

SEÇÃO CRIMINAL

A lei da “caixa-preta”

CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA (*)
Procurador de Justiça aposentado – SP

1 – Breve histórico

O presente estudo cinge-se à apreciação da Lei nº 9 034, de 3 de maio de 1995 que, em sua ementa, “dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.

O aludido diploma legal originou-se de projeto de lei de autoria do deputado federal Michel Temer, elaborado com o concurso de comissão de juristas, entre os quais o ilustre professor Antonio Scarance Fernandes, da USP.

O projeto em testilha tramitou por cerca de 5 anos no Congresso Nacional, onde sofreu inúmeras e sensíveis alterações, muitas delas partidas do então senador João Paulo Bisol.

Transformou-se na Lei nº 9 034/95, com veto único do Presidente da República ao inciso I do artigo 2º.

2 – O combate ao crime organizado

Quando da entrada em vigor da lei em questão, a imprensa paulista notificou que ela ensejaria a instauração de uma “Operação Mãos Limpas” à brasileira, em nosso País, com menção àquele processo que, na Itália, ficou conhecido como **mani pulite** (“mãos limpas”), o qual, a partir de 1992, levou à barra dos tribunais e à prisão centenas de pessoas, acusadas de atividades mafiosas, corrupção e sonegação fiscal.

Para uma “Operação Mãos Limpas” no Brasil, porém, a Lei nº 9.034 revela-se inócua, contraproducente e, até mesmo, perigosa, em detrimento dos interesses sociais.

Uma operação em tal sentido, nos rincões brasileiros, não teria condições de funcionamento nos mesmos moldes peninsulares, em primeiro lugar porque o Brasil é uma

(*) Advogado. Diretor e Professor de Processo Penal do ‘Curso Êxito’ – Preparatório para Concursos Jurídicos

república federativa e a Itália um Estado unitário e, em segundo lugar, porque o Ministério Público de nosso País, infelizmente, não possui estrutura nem meios legais e administrativos para um combate eficiente e adequado àquilo que se convencionou chamar de "crime organizado".

Aqui, se um esquema de repressão à criminalidade organizada, ou megacriminalidade, se baseasse em normas pífias como a Lei nº 9.034, o resultado seria, quando muito, uma operação *mani vuote* ("mãos vazias"), pois nada, ou quase nada seria possível conseguir.

Entendo que uma operação nacional destinada ao desmantelamento das organizações criminosas não prescindiria, antes de mais nada, de um novo Código de Processo Penal, não bastando remendos legislativos como os que vêm ocorrendo há alguns anos, num processo de transformação do atual CPP - que é de 1941 - em verdadeira "colcha de retalhos", despida de sistematização e de rigor científico.

A pleora de pequenas leis que, num "crescendo" assustador, vêm picotando nossa lei adjetiva penal, está por tornar o Estatuto Processual Penal um verdadeiro "Frankenstein" legislativo, eivado de contradições intrínsecas e totalmente destituído de eficiência contra o crime que assola nosso País.

Toda uma legislação relativamente recente - como a "Lei dos Crimes Hediondos" e a que nela introduziu alterações - vem sendo considerada como um conjunto de apêndices, ou mesmo de corpos estranhos ao CPP, caracterizados por quase que total ausência de técnica legislativa, além de um amontoado de imperfeições, por certo decorrentes do açodamento ou da demagogia com que são produzidos tão hediondos diplomas legais.

Na Itália, foi possível a operação moralizadora, verdadeira revolução nos costumes sócio-jurídico-culturais na pátria de Dante, depois da promulgação do novo Código de Processo Penal, que entrou em vigor em 1989, incorporando a legislação anterior referente à "guerra" contra a Máfia e terrorismo.

Em plagas brasileiras, uma operação parecida dependeria não só de um novo Código, como, ainda, da criação e estruturação de um órgão, de nível nacional, ao qual fossem cometidas a coordenação, a normatização administrativa, a execução e a fiscalização de um programa sério de combate à macrocriminalidade, em suas mais importantes modalidades, com respeito, contudo, à autonomia dos Estados e das instituições locais, bem como dos direitos fundamentais do indivíduo.

Não basta um programa localizado e estanque em tal sentido, diante da imensidão territorial de nosso País e também diante da expansão do crime organizado, que, a pouco e pouco, rompe fronteiras municipais, estaduais, regionais e até nacionais, entrelaçando-se com a delinqüência multinacional.

