

Crime organizado, quebra do sigilo e a inadequação legislativa.

Título : O crime organizado e propostas para atuação do Ministério Público .

Sumário :

I - Crime Organizado. 1. Conceito. 2. *O parquet* e a atividade investigatória. II - A quebra do sigilo constitucional. 1. Introdução. 2. O direito positivo e a quebra do sigilo. 2.1. A Lei nº 9.034/95. 2.1.1. A experiência italiana. 2.1.2. O procedimento. a) Introdução. b) As formalidades e os seus conflitos. 2.2. A Lei nº 9.296/96. 2.2.1. Introdução. 2.2.2. A abrangência da lei. a) Os Pressupostos. b) O Procedimento. III - Propostas de atuação ministerial . IV - Conclusão. V - Bibliografia.

I - Crime organizado.

a) Conceito :

O legislador não definiu o significado da expressão deixando esta tarefa aos juristas e a jurisprudência. A complexidade do assunto talvez tenha levado o legislador a agir assim.

O artigo 1º da Lei nº 9.034/95 leva a crer que o conceito de crime organizado estaria relacionado com crime de quadrilha ou bando. O enunciado da lei, não o definiu, fez referência tão somente as ações praticadas por organizações criminosas.

Alguns doutrinadores afirmam que as expressões¹ são sinônimas, outros dizem que não. Os que entendem que os conceitos são diferentes sustentam que, em razão disso, a

lei teria aplicação limitada ao combate da criminalidade sofisticada, a transnacional² e não a criminalidade massificada (crime de quadrilha ou bando).³

A discussão é estéril, pois a “criminalidade organizada não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da legislatura, da Magistratura, do Ministério Público, da polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade...é uma criminalidade difusa que se caracteriza pela ausência de vítimas individuais”⁴.

O aumento de crimes de roubo e furto de veículos nos últimos três anos⁵ e de cargas aliada a constatação de que os automóveis são trocados por drogas mostra que a prática de tais crimes fazem parte de um esquema organizado de ações criminosas. Os meios tradicionais de investigação e repressão estão se mostrando insuficientes. O roubo à carga atingiu índices alarmantes em determinadas regiões⁶ devendo, atribuir-se tais ações às organizações criminosas locais. Entendemos que a restrição imposta pela doutrina ao conceito de crime organizado, em nada contribui para a prevenir e combater as ações de organizações criminosas. Pelo contrário, o conceito de crime organizado deve ser o mais abrangente possível, para que, a legislação existente, sobretudo a que disciplina os meios de obtenção de prova e procedimentos investigatórios (Lei nº 9.034/95) possa ser aplicada também no combate a pequenas quadrilhas ou bandos que tendem, naturalmente, a crescerem e evoluírem na prática de crimes mais complexos.

b) O *parquet* e a atividade investigatória.

O *parquet* é o titular exclusivo da ação penal pública, art. 129 da CF/88, no entanto, para o exercício de suas funções, necessita de suporte probatório mínimo para o ajuizamento da

ação penal ou algumas vezes para a obtenção de providências cautelares (ex. prisão preventiva, prisão temporária, interceptação de comunicações telefônicas etc).

O Poder Judiciário manifestava-se rigoroso na preservação dos direitos constitucionais, antes mesmo da entrada em vigor da Lei nº 9.296/96, que regulamentou a interceptação telefônica. Não bastava a existência de ordem judicial para que a diligência fosse levada a efeito, o STF exigia que lei estabelecesse quais crimes poderiam ser objeto (hipóteses) de interceptação, o que levou o legislador, a reservar a aplicabilidade da lei a crimes de maior gravidade e ainda previu a maneira (forma) como ela deverá ser feita e os seus requisitos.⁷.

O modelo brasileiro adota o inquérito policial como instrumento destinado a obter elementos probatórios do fato e da autoria através de um órgão chamado polícia judiciária⁸. O professor Tourinho ensina que uma vez realizada a investigação, pela polícia judiciária, as informações que a compõem são levadas (nem sempre) ao Ministério Público, a fim de que este, se for o caso, promova a competente ação penal.

Nota-se que o sistema pátrio atribuiu a investigação preliminar do crime⁹, primeira fase da *persecutio criminis*, à polícia judiciária. A segunda fase atribui-se ao *parquet* que pode também realizar investigação existindo ou não inquérito policial, pois o Promotor de Justiça ao presidir uma investigação não está usurpando as funções de Delegado de Polícia, pelo contrário ele está exercendo plenamente suas prerrogativas. O Ministério Público não produz inquérito policial, mas sim peças de informação de caráter administrativo que poderão servir de base para o início da ação penal¹⁰.

Na realidade o que se observa é que o atual sistema esta falido. A polícia judiciária por uma série de razões, não consegue apurar infrações ou mesmo só apura aquilo que lhe

interessa, havendo assim sérios prejuízos para a *persecutio criminis*.

O Ministério Público, neste contexto, acaba por funcionar como um mero receptáculo de inquérito, um destinatário passivo e acomodado por força do costume e da ferrugem de uma legislação arcaica que ainda é invocada por muitos para impedir o exercício pelo *parquet* de uma de suas prerrogativas mais típicas : a prerrogativa de realizar investigações próprias. É raciocínio lógico e mediano de que quem pode o mais (ajuizar ação penal) pode o menos (colher provas). A atividade investigatória decorre, portanto do natural exercício da ação penal, princípio constitucional.

