligência e dos documentos a ele conectados, diante da flagrante inconstitucionalidade.

Se essa não pode ser a inteligência do dispositivo, pois a sentença não pode possuir parte secreta, já que a Constituição exige a publicidade dos julgamentos e a fundamentação de todas as decisões (artigo 93, IX), tem-se que toda a preocupação do legislador em preservar o sigilo com os autos secretos cai por terra, na medida em que a sentença, necessariamente, não só no relatório, como também na fundamentação, a eles terá de fazer referência.

Se assim é, por que todo esse anacronismo? Sinceramente, sob a ótica da razoabilidade, não consigo compreender.

Seguindo a linha de imperfeição, determina-se, no § 5º, que, "Em caso de recurso, o auto de diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado para o juízo competente para a revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça"

Em alguns instantes, na leitura desse dispositivo, tem-se a nítida impressão de que se está diante de norma da época do Brasil Império. Afora isso, quem conhece o dia-a-dia forense sabe como será difícil pôr em prática essa determinação, sem correr o risco de extravio dos autos secretos, o que poderá comprometer todo o processo. Registre-se que, quando existem autos em apartado, a preocupação é para que eles fiquem em apenso aos principais, no desiderato de que um não seja apreciado sem o outro.

Aqui, carece de repetição o que foi dito quanto à restrição à vista tanto pelo Ministério Público quanto pelo defensor do réu a local na própria sede do Juízo.

4 – Disposições gerais

Por fim, o legislador, no capítulo III, trouxe disposições gerais, a serem observadas aos crimes praticados por organizações criminosas, algumas com conteúdo de direito material, outras propriamente de direito formal.

Ainda nessa parte, a lei merece críticas, carecendo de exame os comandos normativos que tratam da identificação criminal, da liberdade provisória, do tempo máximo de prisão processual e do direito de apelar.

4.1 – Identificação criminal

A Constituição da República, dentre os direitos e garantias individuais e coletivos, assegura que "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei" (artigo 5º, LVIII)

Essa era discussão antiga, que chegou até a Suprema Corte, quanto à necessidade de se proceder à identificação criminal daqueles que já possuísem a identidade civil, pois nesse caso a polícia teria, previamente, o cadastro das impressões digitais da pessoa. Naquela época, o Supremo Tribunal Federal editou súmula, esposando o entendimento de que não caracterizava constrangimento ilegal a identificação criminal do identificado civilmente.

Agora, a situação é diferente, não mais merecendo aplicação aquele entendimento sumular, pois a Constituição, de forma cogente, veda nesses casos a identificação criminal, salvo nas hipóteses da lei. Porém, que hipóteses são essas?

Inexistia lei, ainda, regulando o assunto. Havia, a respeito, apenas o Estatuto da Criança e do Adolescente que, no artigo 109, prevê a identificação compulsória do adolescente, quando houver fundada dúvida a respeito da identificação civil.

Ocupando-se também da questão, no artigo 5º, da Lei nº 9.038, de 1995, restou expendido que, nos casos de crimes praticados por organizações criminosas, a identificação criminal dos agentes será feita independentemente da identificação civil.

Por que assim agiu o legislador? *Prima facie* não há nada a justificar que, pela natureza do crime, se determine a identificação criminal. A ressalva constitucional, possibilitando que a lei arrole as hipóteses de identificação criminal, evidentemente diz respeito àquelas situações em que há dúvidas quanto à idoneidade da identidade civil fornecida pelo agente.

Por conseguinte, seria inconstitucional determinar-se a identificação criminal em função apenas da natureza do crime, pois o crime em si não poderia ser elencado como hipótese restritiva da garantia constitucional, vez que não haveria justificativa para se determinar dessa forma. Mas não é assim.

A identificação, enquanto processo destinado a estabelecer a identidade de criminosos, vem sendo usada desde os primeiros tempos. Tem-se modificado, no entanto, o processo para se obter a identificação. Primeiramente, utilizou-se a mutilação, depois as marcas com ferro em brasa.

Com a humanização do direito penal, também se abrandou o processo de identificação, havendo notícia de que a fotografia substituiu os métodos bárbaros, passando a ser utilizada para esse fim, mas caiu em desprestígio em virtude dos processos fraudulentos que dificultavam o reconhecimento por esse meio.