Esse órgão centralizador poderia aglutinar os Ministérios Públicos pátrios (o federal e os estaduais), as Polícias (idem), os órgãos de fiscalização tributária, os Tribunais de Contas, os sistemas de controle interno e externo dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e outras entidades que possam influir ou colaborar com suas atribuições maiores, como o CADE, a SEAE do Ministério da Fazenda, os PROCONs estaduais, etc.

Equipes especializadas deveriam ser criadas nos Ministérios Públicos e nas Polícias, bem como nas Varas Especializadas no Poder Judiciário, destinadas precipuamente ao conhecimento dos casos relativos ao crime organizado, em suas multifárias atuações.

No Ministério Público de São Paulo, nos anos 70 (a partir, especificamente, da Portaria nº 900/73-PGJ), foi levada a cabo uma experiência notável, com a criação da chamada "Equipe de Repressão a Roubos e Extorsões", um grupo de promotores especialmente designados, com apoio logístico e administrativo, estrutura própria e organização peculiar, que, muitas e muitas vezes, através de um sistema de controle baseado em fichários de quadrilhas e de seus membros, bem como de um acompanhamento de delitos

práticos em conexão, conseguiu, sem sair de seus gabinetes, descobrir autorias criminosas que a polícia não lograra - em razão de dispersão e desordem funcional - descobrir em seus inquéritos, unificando processualmente crimes conexos e, com isso, propiciando aos magistrados uma visão de conjunto da atuação de certos bandos de assaltantes e de extorsionários-sequestradores.

Por motivos que não vêm ao caso, aquela eficiente equipe de promotores foi se caracterizando com o tempo, perdendo gradativamente seu estilo inédito de atuação, a ponto de se transformar em mero amontoado de promotores de justiça sem filosofia própria de trabalho, o que, como era inevitável, acabou por ocasionar sua extinção.

Esse exemplo, contudo, deveria ser seguido, restabelecido e aperfeiçoado, dentro da operacionalização de um movimento sério, firme e permanente, destinado à eliminação da *tangentopoli* ("terra das propinas") cabocla em que está se transformando o Brasil.

Ademais, presídios especiais deveriam receber os condenados envolvidos com a criminalidade organizada, nos quais, por sinal, se estabelecesse rígida e eficaz separação entre os que sofreram penas mais severas e os *pentiti* ("arrepentidos"), ou seja: os que obtiveram redução de suas penas em razão da "delação premiada" (que abordarei adiante).

Mecanismos de proteção a testemunhas, à semelhança do que ocorre nos EUA, deveriam ser implantados sem tardança. Não o foram, na lei ora em estudo.

Instrumentos eficientes de combate ao crime, como a escuta telefônica, a gravação ambiental, a interceptação telemática e postal, além de outros, teriam de ser criados e regulamentados. Também não o foram!

Por fim, uma profunda reviravolta na mentalidade média brasileira - que ignora olímpicamente o Ministério Público, ou procura restringir-lhe os meios de atuação - tornar-se-ia inadiável, inclusive pelo reconhecimento, de uma vez por todas, do chamado "princípio da proporcionalidade", defendido por uma gama ponderável de juristas em todo o mundo, segundo o qual os direitos individuais garantidos pelas Constituições são, efetivamente, sagrados, mas não podem tornar-se absolutos quando conflitam com direitos de maior peso social.

Tudo isso - frise-se bem - sem o estabelecimento do arbitrio, da tirania ou de um Estado fascista, já que o respeito à lei e aos direitos individuais seria o fulcro da atuação estatal na luta contra a megadelinqüência internacional.

3 - A Lei nº 9.034/95

Um pecado inicial do diploma legal em estilha é a indefinição de seus termos, que destrói pela base qualquer possibilidade de aplicação eficiente de suas disposições.

Quando o legislador utiliza expressões de conteúdo vulgar, ou impreciso, sem se preocupar com a definição de seus contornos jurídicos, corre o risco de tornar inócua a disposição legal, não só pela insegurança jurídica que se instaura como, ainda, pela ampliação da margem de arbitrio do julgador, ficando a aplicação da lei ao sabor do subjetivismo conceitual de cada juiz, de cada autoridade policial, de cada membro do Ministério Público.

Quanto mais se relativizam o Direito Penal e o Direito Processual Penal, mais incerta fica a proteção dos direitos do cidadão comum e das vítimas dos delitos, o que, em contrapartida, equivale a uma segurança maior por parte dos que se entregam à atividade delinqüencial.