O direito francês dispõe no art. 14, al. 1 CPP, que a polícia judiciária ¹¹ é encarregada de apurar infrações à lei penal, de obter provas e de identificar os autores. Sua missão consiste ainda de esclarecer o Ministério Público acerca dos fatos, lembrando que o exercício de suas atribuições é exercida sob direção do Procurador da República ou, ainda de ofício durante o inquérito preliminar (art. 75 CPP) ¹².

O Código de Processo penal italiano dispõe que o *L'enquête préliminaire est conduite par le ministère public* (art.327 CPP). Vemos que o inquérito preliminar é conduzido pelo Ministério Público, demonstrando-se assim, que no direito comparado, é plenamente possível e aceitável o exercício da atividade investigatória com as outras atribuições do *parquet*.

O sistema italiano reflete ainda, uma forma de controle externo da atividade policial, pois determina o CPP italiano que a polícia judiciária deverá sinalizar, sem demora e por escrito, ao Ministério Público a ocorrência de infração que ela tenha tido conhecimento indicando as fontes de prova e as diligências já adotadas ¹³ ("...A cet effet, obligation est faite à la police judiciaire de signaler sans délai et par écrit au ministère public l'existence de l 'infraction dont elle a eu connaissance, en indiquant les sources de preuve et les activités déjà accomplies.").

Observa-se que uma das atribuições do Ministério Público alemão é de “...dirige l'enquête de police, ordonne dans l'urgence certaines mesures coercitives...”. Verifica-se que o *parquet alemão*, exerce atividade investigatória preliminar visando identificar o acusado na fase de investigação preliminar e obter os elementos necessários à propositura da ação (“Ainsi le principale mission est de rechercher, au cours de la phase préparatoire, les éléments de preuve à charge et à décharge contre l'accusé - § 160, II, StPO”).

A Constituição federal¹⁴ atribui ao Ministério Público poderes investigatórios ao assegurar no art. 129, e incisos VI e VIII, a prerrogativa de utilizar requisição ministerial para obtenção de documentos e realização de diligências, depreendendo-se que se o *parquet* pode o mais, vale dizer, requisitar que outros realizem diligências, consideradas necessárias para o esclarecimentos de fatos, ele pode com muito mais razão fazer o menos, ou seja, realizar e conduzir suas próprias investigações.

A Lei orgânica nacional do Ministério Público - Lei n. 8.625/93 - regulamentou o disposto na CF/88 e assegurou definitivamente a figura da requisição ministerial, que já existia no sistema anterior, mas sem a força e referência de um texto constitucional.

A lei que trata sobre o crime organizado, dispõe que em qualquer fase de persecução criminal, poder-se-á fazer uso dos meios operacionais previstos na inovadora lei (art. 2º, caput, Lei nº 9.034/95). Portanto, o *parquet* pode utilizar-se dos procedimentos especiais da lei para obtenção de provas, quando da realização de investigação própria.

II - A quebra do sigilo constitucional.

a) Introdução.

O tema é tratado a partir do art. 5º, inciso X, da

Constituição Federal que dispõe : *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*;

Celso Bastos ensina que intimidade “ consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”¹⁵.

A doutrina francesa apresenta definição semelhante ao afirmar que *Le domaine de la vie privée correspond à la sphère secrète où l'individu aura le droit d'être laissé tranquille*¹⁶. O domicílio e o sigilo da correspondência estão também ao abrigo de intrusões não consentidas.

Em suma, intimidade abrange, em sentido restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, e o segredo profissional ¹⁷.

Aparentemente, tem-se a impressão de que o direito a intimidade é um direito absoluto¹⁸ e em razão disso impedido estaria o Estado de quebrar o sigilo do indivíduo.

Os direitos fundamentais gozam de certa relatividade face a necessidade de proteger-se outros direitos fundamentais conforme relata o acórdão baixo :

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS (ART. 5º, X E XII, DA CF) –
I. Os direitos e garantias fundamentais do indivíduo não são absolutos, cedendo face a determinadas circunstâncias, como, na espécie, em que há fortes indícios de crime em tese, bem como de sua autoria. II. Existência de interesse público e de justa causa, a lhe dar suficiente sustentáculo. III. Observância do devido processo legal, havendo inquérito policial regularmente instaurado, intervenção do órgão do parquet

federal e prévio controle judicial, através da apreciação e deferimento da medida. (TRF 2ª R – HC 95.02.22528-7 – RJ – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Valmir Peçanha – DJU 13.02.96).

A relatividade dos direitos fundamentais passa ser possível com a aplicação do princípio da proporcionalidade, maneira de corrigir-se o alcance de certos direitos fundamentais, cujo exercício pode conduzir efeitos inaceitáveis e perniciosos para o Estado Democrático de Direito. Um exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade é a admissibilidade e utilização de prova ilícita, na hipótese, da mesma ter sido obtida para o resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado ¹⁹.

Por fim a quebra do sigilo exige prévia autorização judicial, porque atinge direito fundamental da pessoa necessitando portanto da proteção do juiz e também previsão legislativa ²⁰.

b) O direito positivo e a quebra do Sigilo.

1) A lei nº 9.034/95.

1.1. A experiência italiana.

O combate ao crime organizado demanda especificidade de atuação e instrumentos alternativos de investigação a fim de que numa primeira fase, ocorra a coleta de informações (dados), em seguida, a análise dos mesmos, a obtenção de provas e só então providências judiciais repressivas, materializada, pela instauração de processo criminal.

A experiência italiana mostrou que a realização de investigações patrimoniais sobre pessoas que haviam cometido algum ato de corrupção foram muito importantes para a

identificação de rastros de operações criminosas.