Em socorro, veio o método do retrato falado, implantado pelo francês Alphonse Bertillon, em que a identificação se faz mediante a fotografia do indivíduo de frente e de perfil direito, para observação da frente, nariz, orelha direita - conservam a mesma característica durante toda a vida -, lábios, boca, cabelos, barba, bigodes, cor dos olhos, pálpebras, etc., sendo possível, por meio do cálculo das dimensões da fotografia, determinar-se o tamanho do indivíduo.

Posteriormente, apareceu o método datiloscópico, por obra do argentino Vucetich, consistente no exame das impressões digitais, que são vestígios deixados pelo contato dos dedos com qualquer superfície plana.

Se a pessoa já é identificada civilmente, ou seja, já possui banco dos dados de seus caracteres datiloscópicos, evidentemente que não há necessidade de, mediante o processo de identificação criminal, recolher, uma vez mais, esses elementos. É que é totalmente desnecessário.

Tendo-se essa linha de pensamento, não tem sentido a previsão do legislador, exigindo a identificação criminal, ainda que o agente possua identificação civil, nos casos em que apurado crime cometido por organização criminosa.

Acontece que o método de identificação criminal utilizado no nosso sistema não é apenas o datiloscópico, mas também o de Bertillon, com a retirada de duas fotografias, uma de frente e outra de perfil, do agente, servindo o cadastro dessas fotografias como fonte a ser consultada não só pelas autoridades policiais, como também por vítimas e testemunhas, no propósito de identificar autores de ilícitos.

Assim, nesses casos, se o agente já possui identidade civil, não precisará a autoridade policial tratar de colher os dados datiloscópicos, pois eles já existem, mas deverá proceder à identificação fotográfica, daí não ter sido desartezada a previsão do legislador.

4.2 – Concessão de liberdade provisória

Torna-se defesa, no artigo 7º, da Lei em análise, a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, àqueles integrantes de organização criminosa que tenham intensa e efetiva participação nas ações ilícitas por ela praticadas.

O legislador, com essa restrição, quis alcançar não apenas aqueles que dirigem a organização, mas também todo e qualquer integrante que venha a desempenhar atividade de mais preponderante na feitura dos delitos. Naturalmente que o exame da participação dos integrantes, para fins de aplicação do dispositivo em destaque, terá de ser feito caso a caso, carecendo de motivação a negativa do direito de responder em liberdade o processo.

Resta saber se o legislador infraconstitucional poderia restringir, como o fez, de modo absoluto, o direito à liberdade provisória, naqueles casos em que o agente demonstrar “ter tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”.

Esse assunto já veio à lume com a discussão sobre a constitucionalidade do inciso II, do artigo 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de junho de 1990 – Lei dos Crimes Hediondos, na parte em que tornou insuscetível de liberdade provisória os agentes de crimes hediondos, os que pratiquem tortura ou terrorismo e os autores de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

No plano constitucional, está consagrado, no inciso LXVI, do artigo 5º, que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Não se pense que, com isso, o legislador subconstitucional possa, mediante lei, estatuir de forma absoluta, levando em consideração apenas a natureza do crime, restrição ao direito constitucional à liberdade provisória, que é corolário lógico das cláusulas normativo-constitucionais da dignidade da pessoa humana e da presunção de não-culpabilidade. A restrição à liberdade provisória, impondo-se o estabelecimento da prisão processual, só deve ser concebida como medida necessária, a ser inferida, pelo juiz, no caso concreto, tendo como norte os parâmetros previstos em lei. Não pode, o legislador, substituir-se ao juiz, para se tornar o senhor da averiguação, no aspecto abstrato, da necessidade ou desnecessidade da prisão.

É que a restrição à liberdade provisória não imposta por sentença condenatória transitada em julgado não é pena, devendo, assim, só ser infligida ao agente quando haja a necessidade de sua decretação como medida cautelar, aplicada para atender exigências de defesa social, ou para aplacar o clamor da sociedade, ou para impedir a reiteração dos delitos, ou para fins mesmo de exemplaridade, ou por conveniência da apuração do ilícito ou para assegurar a execução de eventual condenação.