A Lei nº 9.034/95 não define "organizações criminosas", apesar de a elas se reportar com freqüência.

Pior: em seu artigo 1º, **caput**, estabelece que “esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”

A expressão “quadrilha ou bando”, com a conjunção alternativa entre os dois substantivos comuns, equivale a um termo jurídico-penal específico e bem delimitado, vale dizer: o crime capitulado no artigo 288 do Código Penal, que consiste em “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”, prevista em seu parágrafo único a modalidade qualificada de “quadrilha ou bando armado”.

Esbarra-se, de pronto, com uma inadequação legislativa

O delito do artigo 288 do Código Penal exige, para sua configuração, um mínimo de quatro pessoas que o pratiquem, o que, desde logo, excluiria da aplicação da lei as organizações criminosas constituídas por duas ou três pessoas — que podem ser tão perigosas quanto as demais —, ou mesmo aquelas em que a existência de um quarto figurante fosse ocultada, ou estivesse dissimulada, o que, por certo, frustraria a luta contra o crime diante de mera filigrana jurídica propiciadora de chicanas e ardis de toda espécie

Além disso, a jurisprudência pátria exige o requisito da estabilidade — próximo ao da habitualidade — para a caracterização de quadrilha ou bando, o que pode levar, em muitos casos, à exclusão de aplicação da lei aos bandos — em relação aos quais não se consiga o enquadramento rígido e formalista de nossos tribunais

Por outro lado, o conceito legal de quadrilha ou bando está umbilicalmente ligado, pela definição típica do artigo 288 da CP, à prática de crimes, e a cabeça do artigo 1º da Lei nº 9 034/95 igualmente se refere a “crime” resultante de organização delinqüencial

Fica-se, assim, diante de séria restrição à repressão das atividades ilícitas organizadas, pois, **exempli gratia**, não se pode aplicar a lei às entidades e aos grupos que se dedicam a práticas contravencionais como a do “jogo do bicho”, a das loterias clandestinas, a do porte de arma, a do comércio ilegal de armas de fogo (inclusive fabrico e importação ou exportação), etc

Não se pode negar, diante da realidade brasileira, que as organizações de contraventores funcionam, muitas vezes, como centros irradiadores de atividades ilícitas de alta periculosidade e grande nocividade ao corpo social

O ideal seria que a lei tivesse fornecido definição mais ampla e mais consentânea de “organização criminosa”, inclusive relacionando, de forma técnico-jurídica, os tipos criminais nos quais ocorre maior incidência do crime organizado no Brasil e que, por isso mesmo, merecem a maior atenção do legislador e do aplicador da lei

Uma enumeração, ainda que incompleta, desses delitos seria menos ruim do que uma vaga menção a “organizações criminosas”, bastando lembrar, à guisa de ilustração, o que acontece com os grupos de extermínio, os esquadrões da morte, o tráfico de entorpecentes, a extorsão mediante seqüestro, a “lavagem de dinheiro” (que ainda não encontra regulamentação adequada em nosso direito), a corrupção ativa e passiva, a sonegação fiscal, os delitos do “colarinho branco”, a criminalidade contra as relações de consumo e a ordem econômica, a proliferação de entidades racistas e secretas, o contrabando, a cartelização da economia, a remessa ilegal de divisas, a criação de organizações paramilitares, a “grilagem” de terras, a propaganda enganosa e abusiva, a dizimação da fauna e da flora, a degradação do meio ambiente, a falsificação de moeda e de carteiras de habilitação, os furtos e roubos de veículos e de toca-fitas, o assalto à mão armada, a receptação contumaz, os “desmanches”, o lenocínio e tantas outras condutas humanas intimamente ligadas à organização delitiva

O artigo 2º da Lei nº 9 034/95 procura estabelecer “procedimentos de investigação e formação de provas” em “qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas”.

Seu inciso I foi vetado pelo Presidente da República, sendo este seu texto primitivo:

“I - A infiltração dos agentes da polícia especializada em quadrilhas ou bandos, vedada qualquer co-participação delituosa, exceção feita ao disposto no artigo 288 do Código Penal, de cuja ação se preexclui, no caso, a antijuridicidade”.