As aberturas de contas, a escuta telefônica, a análise de contas telefônicas, a movimentação bancária dos investigados, mostraram-se eficazes para o sucesso da “Operação Mãos Limpas” ²¹, pois serviram de rastros para os investigadores.

A Itália utilizou a delação premiada, escutas telefônicas, a penalização dos caixas-dois, punição à corrupção, dentre outros instrumentos, para combater o crime organizado, mas nada se comparou com a manifestação popular exigindo um basta a corrupção através do apoio as atividades investigatórias realizadas pelo *parquet* mediante envio de telegramas e cartas aos parlamentares.

A lei brasileira surge como forma de dotar os órgãos encarregados da persecução criminal de meios operacionais e jurídicos para atuarem no combate ao crime organizado. O legislador, no afã de mostrar a opinião pública sua indignação com o avanço da criminalidade, elaborou uma lei permeada de defeitos técnicos, razão pela qual a doutrina e jurisprudência começam a apontar inconstitucionalidades e restrições ao alcance da mesma.

Veremos, em seguida, o procedimento estatuído pela lei para a quebra do sigilo do investigado.

1.2. Procedimento

a) Introdução.

O direito a intimidade, a imagem, as comunicações telefônicas, enfim a vida privada podem ser assegurados por previsão constitucional ou lei. Além da garantia material, assegura-se o sigilo do indivíduo através da existência de procedimento legal, norteador da violação do direito a intimidade e suas diversas formas, o qual como dissemos a

pouco, é um direito relativo.

A exigência de prévio procedimento legal e sua observância são manifestações do princípio do devido processo legal. É com este que evita-se a arbitrariedade ou abuso ou a ilegalidade da medida excepcional.

b) As formalidades e os seus conflitos.

O art. 3º, caput da Lei nº 9.034/95, dispõe que :

Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

Observa-se que o legislador atribuiu ao juiz a condução do procedimento de violação do sigilo individual, na hipótese de acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

Na verdade, a legislação atribui ao juiz a função de investigador, de inquisidor. A solução encontrada tem sua origem na era do Império Romano e seu auge na Idade Média, durante a *Santa Inquisição*.

No sistema constitucional anterior era admitido que o magistrado praticasse atos típicos da parte tendo em vista previsão legal e a inexistência de regra constitucional sobre o tema ²².

A nova ordem constitucional atribuiu a exclusividade da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129 da CF/88), vedando-se, assim a pratica de atos típicos de parte pela autoridade judicial ²³. O art. 26 do CPP, em razão disso, encontra-se revogado conforme entendimento da jurisprudência.

A inovação legislativa fere o princípio *done procedat iudex ex officio* , pois atenta contra o devido processo legal,

que em última análise assegura a imparcialidade do julgador. A atribuição conferida ao juiz compromete o psíquico do magistrado, pois aquele atuará no processo como investigador e julgador. A ocorrência de impedimento (art. 252, II CPP) se manifesta, gerando nulidade processual ²⁴.

A lei introduziu a função de juiz inquisidor em um sistema acusatório ²⁵. Não me parece absurdo atribuir-se ao magistrado funções investigatórias, desde que o sistema processual admita a inovação.

Existe no direito francês a figura do juiz de instrução, o qual não se assemelha à figura criada pelo legislador pátrio, pois não adotamos o sistema acusatório formal ²⁶ que prevê três etapas : a) investigação preliminar; b) a instrução judiciária (*instruction preparatoire*); c) a fase de julgamento.

Neste sistema, a fase de *instruction préparatoire* ²⁷ é conduzida pelo juiz de instrução (*Le juge d'instruction*), o qual tem a função de procurar provas verificando se existem indícios suficientes contra uma pessoa para esta seja julgada. Importante acrescentar que no sistema francês, existe a possibilidade da realização de instrução judicial por órgão de 2º grau, através da *Chambre d'accusation* ²⁸ (art.191 à 230 CPP, francês).

Em suma, por essas razões, entendemos que a inovação foi infeliz em virtude da incompatibilidade existente entre o código de processo penal e a lei e secundariamente com a Constituição, pois se o sistema adotado fosse o francês, os questionamentos constitucionais não existiriam ²⁹. Tivesse o legislador fortalecido o verdadeiro destinatário de qualquer investigação criminal (O Ministério Público), nós teríamos iniciado definitivamente o combate à criminalidade organizada, seja de massa ou não com o auxílio e colaboração da Polícia.

O artigo 3º exige que a diligência seja conduzida, pessoalmente pelo magistrado, mas não exige que ele a faça *com suas próprias mãos*, pois o § 1º prevê que o magistrado

poderá requisitar auxílio de pessoas que tenham ou possam facilitar o acesso aos objetos de sigilo.

A materialização do procedimento de quebra de sigilo deverá ser documentado, por ordem do próprio juiz, descrevendo-se os detalhes de relevância para a investigação.

Interpretar-se literalmente a legislação é exigir que o magistrado faça trabalho braçal de investigação. O legislador quis assegurar, ao máximo, que a violação da intimidade dos investigados ocorresse de forma menos traumática possível. Portanto, entendo que o artigo 3º e parágrafos traduzem a idéia de supervisão das diligências visando a quebra do sigilo constitucional.

O parágrafo 2º, prevê³⁰ que serão anexadas cópias autênticas dos documentos de relevância probatória aos autos de diligência. Indaga-se de imediato : Como o magistrado saberá se o documento é relevante ou não, se não é ele quem conduz as investigações?