Nessa linha de idéias, a vedação à liberdade provisória tendo como premissa participação mais intensa e efetiva em crime praticado por organização criminosa não se conforma com os ditames constitucionais, vez que a necessidade da decretação da prisão processual não é observada concretamente, mas apenas feita a inferência mediante conclusão de ordem lógica imaginada pelo legislador.

Essa consideração fica mais patente, no observar-se que nem mesmo a prisão em flagrante enseja a permanência do agente na prisão, devendo o juiz, quando feita a comunicação da ocorrência, debruçar-se, em primeiro instante, na análise quanto à legalidade na realização do aprisionamento, para, daí, não sendo o caso de relaxamento, passar ao exame da necessidade do encarceramento, o que o faz verificando se presentes os fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva, pois, se não enxergada a manifestação desses elementos, direito há ao deferimento da liberdade provisória, sob pena de caracterizado constrangimento ilegal, a ser escoimado mediante a interposição de **habeas corpus**.

Não se há de negar, entretanto, que o legislador da Lei nº 9.034/95 foi mais razoável do que o da Lei nº 8.072/90, pois legou campo de observação para o juiz, no prescrever que a não concessão de liberdade provisória não seria para todo aquele que integrasse a organização criminosa, mas tão-só para os que tivessem participação intensa e efetiva.

Pode-se, há de reconhecer-se, asseverar que o legislador não originou regra absoluta, cabendo ao juiz fazer a análise da possibilidade de não-concessão da liberdade provisória, inclinando-se nesse sentido quando observar que o agente teve atuação mais destacada na organização criminosa, o que justificaria a restrição, não só pela maior potencialidade lesiva por ele proporcionada ao grupo social, mas ainda em virtude de que isso demonstraria incremento de periculosidade e acentuada propensão à habitualidade delitiva.

Destaque-se, ainda, que a Lei nº 9.034/95, diferentemente do comando normativo plasmado na Lei nº 8.072/90, não fala em insuscetibilidade de liberdade provisória, mas sim de concessão de liberdade provisória.

Quando se diz que os agentes de determinados crimes não são suscetíveis de liberdade provisória, está sendo consagrado, por via oblíqua, o instituto da prisão preventiva obrigatória, devendo a autoridade policial, dessa forma, no encontrar o agente do ilícito, efetuar a prisão determinada pela lei, independentemente de ordem judicial. Essa prisão, decorrente unicamente da vontade da lei, prevista para certos tipos de crimes, afronta a Lei Maior, que só permite a ocorrência do aprisionamento quando a prisão se der em flagrante ou por determinação judicial.

A não ser que se trate de crime permanente, como é a hipótese dos crimes de quadrilha e bando, nada obstante a lei não permitir a liberdade provisória, a autoridade policial, para efetuar a prisão, em obséquio à proteção constitucional, só poderia agir se escudada em mandamento judicial.

Mas a Lei nº 9.034/95, repita-se, não vedou a liberdade provisória, porém apenas a sua concessão. Ora, a não ser que tenha incorrido o legislador em lapso, houve nítida distinção das situações: a liberdade provisória é reconhecida, sendo possível a restrição se manifestado um dos fundamentos que autorizam a prisão preventiva. Mas, se o agente for preso em flagrante, não caberá a concessão da liberdade e se, decretada a prisão provisória, ela será irrevogável.

É que a concessão da liberdade provisória tem como pressuposto, logicamente, a ocorrência da prisão, preventivamente decretada pelo juiz, ou decorrente de flagrante delito.

Qualquer que seja o entendimento firmado sobre o real sentido da norma, o legislador foi infeliz, por eivá-la de inconstitucionalidade.

Além do mais, o projeto de lei de reforma do Código de Processo Penal, que está em tramitação na Câmara dos Deputados, com propriedade, tratou do assunto, prevendo como um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, a verificação de que, tendo o crime sido praticado por organização criminosa, há suspeita de que, caso solto o agente, continuará a praticar delitos.