Esse dispositivo, oriundo de solicitações da Polícia Federal e de outros órgãos policiais, corresponde a um procedimento usual em outros países (como os Estados Unidos da América), e poderia constituir elemento útil ao combate ao crime organizado, mas a vedação à “co-participação delituosa” frustraria seus objetivos, transformando o policial infiltrado em figura suspeita para os demais membros da organização, já que ele não poderia tomar parte dos atos de execução dos delitos perpetrados pelo grupo, eximindo-se tão-somente do delito do artigo 288 do Código Penal

A infiltração policial, aliás, poderia ser instituída em nosso País, desde que acompanhada de instrumentos legais e administrativos que evitassem a promiscuidade do policial com o criminoso e que impedissem que tal proceder acobertasse envolvimento verdadeiros da autoridade investigadora com os investigados

Outrossim, o veto presidencial à infiltração policial tornou de difícil aplicação o instrumento previsto no inciso II do artigo 2º:

“II - A ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a elas vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”

Sem a infiltração, problemáticos se tornam a “observação” e o “acompanhamento”, para a execução da “ação controlada” do inciso II

O referido inciso, ademais, cria figura que pode levar, na prática, à preparação de flagrantes pela polícia, com o óbice da súmula 145 do Supremo Tribunal Federal

O inciso II não traz a figura do “flagrante esperado” — admitida pela jurisprudência —, pois, neste, a polícia não adia sua atuação, aguardando o momento da prática dos primeiros atos de execução do delito para dar voz de prisão ao delinqüente

Trata-se de “flagrante diferido”, ou “prorrogado”, ou “postergado”, que, mui facilmente, pode acobertar prevaricações ou, ainda, frustrar a aplicação da lei penal, quando o diferimento da “interdição policial” facilitar a consumação e até o exaurimento de delitos, sem se falar na já citada provocação de situações de flagrante por agente ou autoridade policial

De qualquer forma, tal figura me parece inócua para a repressão do crime organizado, não só pela proibição da infiltração policial no seio das organizações como pela probabilidade de produção de resultados piores do que a prisão em flagrante nos moldes tradicionais de nosso direito

4 - A “caixa-preta”

O inciso III do artigo 1º da Lei nº 9 034/95 permite “o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais”, devendo ser lembrado que esse acesso é, a teor do **caput** do mesmo artigo, assegurado “em qualquer fase de persecução criminal”, expressão que abrange tanto o inquérito policial quanto a ação penal

Já o **caput** do artigo 3º edita que “nas hipóteses do inciso III do artigo 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será pessoalmente realizada pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça”

Conjugando-se os dispositivos legais, verifica-se que, no caso de se tornar necessária a obtenção de informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, em razão de atividade

de de organização criminosa, o próprio juiz, em pessoa, deverá realizar a diligência de obtenção, não se limitando a determiná-la ou a permiti-la.

Os preceitos que vêm em seguida, como será enfatizado, esclareceram que os serventuários da justiça, os cartórios, as secretarias e os funcionários e autoridades policiais não podem participar da diligência – nem mesmo o Ministério Público –, podendo o juiz, nos termos do § 1º do artigo 2º, “requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo” (por exemplo, gerentes de bancos ou de instituições financeiras, autoridades dos órgãos fazendários e fiscais, cartórios eleitorais, etc.).

A Lei nº 9 034/95 criou, assim, esdruxulamente, uma figura de juiz de instrução que não se coaduna com nosso Direito, no qual inexiste e nunca existiu o juizado de instrução de modelo europeu, que, por sinal, na própria Europa vem pouco e pouco desaparecendo, por obsolescência (a Itália, v.g., o aboliu no novo CPP).

Como pode funcionar um juiz instrutor, inclusive na fase de inquérito policial, à margem das investigações efetuadas pela Polícia Judiciária e pelo Ministério Público, sem que exista, em nossa legislação, qualquer espécie de previsão e estruturamento de um juizado de instrução?

A figura do juiz inquisitor, anacronicamente instituída pela nova lei, passa a ser um cancro legislativo, uma instituição estanque em nosso Direito, verdadeira aberração que, por certo, não encontrará guarida na prática de nosso foro criminal.

Mesmo porque o juiz instrutor atenta contra o sistema acusatório puro, que a Constituição Federal, em seu art. 129, I, sedimentou em nosso País, atribuindo exclusivamente ao Ministério Público a iniciativa da ação penal pública, por obediência à parêmia *ne procedat iudex ex officio*.