A reflexão acima demonstra a **inadequação do procedimento escolhido pelo legislador**, pois ao mesmo que a Lei impõe ao magistrado a condução pessoal da diligências de quebra do sigilo individual, a Constituição além de impedir que o magistrado aja de ofício, atribui a outros órgãos, Polícia e Ministério Público a prerrogativa de realizarem investigações.

2. A lei 9.296/96.

2.1. Introdução.

A Constituição federal de 1988, foi a primeira a prever o sigilo das comunicações telefônicas ³¹. O texto remeteu a legislação a previsão das hipóteses e forma da quebra do sigilo (art. 5º, XII) o que provocou acirrada discussão acerca da aplicabilidade da norma constitucional ³².

No sistema constitucional anterior o tema só foi objeto de manifestação pelo Supremo Tribunal Federal, em 1977 ³³.

A lei não só ratificou o princípio da intangibilidade do direito a intimidade, como regra constitucional, como estabeleceu de forma clara os estreitos limites da interceptação das comunicações telefônicas ³⁴. O legislador criou a referida lei com o propósito de dotar o ordenamento jurídico de meios eficazes e adequados no combate ao crime organizado ³⁵.

No direito comparado observa-se que países como a Inglaterra ³⁶, Alemanha ³⁷ e recentemente a França ³⁸ foram condenados pela *Cour européenne des droits de l'homme* por violarem o art. 8 da Convenção dos Droits de l'homme, em razão, da inexistência de lei específica sobre escuta telefônica, providência exigível em uma sociedade democrática ³⁹.

A interceptação telefônica é meio de apreensão imprópria de prova, uma vez que configura operação técnica através da qual se permite a apreensão, não de um documento, mas sim dos elementos fonéticos que constituem a conversa telefônica ⁴⁰.

2.2. A abrangência da lei.

Pode ser utilizada em investigação criminal ⁴¹ e em instrução processual penal (art. 1º), podendo ser empregada em qualquer espécie de comunicação telefônica ⁴², incluindo-se aí aquelas em sistema de informática e telemática ⁴³ (§ único, art. 1º).

a) Os pressupostos.

A medida poderá ser determinada de ofício pelo juiz ou a pedido da Polícia ou do Ministério Público ⁴⁴.

O pedido deverá descrever com clareza a descrição

do objeto da investigação, o qual deverá ser crime punido com pena de reclusão; os indícios de autoria ou participação na infração penal, inclusive com qualificação dos investigados, se conhecida, e por fim a demonstração da impossibilidade ou a dificuldade de obtenção de provas por outros meios.

b) O procedimento.

A lei permite, excepcionalmente, que o pedido seja deduzido oralmente, devendo-se, no entanto, ser reduzido a termo, junto com a decisão, que deverá ser fundamentada.

A execução da medida ficará a cargo da autoridade policial ⁴⁵ (art. 6º), devendo a autoridade policial dar ciência ao *parquet* do início da medida, a fim de que o mesmo acompanhe a sua realização, se quiser.

Existindo possibilidade de gravação da comunicação interceptada, esta será transcrita e ao fim da diligência, será encaminhada ao juiz que uma vez recebida as transcrições determinará o apensamento da prova obtida em autos apartados (art. 8º) dando-se ciência ao Ministério Público.

A gravação que não interessar à investigação ou ao processo será destruída por decisão judicial na presença do *parquet* (art. 9º) instaurando-se, procedimento incidental aos autos principais.

Por fim, vale notar, que o sucesso da medida pressupõe que o investigado não tenha prévia ciência, da diligência deferida, o que não fere o princípio do contraditório, pois o investigado ou réu, terá ciência do inteiro teor das gravações ou transcrições obtidas, oportunamente, instaurando-se, então, o chamado *contraditório diferido* que assegurará o direito do réu de impugnar a prova obtida ⁴⁶.

III - Propostas de atuação ministerial.

O Ministério Público precisa de uma nova doutrina de atuação na área criminal. Atualmente, o *parquet* está distanciado da realidade criminal, concentrando todo o seu esforço, na tentativa de obter a condenação de réus formalmente denunciados ⁴⁷ ou ainda atuando na área civil como parecerista ⁴⁸.

Dados, mostram que o Ministério Público tem sua atuação limitada a grande parte, do trabalho da polícia judiciária (leia-se Polícia Civil), o qual é deficiente, traduzindo-se na apuração de apenas 10% a 20% das ocorrências criminais ⁴⁹. Observa-se que é raro encontrar inquéritos que tenham por objeto a apuração de crimes que levam a profissionalização do delinqüente e à formação de quadrilhas (tráfico de drogas, receptação, crimes do colarinho branco, corrupção ou prevaricação, jogo do bicho, roubo organizado de carros e de carga ⁵⁰, seqüestro, etc.

O Ministério Público não pode ficar a margem disso, apesar de não dispor, ao contrário de seus colegas franceses, italianos e alemães, de meios para interferir na produção provas. Na verdade o *parquet* funciona como um reproduzidor daquilo que foi apurado no inquérito policial como já dissemos neste trabalho.

A atual realidade começa a ser mudada. São exemplos : a iniciativa do *parquet paulista* em criar o Grupo de Centro de Análise e Integração no combate ao Crime Organizado ⁵¹ ou ainda, o bem sucedido exemplo do Ministério Público fluminense ⁵² que criou uma *Central de Inquéritos*, a qual, possui uma estrutura própria de policiais e funcionários encarregados em dar suporte às investigações mais complexas e sensíveis; a reformulação da estrutura da segurança pública realizada no estado do Ceará extinguindo-se as corregedorias das polícias ⁵³ substituindo-as por um único órgão de controle,

o qual, será autônomo e supervisionado diretamente pelo Ministério Público⁵⁴, por fim, o exemplo mineiro, que propõe a criação de uma promotoria de justiça de combate ao crime organizado e que ainda se encontra em fase de discussão legislativa⁵⁵.