Esse projeto de lei, elaborado por comissão de alto nível, integrada por magistrados, advogados, promotores e juristas, não cometeu o deslize de ordem constitucional observado tanto na Lei nº 9.038/95 quanto na Lei nº 8.072/90, atribuindo ao juiz a tarefa de apreciar, no caso concreto, se presente a necessidade da decretação da prisão preventiva do agente a quem imputada a prática de ilícito com apoio em associação criminosa, diante da consideração de que o não-encarceramento propiciará a continuidade delitiva.

4.3 – Prazo máximo da prisão processual

Estabeleceu-se, entre as disposições gerais, o prazo máximo da prisão processual, que não será superior a cento e oitenta dias. Há tempos a doutrina reclama a falta da previsão

de lapso temporal para a prisão preventiva, a fim de evitar, com isso, abusos na sua aplicação, em decorrência da demora no julgamento final dos processos criminais. Ainda assim, em que pese a razoabilidade dessa reclamação doutrinária, que está em compasso com as garantias constitucionais, não há previsão a esse respeito no projeto de reforma do Código de Processo Penal.

Não se pense, com isso, que o legislador da Lei em apreciação mereça encômios por ter previsto, no artigo 8º, o prazo máximo processual. É que o nosso sistema recursal, em que se permite a discussão do delito até em quatro instâncias, torna impraticável a previsão de tempo da prisão processual, sob pena de deixá-la inócua.

É o que consegui fazer o legislador da Lei nº 9.038/95, pois dizer que o prazo máximo da prisão processual será de cento e oitenta dias é o mesmo que deixar expresso que em todos os processos criminais em que apurada a prática de crime resultante de organização criminosa os autores do ilícito serão colocados em liberdade, até porque não haverá como se ter, antes do espaço de tempo limite estatuído, por proferida a sentença condenatória trânsita em julgado.

Confere-se tratamento bem mais benigno aos agentes desses crimes, pois o entendimento jurisprudencial e doutrinário firmado quanto ao tempo de prisão processual, é de que, pronunciado o réu ou encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação do constrangimento por excesso de prazo, encontrando-se a matéria inserida no direito sumular, em razão dos enunciados das Súmulas 21 e 52, do Superior Tribunal de Justiça.

A despeito do entendimento sumular, a jurisprudência e a doutrina possuem posição sedimentada e uniforme quanto à caracterização de constrangimento ilegal proveniente da demora na solução de processo em que o agente está preso, não havendo necessidade de o legislador se preocupar em discipliná-lo, máxime quando o faz para criar instabilidade.

Não há de se esquecer que o instrumento do **habeas corpus** tem se mostrado eficiente no combate a abusos ao direito de liberdade, e essa realidade, certamente, foi sopesada pelos autos dos estudos que foram transformados em projeto de lei de reforma do Código de Processo Penal, achando por bem deixar a cargo da jurisprudência e da doutrina a construção dos critérios delimitadores do tempo da prisão processual.

4.4 – Direito de recorrer

Por fim, no artigo 9º, deixou-se expressa a inadmissibilidade da interposição, em liberdade, do recurso de apelação. A inconstitucionalidade, aqui, também é manifesta. Certo, e de negar-se mesmo não há, que o Superior Tribunal de Justiça, com a Súmula nº 9, dirimiu controvérsia exsurgida logo após a promulgação da Constituição de 1988, quanto à revogabilidade, ou não, dos dispositivos encartados no Estatuto Processual Penal, que exigem o prévio recolhimento à prisão, para fins de admissibilidade do recurso em sentido estrito, no caso de decisão de pronúncia, e o de apelação, nas sentenças definitivas de mérito, quando o acusado considerado reincidente ou portador de maus antecedentes.

Acontece que o assunto foi tratado confrontando-se a norma infraconstitucional com a garantia constitucional da presunção de inocência. Nesse aspecto, corretamente, ficou expendido que "A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência".

Com essa assertiva não há de se discordar. É de bom alvitre acrescentar que, em verdade, o princípio não é o da presunção de inocência. De fato, quando alguém responde a processo criminal, existe mesmo uma presunção de que não é inocente, de que tenha praticado o ilícito, circunstância sentida mediante a verificação da quarta condição de

ação no âmbito penal, traduzida nos elementos em que fulcra a denúncia no que pertine à materialidade do ilícito e aos indícios de que o agente a quem imputada a ação tenha sido o seu autor. Essa presunção de autoria, no entanto, para autorizar pronunciamento judicial condenatório, haverá de transforma-se, ao final da instrução processual, em certeza real.