A aberração torna-se maior quando se vê que, no curso de inquérito policial, se o magistrado resolver aplicar a nova lei, a própria autoridade policial, presidente das investigações, e o Ministério Público (destinatário delas) ficarão à margem, sem acesso às informações obtidas pelo juiz, o que, por certo, dificultará sobremaneira a marcha da apuração do delito, criando-se, então, uma situação que beira o surrealismo: o delegado de polícia precisa continuar investigando o delito, mas não tem acesso a dados que podem ser essenciais para o próprio prosseguimento dessa mesma atividade investigatória!

A Lei nº 9 034, com seu apego exagerado ao sigilo de várias origens – que, por sinal, via de regra somente interessa a quem tem algo de ilícito a esconder –, acabou por confundir, criando um sistema muito mais rígido e fechado do que o atualmente em vigor.

O sigilo bancário, assegurado pelo artigo 38, § 1º da Lei nº 4 595/64, pode ser devassado pelo Poder Judiciário sem necessidade de diligência pessoalmente encetada por magistrado, e, usualmente, vem sendo descortinado, até na fase de inquérito, por mero ofício, com juntada aos autos das informações remetidas pelas instituições financeiras.

O sigilo bancário, aliás, não possui a força que se lhe quer emprestar ultimamente, já que não previsto expressamente entre os direitos fundamentais agasalhados pela Lei Maior.

Somente por extensão pode ele ser considerado proteção à intimidade, com respaldo, então, no artigo 5º, inciso X da Carta Federal.

Não pode, sequer, ser oposto ao Ministério Público Federal, a teor do artigo 29, parágrafo único, da Lei nº 7 492/86, conhecida como “lei do colarinho branco”.

Por outro lado, o sigilo fiscal tributário, previsto no artigo 198 do Código Tributário Nacional, igualmente pode ser desvendado por juiz, com juntada aos autos das informações obtidas, sem necessidade do aparato exigido pela Lei nº 9.034/95.

E as informações eleitorais, ao que se saiba, não são sigilosas, nem quanto ao alistamento eleitoral, nem quanto à filiação partidária, nem quanto às campanhas eleitorais, nem quanto às finanças partidárias, pelo que se depreende dos artigos 45, § 6º e 371 do Código Eleitoral.

Em Direito Eleitoral, aliás, só o voto é secreto, e, por certo, sua autoria e seu teor não podem ser revelados nem mesmo por ordem judicial.

Ademais, é de ser lembrado o direito a certidões para esclarecimento de situações, garantido pelo artigo 5º, XXXIV, “b” da Lei das Leis.

Não param aí os disparates da nova lei.

A exemplo do que ocorre com as aeronaves, em que informações sigilosas são guardadas na “caixa-preta” existente em cada avião, o artigo 3º da Lei nº 9.034/95, maxime em seus parágrafos, criou verdadeira “caixa-preta” forense-criminal, consistente na documentação obtida pessoalmente pelo juiz.

O § 2º é uma peça do teatro do absurdo:

“§ 2º – O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão *ad hoc*.”

O § 3º vai, num crescendo, levando ao clímax da obra de ficção:

“§ 3º – O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas da causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.”

O delírio do legislador, até aqui, já chegou às raias da semi-imputabilidade.

O juiz passa a ser um sobrecarregado guardião da “caixa-preta”, que deverá estar sempre sob sua vigilância, com acesso exclusivo às partes do teor de seu conteúdo.

Para que as partes, portanto, possam ter acesso às informações da “caixa-preta”, deverão consultá-la na presença do juiz, sem, obviamente, poder extrair cópia para melhor estudo posterior.

Imaginemos um advogado, ou um promotor de justiça, que, no exíguo prazo legal, tenha de fazer suas alegações finais, ou suas razões ou contra-razões de recurso, e que, desgradamente, tenha de consultar a “caixa-preta”.

Quanto tempo ser-lhe-á reservado para tanto, pelo magistrado, em seu gabinete, a portas fechadas?

Em que momento? Durante uma e outra audiência? Em dias determinados da semana? Em horários fixos, baixados por portaria?

E se o exame da farta documentação bancária, por exemplo, existente no tal expediente secreto, demandar, por sua complexidade, uma atividade de mais de um dia?

“Doutor, olhe o tempo, doutor. Preciso presidir uma audiência.”

“Mas, excelência...”

“Sem mas nem meio mas, doutor. O tempo está esgotado.”

Danem-se os direitos da parte, totalmente cerceados pela aberrante figura instituída pela nova lei.