O legislador federal também tem contribuindo através de iniciativas com a do Projeto de Lei do Senado nº 031/95, cujo o autor é o Senador Pedro Simon, que propõe diversas alterações no CPP ⁵⁶ apresentando forte justificativa ⁵⁷.

Os exemplos mostram a veracidade da assertiva de que os promotores e procuradores devem sair detrás das pilhas de processo e partirem para campo, não se contentando em receberem aquilo que lhes é encaminhado ⁵⁸. No direito estrangeiro temos diversos exemplos como dissemos alhures ⁵⁹, de que a polícia judiciária é subordinada ao Ministério Público ou ainda que é comum policiais serem cedidos pela Polícia para trabalharem junto aos promotores, apesar das instituições serem independentes ⁶⁰. O Ministério Público do novo milênio deve assumir um novo papel diante do aumento da criminalidade e da complexidade das ações criminosas ⁶¹.

Visando colaborar com a elaboração e aperfeiçoamento de doutrina institucional proponho as seguintes **propostas** operacionais e institucionais de atuação ministerial face aos crimes de praticados por organizações criminosas ou não :

O *parquet* deve participar e acompanhar, segundo o seu juízo, a apuração de infrações penais que representem maior ameaça ao meio social, ao lado da autoridade policial, sugerindo medidas, orientando-a e colaborando com a investigação;

O Ministério Público tem legitimidade para conduzir e realizar investigações próprias, mediante procedimento investigatório, podendo e devendo para tanto, requisitar dos

órgãos públicos os meios e serviços necessários, bem como assessoramento técnico das entidades de estudo e pesquisa;

O Ministério Público pode utilizar-se dos meios legais existentes, durante suas investigações, visando obter peças de informação, podendo buscar, quando necessário, apoio operacional junto aos comandos das polícias local e à Procuradoria Geral de Justiça.

A investigação ministerial pressupõe a existência de policiais, exclusivamente voltados para o trabalho de investigação, o que demanda a criação de uma seção de investigação ministerial, responsável pela apuração e repressão, à criminalidade organizada (entendendo-se crimes de corrupção, roubo de cargas, e etc), razão pela qual, é indispensável a criação de um serviço de inteligência subordinado hierarquicamente e administrativamente, ao Ministério Público nos moldes do modelo italiano e francês, o qual não impede a investigação e repressão pela via tradicional.

O Ministério Público não pode ficar a mercê dos trabalhos da polícia judiciária ou militar, transformado-se em um mero receptáculo das investigações, ou ainda como um mero parecerista inerte e estático, encarregado em dar continuidade a *persecutio criminis*, contente e acomodado com atual estrutura. Deve buscar, ao contrário, diretamente, *in loco*, as provas necessárias para a realização de seu mister, utilizando-se de uma estrutura administrativa mínima que seja.

A Administração Superior do Ministério Público deve traçar política de aproximação com os comandos das Polícias e Superintendência das Receitas Federal e Estadual, observando-se as seguintes sugestões : a) estreitar laços funcionais, através da realização de operações de investigação e repressão ao crime; b) realizar convênios de cessão de viaturas e policiais para realização de investigações sensíveis⁶² a cargo do *parquet*, objetivando suprir os órgãos ministeriais dos meios materiais; c) criar banco de dados relacionados com

crimes de repercussão e realizar troca de informações com outras centrais de inteligência e órgãos fiscais; d) realizar convênios nacionais e internacionais de cooperação técnica com academias de polícia, buscando ensinar técnicas de investigação aos membros do *parquet*; e) realizar estudos e experiências sobre o tema “O *parquet* e a investigação” propondo-se à médio prazo, a mudança na estrutura investigatória, sugerindo-se a subordinação e controle da polícia judiciária pelo titular da ação penal, nos moldes de diversos países europeus.

IV - Conclusão.

1. O conceito de crime organizado deve ser entendido em sentido amplo, proporcionando, assim a aplicação da lei nº 9.034/95 na repressão à crimes como por exemplo roubo à carga, tráfico de drogas interno, furto de veículos organizado, receptação organizada, corrupção etc;
2. O *parquet* pode instaurar e realizar investigações mediante procedimento administrativo com o objetivo de formar e obter peças de informação, o qual decorre do natural exercício da ação penal;
3. O direito a intimidade não é um direito absoluto, razão pela qual admiti-se sua restrição. Os direitos fundamentais possuem certa relatividade, o que se justifica pela necessidade de proteger-se outros direitos fundamentais
4. O princípio da proporcionalidade deve ser utilizado como forma de atenuar a rigidez dos direitos fundamentais para impedir que a criminalidade encontre refugio na própria lei ofendendo assim o Estado Democrático;
5. A experiência italiana mostra que o apoio popular ao Ministério Público foi crucial para o sucesso da operação “mãos limpas”, razão pela qual necessário se faz uma campanha nacional de debate sobre o tema buscando assim apoio popular;