O que há, portanto, é a presunção de não-culpabilidade, já que o agente só pode ser considerado culpado se isso vier a ficar amplamente demonstrado em sentença condenatória com trânsito em julgado, não mais passível de reforma, a não ser mediante reexame por força de **habeas corpus** ou revisão criminal.

Com esse entendimento, explica-se por que, nada obstante a garantia constitucional, admite-se a decretação de prisão provisória. Isso ocorre porque se a presunção é de não-culpabilidade, nada obsta que, em pronunciamento judicial em que não se aprecia o mérito da questão, como garantia processual, se determine o recolhimento do agente à prisão, desde que verificado um dos fundamentos da prisão preventiva, e presentes os requisitos para sua decretação, ou seja, a materialidade do ilícito e indícios que realcem a suspeita de que o agente tenha sido o protagonista da cena criminosa.

Se o princípio fosse o da inocência, e não o da culpabilidade, não se poderia ter, enquanto requisito da prisão preventiva, indícios suficientes de autoria do ilícito do agente a quem atribuída a conduta.

De ver-se que, se os elementos informativos, ou mesmo de prova, encaminhados com a denúncia não suscitarem no juiz dúvida quanto à participação do agente no ilícito ou pronunciamento haverá de ser pela rejeição, ao passo que, se ele entender que há razoabilidade na proposição acusativa, deverá recebê-la, mas só poderá reconhecer a culpabilidade do acusado, na sentença, se aquela presunção se traduzir, pela instrução do processo, em verdade real.

Daí por que esse princípio só há de ser observado em se tratando de pronunciamento de mérito da lide. Sendo matéria processual incidental, que não diz respeito a juízo de culpabilidade, a exemplo da prisão provisória, essa cláusula não tem aplicação.

Por isso mesmo, em face do princípio constitucional da não-culpabilidade, não há nenhuma incompatibilidade em se restringir o direito de apelar, incluindo, enquanto pressuposto objetivo do recurso, a ser observado no juízo de admissibilidade, a prévia prisão provisória do acusado.

Penso que o problema deve ser visto por outro ângulo sopesando-se a restrição ao direito de apelar solto com o princípio constitucional da ampla defesa.

O processo penal caminhou da fase primitiva – em que não se admitia que o acusado tivesse o direito de defesa contra a pretensão punitiva do Estado, sob a concepção de que se ele fosse culpado a ela não fazia jus e, se fosse inocente, dela não precisava – para a humanitária, sendo que remonta no tempo a garantia da ampla defesa criminal, mesmo em Constituições sem maior compromisso democrático, como a brasileira de 1967.

A defesa na esfera criminal é substancial, não se tratando apenas de oferecer a oportunidade para que ela seja manifestada, como ocorre no processo cível. A inexistência de defesa criminal caracteriza cerceamento de defesa, importando em vício processual elevado a categoria de nulidade absoluta.

No disciplinar essa garantia constitucional, o constituinte de 1988, em redação inteligente, fez inserir, no conceito de ampla defesa não só a possibilidade de utilização das provas necessárias, mas também os "recursos a ela inerentes".

Nada obstante o inciso LV, do artigo 5º, da Constituição, faça alusão aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados, fazendo supor-se que não se endereçaria ao Ministério Público, isso se explica porque a este, como limitação do direito de punir quanto à utilização dos meios de prova, aplica-se o inciso LVI, do mesmo dispositivo constitucional.

No propósito de espancar dúvidas, o constituinte estabeleceu com a amplitude desejada o direito de defesa em si, a utilização das provas e recursos pertinentes por parte do acusado, cuidando, com relação ao Ministério Público, de fazer, expressamente, no inciso seguinte, a restrição apenas quanto às provas, que não podem ser admissíveis no processo, caso tenham sido obtidas por meios ilícitos.