O § 4º do artigo 3º é mais um atentado ao bom senso:

“§ 4º – Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.”

Incrível!

Nunca se ouviu falar, em toda a História do Direito brasileiro, em alegações finais sigilosas!

Como se a mente humana fosse um amontoado de compartimentos estanques, como se o pensamento e a argumentação de um profissional do Direito pudessem ser divididos, sempre e sempre, em setores distintos, desprovidos de interpenetração, de íntima ligação, a tresloucada lei manda que a acusação e a defesa cindam suas linhas de

raciocínio, como robôs programados de acordo com os ditames das ciências exatas, apresentando razões públicas e razões secretas!

Creio ser ululantemente inconstitucional essa exigência, a afrontar diretamente o princípio da publicidade dos atos processuais, expresso na Carta Magna em seus artigos 5º, LX e 93, IX

Por outro lado, ocorre, igualmente, cerceamento dos direitos das partes, que sofrerão ingentes dificuldades no exercício de uma argumentação picotada e fragmentada, bastando salientar que no trecho "aberto" das alegações não poderá haver nenhuma remissão ao "trecho secreto".

O absurdo continua: a "caixa-preta" poderá "servir como elemento na formação da convicção final do juiz".

As decisões judiciais devem sempre ser fundamentadas, ex vi do artigo 93, IX da Lei Fundamental, sob pena de nulidade, e a sentença, momento culminante do processo de conhecimento, é radicalmente nula se despida de fundamentação (art. 381, III do CPP, c.c. seu art. 564, IV)

A se seguir cegamente o que diz a nova "lei" (que já está a merecer as aspas), o juiz também deverá dividir a fundamentação de seu **decisum** em dois trechos: um, aberto, público, inserido no texto da sentença; outro, secreto, talvez juntado ao "auto da diligência".

Summus jus, summa injuria!

Se a sentença for condenatória, o réu terá sido punido com base em argumentação que, em parte, será do conhecimento geral, mas, em outra parte, estará trancada a sete chaves.

A sentença, por certo, será registrada pela escrivania somente em seu aspecto público, e qualquer certidão que dela se peça apenas conterá esse mesmo lado público, a todos acessível.

O arbítrio judicial estará, destarte, acobertado pela lei, seja nas condenações, seja nas absolvições sem fundamento, jogando-se por terra uma das maiores conquistas da civilização contemporânea e da democracia: o princípio do livre convencimento do juiz, segundo o qual o magistrado tem plena liberdade julgante, devendo, contudo, fornecer, **quantum satis**, os "porquês", de fato e de direito, que embasaram suas decisões.

No meio de toda essa parafernália de teratologias legislativas, deve ser lembrado o que pode ocorrer no plenário do júri, quando, no caso concreto, houver dados encarcerados na "caixa-preta".

O orador, nos debates, deverá cochichar aos ouvidos dos jurados o conteúdo do "auto da diligência".

O jurado, ao pedir esclarecimento sobre matéria de fato, deverá fazê-lo, somente na sala secreta, e, assim mesmo, sussurando sua dúvida, de modo que o sigilo não seja revelado aos oficiais de justiça e ao escrivão, presentes ao ato?

Como fica a leitura de peças, se o teor da "caixa-preta" não pode ser desvendado?

Com que discernimento e convicção poderá julgar o juiz leigo, se, em plena sessão de julgamento, fica sabendo da existência de provas sigilosas, que as partes não lhe podem resumir nos debates, que ele não terá tempo nem habilidade para consultar pessoalmente, e que podem ser decisivas para, por exemplo, a formação de seu convencimento quanto às atividades do grupo de extermínio que está sendo julgado?

Não param aí os demandos da leizinha.

O § 5º do artigo 3º prolonga a encenação - de polichinelo e o ambiente kafkiano para a segunda instância:

"§ 5º - Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão (**sic**), 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."

Pasme-se!

O relator, no tribunal, passará a ser o guardião de 2º grau da "caixa-preta", com o mesmo cerceamento aos direitos das partes, até mesmo nas sustentações orais na sessão de julgamento do recurso (ou da revisão criminal, ou, quem sabe, inclusive nos **habeas corpus**)

Essas sustentações orais deverão ser sigilosas, presume-se, quanto à matéria constante do "auto da diligência", e o novo diplominha legal chegará ao acinte de, colidindo frontalmente com a Constituição - que proíbe julgamentos secretos pelo Poder Judiciário, artigo 93, IX -, prever "rigoroso e absoluto segredo de justiça" na discussão e no julgamento em 2ª instância.