6. A colheita de provas realizada pelo juiz (art. 3º da lei 9.034/95) é inovação infeliz do legislador, pois a lei introduziu a função de juiz inquisidor em um sistema acusatório que pressupõe atribuição a pessoas distintas para o exercício das funções de acusar, defender e julgar, violando-se portanto, o princípio *ne procedat iudex ex officio*, representado pelo devido processo legal.
7. O procedimento (art. 3º , § 2º da lei 9.034/95) mostra-se inadequado ao dispor que o magistrado conduzirá pessoalmente diligências de quebra de sigilo, pois a Constituição ao mesmo tempo que impede que o juiz aja de ofício, atribui à Polícia e ao Ministério Público a prerrogativa de realizar investigações.
8. A previsão legal de que o magistrado anexará aos autos da diligência de quebra de sigilo documentos de relevância probatória, mostra-se também inadequada pois “como o juiz saberá se o documento é relevante ou não, se não é ele quem conduz as investigações ? “
9. É possível a interceptação e apreensão de dados transmitidos via telefone, incluindo-se internet, telex etc.
10. O Ministério Público não pode ficar a mercê dos trabalhos da polícia judiciária ou militar, transformado-se em um mero receptáculo das investigações, ou ainda como um mero parecerista inerte e estático, encarregado em dar continuidade a *persecutio criminis*, contente e acomodado com atual estrutura. Deve buscar, ao contrário, diretamente, *in loco*, as provas necessárias para a consecução de seu mister, utilizando-se de uma estrutura administrativa mínima.

V - Bibliografia.

Livros :

Afonso da Silva, José. In Curso de Direito Constitucional, p. 203, 13ª ed, Ed. Malheiros.

De Farias, Edilson Pereira; Colisão de Direitos - A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e A Imagem *versus* A Liberdade de Expressão e Informação;

Porto Alegre; Ed. Fabris;; 1996.

Alberto Silva Franco, Boletim IBCCrim, n. 21, Extra, p. 5, citado por Luiz Flávio, p. 75, Crime Organizado, RT.

Avolio, Luiz Torquato, *in Provas Ilícitas*, RT, p. 155 e 156, citado por Fábio Tavares Ribeiro.

Comentários à Constituição do Brasil, Ed.Saraiva, v.2, 1989, p.63.

Dovat, Eduardo F. Fernández (membro do Ministério Público argentino). *In* La Investigación preliminar a cargo del Ministerio Público. p. 231, Revista Jus nº 12.

Ferraz, Antônio Augusto Mello de Camargo e Guimarães Júnior, João Lopes. *In A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional*, p. 190, Revista Jus, publicação da AMMP.

Ferraz, Antônio Augusto Mello de Camargo e outros; Ministério Público - Instituição e Processo; Ed. Atlas; São Paulo; 1997.

Freyesleben, Márcio Luís Chila. O Ministério Público e a Polícia Judiciária. Ed. Del Rey, Belo Horizonte.

Gomes, Luiz Flávio; Crime Organizado; ed. RT; 2ª ed; 1997, São Paulo.

Grinover, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas, p. 201-5, citada por Ribeiro, Fábio Tavares.

Hassemer, Três temas d Direito Penal, cit, p.85, citado por citado por Luiz Flávio Gomes,p.75.

Laure-Rassat; Michèle; Procédure pénale; Ed. PUF, Paris, 1990.

Laure-Rassat; Michèle; Le Ministère Public - Entre SON PASSÉ ET SON AVENIR; Ed. Bibliothèque de Sciences Criminelles; Paris.

Mireille Delmas - Marty. Procédures pénales d'Europe, Thémis, PUF, 1995, p. 229.

Moraes, Alexandre de; Direito Constitucional; Ed. Atlas, São Paulo; 1997.

Orange, Jean. Droits de l'homme et libertés publiques.3ed, PUF, 1982.

Mossim, Heráclito A , Sigilo Bancário e Interceptação telefônica; In Revista Jurídica nº 221, pág. 56, CD ROOM Síntese, Doutrina.

Nardini, Maurício José. O Promotor de Justiça e a presidência da investigação criminal. In

Ribeiro, Flávio Tavares. *Escutas telefônicas por determinação judicial. Estudo sobre legalidade. Tese aprovada no III Congresso Estadual em Minas Gerais, Revista Jus 20/55, publicação da Associação Mineira do Ministério Público.*

Sarabando, José Fernando Marreiros; Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público; Revista Jurídica, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento, Belo Horizonte, 1997.

Simon, John Anthony. *In* O Ministério Público nos Estados Unidos da América. P. 153. Revista Jus nº 10, AMMP.

Soeyer, Jean-Claude. Manuel Droit Pénal et Procédure Pénale, pag.9, 2ª

parte, ano 1993. 10º Ed. LGDJ.

Tourinho Filho, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 1. pág. 85, 12ª ed. Ed. Saraiva.

V. Luciana F. L. Pinto e Tatiana BICUDO, in Boletim IBCCrim, n. 12, p.1 citado por Luiz Flávio Gomes, p. 75.

Artigos e estatísticas criminais :

O Estado de São Paulo, Cidades, caderno "Cidades" , p. C 8, abril de 1997. Palestra proferida pelo Sr. Procurador Geral italiano Paulo Ielo, na Comissão de Constituição e Justiça, presidida pelo Sr, Deputado Bernado Cabral, em setembro de 1997, sobre a experiência italiana no combate ao crime organizado.

Resolução do Colégio de Procuradores de Justiça de São Paulo pelo Ato (I) nº 76/95-PGJ de 21-12-95, alterado pelo Ato(N) nº 163/96-PGJ de 29-10-96.

Vital de Castro, Geraldine Pinto. Prova Ilícita e a proporcionalidade, *in* Revista Literária de Direito- Setembro/Outubro de 1997.

Secretaria de Segurança Pública de São Paulo; Coordenadoria de Análise e Planejamento.

