

**Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**  
**Caderno Jurídico**  
**Ano 1 - Vol 1- n.º 3 - Outubro/2001**

# **NOVAS FORMAS DE CRIMINALIDADE**



**LOGO DA  
IMESP**



## ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

**Diretor:**

Rodrigo César Rebello Pinho

**Assessores:**

Dalva Teresa da Silva  
Ricardo Barbosa Alves  
Waléria Garcelan Loma Garcia

**Coordenador Editorial:**

Ricardo Barbosa Alves

**Jornalista Responsável:**

Rosana Sanches (MTb 17.993)

**Capa:**

Luís Antônio Alves dos Santos

**LOGO  
DA IMESP**

### IMPrensa OFICIAL DO ESTADO

**Diretor Presidente:**

Sérgio Kobayashi

**Diretor Vice-Presidente:**

Luiz Carlos Frigerio

**Diretor Industrial:**

Carlos Nicolaewsky

**Diretor Financeiro e Administrativo:**

Richard Vainberg

**Coordenador Editorial:**

Carlos Taufik Haddad

**Escola Superior do Ministério  
Público do Estado de São Paulo**

R. Minas Gerais, 316 - Higienópolis  
CEP 01244-010. Telefones: (11) 3017-7776,  
3017-7777; fax: (11) 3017-7754.  
e-mail: [esmp@mp.sp.gov.br](mailto:esmp@mp.sp.gov.br)

**Imprensa Oficial do Estado**

R. da Mooca, 1.921 - Mooca - CEP 03103-902. Tel.  
(11) 6099-9446; fax.: (11) 6692-3503.  
[www.imprensaofical.com.br](http://www.imprensaofical.com.br)  
[imprensaoficial@imprensaoficial.com.br](mailto:imprensaoficial@imprensaoficial.com.br)  
SAC 0800-123401

# ÍNDICE

1. Apresentação.....	7
<i>Rodrigo César Rebello Pinho</i>	
2. Introdução.....	9
<i>Ricardo Barbosa Alves</i>	
3. Participantes da obra.....	13
4. Perdimento de Bens e Narcotráfico.....	17
<i>Maria Teresa Penteado de Moraes Godoy</i>	
5. A Apreensão de Arquivos Eletrônicos de Fiscalização de Tributos.....	37
<i>Antonio Carlos de Moura Campos</i>	
6. A Investigação Criminal Diante das Organizações Criminosas e o Posicionamento do Ministério Público... ..	57
<i>Arthur Pinto de Lemos Júnior</i>	
7. Os Grupos de “Força-Tarefa”.....	117
<i>Marcelo Batlouni Mendroni</i>	
8. Vinculação Normativa dos Delitos Contra a Ordem Tributária e Lavagem de Dinheiro.....	131
<i>José Antonio Farah Lopes de Lima</i>	
9. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.....	163
<i>Gianpaolo Poggio Smanio</i>	
10. Máfias Internacionais.....	177
<i>Roberto Teixeira Pinto Porto</i>	



# APRESENTAÇÃO

O terceiro número do Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público reúne trabalhos sobre as novas formas de criminalidade. Trata da divulgação de novas idéias e formas de atuação do aparelho repressor estatal, fermentadas especialmente no âmbito dos grupos especializados criados pela Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo.

Além dos trabalhos apresentados pelos Promotores de Justiça Arthur Pinto de Lemos Júnior, Gianpaolo Poggio Smanio, Marcelo Batlouni Mendroni, Maria Teresa Penteadó de Moraes Godoy e Roberto Teixeira Pinto Porto, destacamos a produção substancial dos agentes fiscais de rendas Antonio Carlos de Moura Campos e José Antônio Farah Lopes de Lima, que oferece valiosos subsídios para atuação ministerial no campo da repressão aos crimes contra a ordem tributária.

Com mais esta publicação, a Escola Superior do Ministério Público de São Paulo cumpre sua destinação legal, de "aprimoramento profissional e cultural dos membros da Instituição, seus auxiliares e funcionários, bem como a melhor execução de seus serviços e racionalização de seus recursos materiais" (Lei Complementar Estadual 734/93, art. 53).

São Paulo, dezembro de 2001.

**Rodrigo César Rebello Pinho,**  
**Procurador de Justiça,**  
**Diretor do CEAF-ESMP**



# INTRODUÇÃO

Os índices de criminalidade crescem e novas formas de delinqüência surgem para causar progressivo desassossego na sociedade. Há um sentimento de insegurança generalizado e um clima de desconfiança nas instituições encarregadas de reagir contra este estado de coisas.