O próprio acórdão, assim, terá de ser em parte público e em parte secreto.

O que dizer, então, da eventualidade de recurso especial e de recurso extraordinário?

Na primeira hipótese, o ministro relator será, no STJ, o superior guardião da "caixa-preta", e, na segunda, o ministro relator será o supremo guardião dela própria, no STF.

Perdoe o leitor o ar de galhofa destes apontamentos, mas a irrisão é inevitável, diante de uma das leis mais ridículas de que se tem notícia na "terra brasilis".

Como ficarão a jurisprudência e a crítica judiciária pela imprensa, com essa plethora de processos e julgamentos secretos?

Que controle terá a sociedade, em relação à atuação das autoridades públicas em setor tão importante, vital e sério como o é o combate ao crime organizado?

Como ficarão as provas derivadas obtidas através do conteúdo das "caixas-pretas" (por exemplo, as testemunhas cujos nomes forem referidos em tais expedientes fechados)?

Poderão ser ouvidas, ou serão fatalmente consideradas provas ilícitas, os famosos "fruits of poisonous trees" ("frutos de árvores envenenadas")??

Espero, com fervor, que todos esses dispositivos legais sejam rechaçados de nosso ordenamento jurídico, da maneira mais urgente possível, quer através de oportuna revogação, quer em ações diretas de inconstitucionalidade.

5 - Outros dispositivos da lei

O artigo 4º, timidamente, preceitua a estruturação de setores e equipes policiais especializados no combate às organizações criminosas, olvidando-se de fazer semelhante previsão quanto a equipes especializadas do Ministério Público e a varas especializadas no Judiciário.

O artigo 5º possibilita a identificação criminal de "pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas", independentemente da identificação civil, talvez tentando regulamentar, em parte, o permissivo constante do artigo 5º, LVIII da Lei Básica. Peca, no entanto, pela ausência de definição do conceito de "organizações criminosas", deixando a colheita de impressões digitais dos indiciados ao alvedrio subjetivo desta ou daquela autoridade policial, deste ou daquele membro do **Parquet**.

O artigo 6º traz a "delação premiada":

"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."

Mais uma vez - a exemplo do que ocorreu na famigerada "lei dos crimes hediondos" (Lei nº 8.072/90, art. 8º, par. único), é tentada a introdução, em nossos costumes

policiais e forenses, da figura que caracterizou, na Itália, nos anos 70, as confissões premiadas dos **terroristi pentiti** ("terroristas arrependidos"), que indigitavam os chefes e os líderes das facções e, com isso, obtinham recompensa judicial.

O mesmo espírito norteou a recente Lei nº 9 080, de 1ª de julho de 1995, que estendeu a delação premiada aos crimes do "colarinho branco" e aos delitos contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo.

A delação premiada pode, até, ser eficaz como meio indicativo de obtenção de provas, ou como prova em si mesma

Não tem surtido efeitos ponderáveis até agora, no Brasil, **maxime** pela ausência de uma proteção estatal aos delatores, que, após o indigitamento, ficam à mercê da sanha dos quadrilheiros por eles acusados, dentro ou fora da prisão.

Não basta a promessa de redução de penas

As garantias de vida e de incolumidade física, para os **pentiti** e seus familiares, são imprescindíveis.

Até a total imunidade penal poderia, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, ser concedida aos "peixinhos" que apontam os "peixões"

Nada disso foi feito pela famigerada Lei nº 9 034, que, aliás, também não se deu ao trabalho de criar um sistema de proteção de testemunhas, que passam pelas mesmas agruras dos sicários que denunciam seus comparsas

O artigo 7º da aludida lei ("não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa") peca pela relatividade e pela subjetividade do que possa vir a ser considerado "intensa" e "efetiva" participação nas organizações criminosas (também indefinidas)

É sabido que, quanto mais imprecisa a lei, quanto mais vagos e abertos seus conceitos, maior o arbítrio dado a seus aplicadores

O artigo 8º, aparentemente, amplia em demasia o prazo máximo de duração das várias formas de prisão provisória, ao editar que "o prazo máximo da prisão processual, nos crimes previstos nesta lei (sic), será de cento e oitenta dias"