Mário Antônio Conceição (Promotor de Justiça da Comarca de Elói Mendes – MG)

¹ Crime organizado ou organização criminosa e crime de quadrilha ou bando. Gomes, Luiz Flávio. Crime Organizado, p. 89-102, RT, São Paulo, 2ª ed.

² Alberto Silva Franco, Boletim IBCCrim, n. 21, Extra, p. 5, citado por Luiz Flávio, p. 75, Crime Organizado, RT.

³ V. Luciana F. L. Pinto e Tatiana BICUDO, in Boletim IBCCrim, n. 12, p.1 citado por Luiz Flávio Gomes, p. 75.

⁴ Hassemer, Três temas d Direito Penal, cit, p.85, citado por citado por Luiz Flávio Gomes, p. 75.

⁵ Dados da Coordenadoria e Planejamento da SSP/SP. Furtos e roubos de veículos registrados na grande São Paulo. Período-**1995 : 7.517,9; 96: 9.220,5; 97: 8.843,3; Jan. 98: 9.268).**

⁶ Por exemplo, no sul do estado de Minas Gerais, já foram roubados e ou furtadas aproximadamente 200.000 sacas de café, em menos de seis meses, o que levou o Conselho de Segurança do Sudeste a propor a criação de delegacia especializada sediada na cidade de Varginha-MG.

⁷ Mossim, Heráclito A, Sigilo Bancário e Interceptação telefônica; In Revista Jurídica nº 221, pág. 56, CD ROOM Síntese, Doutrina.

⁸ Tourinho Filho, Fernando Costa. Processo penal, vol. 1; p. 69; Ed. Saraiva; 12ª ed.

⁹ Nardini, Maurício José. O Promotor de Justiça e a presidência da investigação criminal. In Revista Jus 20/275, publicação da AMMP. "A Constituição Federal não confere exclusividade à Polícia Civil na apuração de ilícitos penais". Nesse mesmo sentido Lazzarini e Chila.

¹⁰ Ibidem, p. 276.

¹¹ La police judiciaire est placée sous la direction du procureur de la République (art.12 CPP), sous la surveillance du procureur général dans le ressort de chaque cour d'appel et sous le contrôle de la chambre d'accusation (art. 13 et 224 CPP). Em resumo, a polícia judiciária é dirigida pelo promotor de justiça sob supervisão do procurador geral e também sob o controle da *Chambre d'accusation* (vide nota nº 20). Mireille Delmas - Marty. Procédures pénales d'Europe, Thémis, PUF, 1995, p. 229.

¹² OP. Cit., p. 229.

¹³ OP. Cit., p. 303.

¹⁴ A Constituição italiana prevê no art. 109 que o Ministério Público dispõe diretamente da polícia judiciária, dispositivo regulamentado pelo art. 58 e 327 CPP.

¹⁵ Comentários à Constituição do Brasil, Ed.Saraiva, v.2, 1989, p.63.

¹⁶ Morange, Jean. Droits de l'homme et libertés publiques.3ed, PUF, 1982.

¹⁷ Afonso da Silva, José. In Curso de Direito Constitucional, p. 203, 13ª ed, Ed. Malheiros.

¹⁸ De Farias, Edilson Pereira; Colisão de Direitos; p. 74-78; Ed. Fabris, 1996; Porto Alegre. O autor faz profundo estudo sobre normas restritivas de direito fundamental citando doutrina estrangeira e julgados de tribunais constitucionais.

¹⁹ Antônio Scarance Fernandes, Constituição da República, p.72, citado por Luiz Flávio Gomes, in Crime Organizado, p. 121, 2ª Ed, RT. É uma tentativa de atenuar-se a Teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of poisons tree), com origem na Suprema Corte dos EUA.

²⁰ De Farias, Edilson Pereira. Op. Cit, p. 76. "Comumente faz-se referência às seguintes restrições : a) as estabelecidas diretamente pela constituição; b) as estabelecidas por lei autorizada pela constituição (reserva de lei) e c) as estabelecidas indiretamente pela constituição (implícitas).

²¹ Palestra proferida Sr. Procurador Geral italiano Paulo Ielo, na Comissão de Constituição e Justiça, presidida pelo Sr, Deputado Bernado Cabral, em setembro de 1997, sobre a experiência italiana no combate ao crime organizado.

²² Art. 26. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou **por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária** ou policial(gn).

²³ Impossibilidade de **iniciar processo** contravencional conhecido como judicialiforme mediante portaria.

²⁴ TARS. "Auto de prisão em flagrante e atos de investigação presididos por Juiz, em razão de greve dos Delegados de Polícia. Impedimento para exercer a jurisdição no porcesso. Nulidade absoluta ".STF:RTJ 47-543.TJSP RT 550-303. JTACRESP 46-225.

²⁵ É aquele que assegura todas as garantias do devido processo legal como por exemplo o princípio da igualdade, do contraditório. Pressupõe ainda a existência de outras garantias (publicidade, atribuições a pessoas distintas para o exercício das funções de acusar, defender e julgar).

²⁶ O Brasil adota o sistema acusatório, pois não temos a figura do juiz instrutor. Tourinho Filho, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol. 1. pág. 85, 12ª ed. Ed. Saraiva.

²⁷ Chamada também de *l'information judiciaire ou l'information*. Soeyer, Jean-Claude. Manuel Droit Pénal et Procédure Pénale, pag.9, 2ª parte, ano 1993. 10º Ed. LGDJ.