Para agravar esse quadro de incertezas e perplexidades, a mídia arremessa uma enxurrada diária de informações e opiniões que pecam ora pela falta de clareza, ora pelo sensacionalismo exacerbado, ora pela falta do necessário embasamento científico. Assim é que influentes setores da mídia repetem clichês demagógicos e recrudescem o tom alarmista —e, como lembra Karl Popper, a televisão converteu-se “num poder político colossal, como se fosse o próprio Deus que falasse”—, abrindo espaço para que energúmenos de plantão possam pregar a revivescência de métodos inquisitivos que, para usar uma expressão de Lima Barreto, necessitem recorrer “à violência, ao chanfallo, ao chicote, ao cano de borracha, à solitária a pão e água e outros processos torquemadescos e otomanos”. Contra os dados oficiais —que deveriam constituir o antípoda do discurso dramático e atemorizante difundido por certa fatia da mídia— levantam-se vozes indignadas para dizer que são estatísticas irreais e maquiadas por conveniências político-partidárias.

Apavorados com o aumento da criminalidade, alguns setores da sociedade se levantam para defender medidas de exceção, alvitando providências que façam ouvidos de mercador às justas preocupações garantistas que devem nortear todo e qualquer sistema penal verdadeiramente democrático.

Naturalmente, como a dar vazão à lei newtoniana de ação e reação, turbulentas forças voltam o foco para essa febre paleorrepressiva recorrente. Mas os xiitas da vertente oposta não são menos extremados quando sustentam que, qual a bÍlis amarga e viscosa que o fÍgado segrega, merece o direito penal ser irremediavelmente exilado das fileiras da enciclopédia da ciência jurídica.

E assim o Poder Legislativo acaba recebendo o influxo de um cipocal de informações que torna confusa e inconsistente a base empÍrica que dará sustentação à formulação da norma penal; e, como não poderia deixar de ser, aturde o legislador a persistente tensão dialética que põe em dois extremos o discurso fácil e falacioso do

minimalismo radical e a postura intervencionista, imediatista e simbólica dos partidários do movimento *law and order*.

O legislador, então, externando a veia imediatista que caracteriza a atividade parlamentar e desdenhando, não raro, os princípios elementares que norteiam a técnica de estruturação de um conjunto de regras penais, ora lança mão de um amontoado de normas incriminadoras que julga ser a panacéia para todos os males, ora busca desordenadamente desafogar os sistemas carcerário e cartorário, forçando soluções consensuadas de litígios, fomentando a aplicação de penas restritivas de direitos a crimes de razoável gravidade objetiva e defenestrando do cárcere pessoas ainda não habilitadas a retornar ao convívio social.

A consequência deste imenso imbróglio é que a edição das últimas leis penais no Brasil só fez solapar a coerência e a logicidade que conferem caráter sistêmico ao direito penal positivo, comprometendo a inteligibilidade do processo dialogal que deve existir entre o Estado e os destinatários da norma penal. E enquanto ideólogos e parlamentares se digladiam, e operadores do direito penal perdem altas doses de energia em ginásticas hermenêuticas inúteis, hordas de criminosos de todos os matices se organizam para identificar e aproveitar-se dos pontos de debilidade estrutural do sistema penal.

Por aí é possível verificar a dimensão do desafio que o Estado tem pela proa na tarefa de controle da criminalidade.

Não há dúvida de que os partidários das mais extremadas vertentes político-criminais um dia sonharam com um equipamento investigativo eficiente, capaz de identificar, *exempli gratia*, o traficante que se adorna com a máscara do empresário bem-sucedido e que participa com empenho destacado do processo político-econômico lícito. Decerto é um ideal de todo cidadão honesto a existência de um aparelhamento que possa minar as falcatruas fiscais que permanecem ocultas sob as sutilezas dos modernos e sofisticados *softwares*; um sistema que possa desbaratar os criminosos que atuam sob o escudo de pessoas jurídicas, apostando na impunidade que resulta do velho adágio “*societas delinquere non potest*”; um sistema, enfim, que possa conter o incomensurável poder de infiltração das organizações criminosas que põem em risco a própria existência do Estado juridicamente organizado.