A impressão inicial é falsa, pois o novo preceito pode levar a uma generalizada liberação, no decorrer do processo, de criminosos de alta periculosidade, envolvidos com o crime organizado

Atualmente, o prazo máximo de duração da prisão em flagrante e da prisão preventiva, consoante jurisprudência vigente desde 1962 - a partir de um acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - é de 81 dias, contados do dia da prisão até o do término da prova de acusação, nele não se computando o tempo gasto para a produção das provas da defesa, o julgamento em 1ª e em 2ª instâncias e o processamento de recursos especiais e/ou extraordinários

A grande falha do artigo 8º está em não ter esclarecido o **dies ad quem** (termo final) do prazo de 180 dias

Dir-se-á: por certo, a jurisprudência orientar-se-á no sentido de fixá-lo no término da prova acusatória, como o faz tradicionalmente.

Grande perigo para a sociedade.

Poderão surgir vozes a defender que o prazo máximo é para o processo inteiro, até o trânsito em julgado da condenação, abrangendo até o processamento dos recursos na instância superior

Com isso, não haverá feito criminal em que não venha a ocorrer excesso de prazo, **maxime** diante de eventuais manobras protelatórias

Algumas vozes - ilustres - já estão surgindo nesse sentido.

Geraldo Prado e William Douglas asseveraram na página 97 de seus "Comentários à lei contra o crime organizado" (Edit Del Rey, Belo Horizonte, 1995):

"Assim, o que ocorre a partir de agora é que, independentemente dos prazos fixados nas diversas leis..., é necessário que o trânsito em julgado opere dentro de cento e oitenta dias do início da prisão, sob pena de tornar-se ilegal e ser relaxada"

O festejado Luiz Flávio Gomes, na página 146 de seu "Crime Organizado" (Edit Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995), também parte para quase idêntica conclusão:

"Como a lei não distinguiu, temos de concluir o seguinte: o acusado preso cautelarmente tem direito de ser julgado em definitivo no prazo de cento e oitenta dias."

Não pretendo, à evidência, restringir os direitos individuais do réu, mesmo do mais perigoso componente de uma quadrilha de traficantes internacionais de entorpecentes.

Apenas observo a incongruência da lei, que pretende ser dura e rígida contra a criminalidade organizada, mas que, em um de seus artigos, pode levar a um entendimento mais benigno para os membros de organizações criminosas, frustrando sua própria finalidade, ao enfraquecer os instrumentos do "combate" a esse tipo de delinquência

O mesmo pecado, aliás, é encontrado no artigo 10 da lei em discussão:

"Artigo 10 - Os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado."

Uma lei que pretende ser rigorosa e severa acaba abrandando a situação do crime organizado, em comparação com o preceito constante do artigo 2º, § 1º da lei dos crimes hediondos (nº 8.072/90), **verbis**:

§ 1º - A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado"

Perceba-se o surrealismo da situação: um sujeito condenado por crime hediondo, ou por tortura, ou por tráfico de drogas, ou por terrorismo, que não tenha agido no seio de organização criminosa, terá de cumprir a pena integralmente em regime fechado. Já outro, condenado por crime hediondo perpetrado em organização criminosa (mais grave ainda, portanto), terá direito à progressão no cumprimento da pena

Dizem que essa discrepância se deveu ao fato de que o projeto do qual se originou a Lei nº 9 034 foi anterior à lei dos crimes hediondos

A ser verdadeira a versão, não justifica a lamentável falha do novo diploma legal, que deveria ter sido revisto, em sua tramitação legislativa, para se adequar aos ditames da Lei nº 8.072/90

Por fim:

O artigo da Lei nº 9 034 edita:

"O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei."

A prisão decorrente de condenação recorrível, não revogada pela Lei Maior (Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça), parece ter ficado fortalecida, diante do supramencionado artigo 9º

Ledo engano.

A Lei nº 9.034/95 não prevê nenhum crime, não tipifica nenhuma conduta humana

Ao contrário: mantém na bruma o conceito de "crime organizado", o de "organização criminosa" e outros.

Por isso mesmo, inócua a disposição do artigo 9º, mais uma vez ensejadora de arbítrio, contra o réu ou contra a sociedade, conforme o caso.

6 - Conclusão final (sucinta)

A Lei nº 9 034, de 3 de maio de 1995, é um raro exemplar de monstruosidade legislativa.

Com ela, não será dado um passo sequer no combate ao espantoso, ameaçador e terrível crime organizado, no território nacional.