²⁸ La Chambre d'accusation est une juridiction d'instruction du second degré. Elle est composée de trois membres, un président et deux conseillers et est une section de la Cour d'appel. Idem, pág.288.

²⁹ Sustentam alguns que o caput do art. 3º afronta o princípio do *ne procedat iudex ex officio*, comprometendo, em razão disso, o psíquico do magistrado, a sua imparcialidade, requisito indispensável para qualquer julgamento.

³⁰ 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 (gn).

³¹ Ribeiro, Flávio Tavares. *Escutas telefônicas por determinação judicial. Estudo sobre legalidade. Tese aprovada no III Congresso Estadual em Minas Gerais, Revista Jus 20/55, publicação da Associação Mineira do Ministério Público.*

³² Avolio, Luiz Torquato, *in Provas Ilícitas*, RT, p. 155 e 156, citado por Fábio Tavares Ribeiro, entende pela inaplicabilidade da norma face ausência à época de lei específica. Ribeiro, Fábio Tavares; op. Cit., p. 57, apoiado em doutrina, entende pela possibilidade, face a recepção da Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), pela nova ordem constitucional.

³³ A prova gravada de uma ligação telefônica era colocada como ponto principal da discussão. O STF inquiriu de ilegal e imoral a prova obtida de que se utilizou o cônjuge, em ação de divórcio, cassando a decisão do TJRJ. Ibidem, p. 56. A questão começa a ser revista por alguns tribunais, p.ex, Ementa: Processo Civil. Prova. **Gravação de conversa telefônica** feita pela autora da ação de investigação de paternidade com testemunha do processo. Admissibilidade. RE n.9.012/RJ-Registro 91045039. RDR(rev.renovar) nº 8/Maio/Agos. 1997.

³⁴ Comentários a lei nº 9296/96. Professor Alexandre de Moraes, realizados durante as aulas proferidas no curso *Prof. Damásio de Jesus*.

³⁵ A lei nº 9.034 de 3.5.95 dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

³⁶ Condenada em 1984; *in Morange, Jean; Droits de l'homme et libertés publiques*. p. 179, 3ª ed. PUF.

³⁷ Condenada em 1978. Ibidem, p. 179.

³⁸ Condenada em 1990. Ibidem, p. 179.

³⁹ A *Cour européenne* utilizou os seguintes argumentos " *en resumé, le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré . Il en allait encore davantage aussi à l'époque des faits de la cause, de sorte que M. Kruslin n'a pas joui du degré minimal de protection voulu para la préeminence du droit dans une société démocratique*", Ibidem, p. 179, CEDH 24 abril 1990, *Affaire Kruslin c/ France*.

⁴⁰ Grinover, Ada Pellegrini. Liberdades Públicas, p. 201-5, citada por Ribeiro, Fábio Tavares, op. Cit., p. 59.

⁴¹ Nelson Nery Júnior admite prova emprestada (Princípios do Processo Civil na CF/88, RT, 96, p 159-160), da ação penal para processo civil, desde que as partes sejam as mesmas. Posicionam contra Antonio Scarance(Justiça Penal-Críticas e Sugestões, RT, 97, p. 54) e Vicente Grecco (Interceptação Telefônica, 1996, São Paulo, Saraiva, p. 24).

⁴² Luiz Flávio Gomes na 1ª edição do livro Crime Organizado entendia pela invulnerabilidade total do dados no instante da sua "comunicação ,

transmissão", mas na 2ª edição, p. 124, item 3.9 e 3.10, evolui em seu entendimento acenando pela possibilidade de **interceptação de dados**, quando essa comunicação é feita *via telefônica*. A transmissão de dados, via telefone, não deixa de ser uma comunicação telefônica, pouco importando o conteúdo da comunicação telefônica (conversa, som, imagens, símbolos etc), podendo, assim receber o mesmo tratamento do art. 1º da lei.

⁴³ Vale exemplificar Internet, telex, etc.

⁴⁴ Art. 3º. A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

⁴⁵ Não é mais a Companhia Telefônica a responsável em conduzir a diligência. É a autoridade policial, civil ou militar, quem realiza a diligência, podendo para tanto, requisitar serviços técnicos especializados às concessionárias de serviço público (art. 7º).

⁴⁶ Entendemos que a prova obtida poderá ser usada contra terceiros ou para demonstração de outros fatos criminosos diferentes daquele que justificou a medida, desde que haja um nexo com o objeto da investigação. Portanto, o conhecimento fortuito de outro crime, durante a interceptação telefônica, impede a utilização da prova, mas não afasta a efetivação de prisão em flagrante.

⁴⁷ Ferraz, Antônio Augusto Mello de Camargo e Guimarães Júnior, João Lopes. *In A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional*, p. 190, *Revista Jus, publicação da AMMP*.

⁴⁸ Freyesleben, Márcio Luís Chila. *In O Ministério Público e a Polícia Judiciária. Ed. Del Rey*. O autor critica a estrutura do *parquet*, pois atribui aos procuradores e promotores de justiça a função quase que exclusiva de **pareceristas**. Assim, a instituição inclina-se a uma postura de inércia em relação aos acontecimentos sobretudo na área criminal.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 190-191. Os autores dizem ainda "as restantes não são investigadas, sem que haja o menor controle quanto as razões. É bem verdade que existem algumas medidas visando impedir tal prática. A CE/MG dispõe no art. 125, II, letra "f" que o *parquet* receberá cópia de ocorrência lavrada pela polícia Civil ou pela Polícia militar. Há notícias de que em São Paulo, existe um controle interno das ocorrências registradas e os flagrantes lavrados.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 191.