Aos acusados, assim, nem mesmo as provas ilícitas podem ser restringidas, desde que inerentes ao exercício da ampla defesa.

Com isso, se quer dizer que o direito ao recurso, igualmente, por estar inserido na expressão ampla defesa, não pode vir a ser limitado pelo legislador infraconstitucional, exceto no que pertine à previsão de certos pressupostos consagrados doutrinariamente, que, longe de impor restrição, obedecem a comando imperativo para o melhor desenvolvimento do processo.

Assim sendo, tem-se que a vedação do direito de apelar em liberdade malferia a cláusula constitucional da ampla defesa, porquanto restringe o direito de reexame da sentença condenatória. Ora, ao legislador não seria defeso dizer que, com a sentença condenatória, verificadas determinadas circunstâncias, como a ausência de primariedade ou de bons antecedentes, o juiz deverá decretar a prisão.

Porém, entre a possibilidade da decretação da prisão, que não está em descompasso com o preceito da presunção de não culpabilidade, e a inadmissibilidade do recurso de apelação sem o prévio recolhimento à prisão, antepõe-se o postulado da ampla defesa, com o seu consectário lógico, que é o duplo grau de jurisdição.

Não há como se admitir que um Estado que se diz democrático de direito venha a restringir, por meio do Legislativo, o direito de o acusado rediscutir o acerto do pronunciamento judicial, em virtude de ele ter-se negado a iniciar o cumprimento da pena prevista na sentença.

Seria o mesmo que consignar, na lei, que o réu, em processo civil, condenado na obrigação de dar ao autor um automóvel, não pode exercitar o direito do recurso de apelação da sentença se, antes, não fizer a prova de que cumpriu o que lhe foi determinado.

Com essa argumentação, tenho que o artigo 9º, da Lei nº 9.038/95, assim como os dispositivos do Código de Processo Penal de teor assemelhado, é inconstitucional, por malferir o princípio constitucional da ampla defesa e o do duplo grau de jurisdição, que decorre do primeiro.

5 - Conclusão

Pelo expendido, observa-se que a lei não só apresenta diversas inconstitucionalidades, como é atécnica, não atinge a finalidade de propiciar mecanismos mais eficazes no combate à criminalidade resultante das organizações criminosas e, o pior, deixa transparecer, do exame de seu conteúdo, que a preocupação mor do legislador foi a de preservar o sigilo do acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais dos agentes que praticam crimes sob essa forma.

O melhor seria que não existisse, mas já que foi editada, para expungir os malefícios dela dimanados, de duas uma: ação direta de inconstitucionalidade pedindo a sustação da aplicação de diversos de seus dispositivos, ou, então, o que seria melhor, a sua revogação, pura e simplesmente, o que seria cívico e engrandeceria o Legislativo.

Bibliografia

ANCEL, Marc, "A Nova Defesa Social", tradução da 2ª ed. rev. e notas por Osvaldo Melo, Rio de Janeiro, Forense, 1979

BARBOSA, Marcelo Fortes, "Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988", São Paulo, Malheiros, 1993

BECCARIA, Cesare Bonesana, "Dos Delitos e das Penas", tradução de Macílio Teixeira, Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1979

BETTIOL, Giuseppe, "O Problema Penal", tradução de Fernando de Miranda, Coimbra Editora Ltda., Coimbra, 1967

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de, "O Processo Penal em face da Constituição", Rio de Janeiro, Forense, 1992

FOUCAULT, Michel, "Vigiar e Punir", tradução de Lígia M. Pondé Vassallo, Petrópolis, Vozes, 1977

FRANCO Alberto Silva, "Crimes Hediondos", 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo, RT, 1994.

GOMES, Hélio, "Medicina Legal", 23ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1984

PRADO, Geraldo, William Douglas, "Comentários à Lei contra o Crime Organizado", Del Rey, Belo Horizonte, 1995

REALE JÚNIOR, Miguel, "Novos Rumos do Sistema Criminal", Rio de Janeiro, Forense, 1983

RUBIANES, Carlos J, "Manual de Derecho Procesal Penal", vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1985.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, "Processo Penal", 14ª ed., rev. e atual., vol. I, São Paulo, Saraiva, 1993.