A preocupação deste novo Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público é justamente divulgar o trabalho que vem sendo feito no âmbito do Ministério



Público —e também fora dele— para viabilizar o controle destas novas formas de criminalidade. Trata-se de um trabalho pioneiro e corajoso. Ninguém desconhece a força indômita das barreiras que se erigem contra aqueles que desejam elaborar e implementar um modelo repressivo que possa balizar a reação estatal às novas modalidades delituosas e às modernas formas de praticar velhos delitos. Andam no caminho certo aqueles que apontam a insuficiência e o anacronismo dos modelos clássicos e de seus jurássicos métodos de investigação, que mal-e-mal se prestam a conter as formas tradicionais de delitos característicos da era pré-industrial, e são nitidamente débeis para afrontar a criminalidade assinalada pelo profissionalismo das grandes corporações que tornaram o crime um fenômeno empresarial e transnacional.

Nesta publicação, promotores de Justiça do GAECO (Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado) examinam questões da mais alta relevância, como a implementação das forças-tarefa —mecanismo largamente utilizado, com muito êxito, pelo sistema norte-americano—, abordada com maestria pelo promotor de Justiça Marcelo Batlouni Mendroni; o colega Arthur Pinto de Lemos Jr. apresenta um precioso trabalho no qual propõe uma reengenharia da atuação ministerial no curso da investigação criminal, no que concerne às organizações criminosas; e Roberto Porto, atuante promotor do GAECO, oferece uma ampla visão das organizações mafiosas internacionais. Integrante de outro grupo especial (o GAERPA), Maria Teresa Penteado de Moraes Godoy discorre amplamente sobre o perdimento de bens e o narcotráfico. Arrematando as contribuições de membros do Ministério Público, Gianpaolo Smanio elabora um minucioso estudo sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Com imensa satisfação, recebemos a produção científica de dois destacados agentes fiscais de rendas, José Antonio Farah de Lima Lopes e Antonio Carlos de Moura Campos; o primeiro, especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, aborda com propriedade o problema da lavagem de dinheiro e suas relações com os crimes contra a ordem tributária; o segundo, delegado regional tributário, mostra como é possível agir de maneira eficaz na apreensão de arquivos eletrônicos durante a realização da atividade de fiscalização de tributos.

***Ricardo Barbosa Alves***

***Promotor de Justiça,  
Assessor do CEAF/ESMP***



## PARTICIPANTES DA OBRA

**Arthur Pinto de Lemos Júnior** é Promotor de Justiça, designado para officiar no GAECO, Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Professor de Processo Penal no Curso Preparatório para Concursos Jurídicos – “Ductor” e Professor de Processo Penal na UNIP, ambos em Campinas-SP.

**Antonio Carlos de Moura Campos** é Delegado Regional Tributário da Capital.

**Gianpaolo Poggio Smanio** é 2.º Promotor de Justiça da Cidadania, Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e do Complexo Jurídico Damásio E. de Jesus.

**José Antonio Farah Lopes de Lima** é Agente Fiscal de Rendas e Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra.

**Marcelo Batlouni Mendroni** é Promotor de Justiça do GAECO (Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado) e Doutor em Processo Penal pela Universidad Complutense de Madrid.

**Maria Teresa Penteadó de Moraes Godoy** é Promotora de Justiça designada para officiar no GAERPA (Grupo de Atuação Especial de Repressão e Prevenção dos Crimes da Lei Antitóxicos).

**Roberto Teixeira Pinto Porto** é Promotor de Justiça da Capital, designado para officiar no GAECO (Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado).



**PERDIMENTO  
DE BENS E  
NARCOTRÁFICO**

*Maria Teresa Penteado de Moraes Godoy*



***Maria Teresa Penteado de Moraes Godoy***

# **PERDIMENTO DE BENS E NARCOTRÁFICO**

## **1. CONCEITO**

O perdimento de bens vem tratado no vocabulário brasileiro por confisco, que é “o ato punitivo em razão de contravenção ou crime praticado por uma pessoa, pelo qual se apreendem e de adjudicam ao fisco seus pertences, através de ato administrativo ou por sentença judiciária fundados em lei”<sup>1</sup>.

No vocabulário jurídico e na legislação geral o perdimento de bens recebe a denominação genérica de confisco.

Confisco, na definição jurídica, é a perda ou privação de bens do particular em favor do Estado<sup>2</sup>.

## **2. NATUREZA JURÍDICA**

Como instituto jurídico, na evolução das sociedades e das leis, o confisco surge inicialmente como pena de natureza patrimonial que, na lição de Nelson Hungria, remonta ao direito romano<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Editora Objetiva, edição 2001.

<sup>2</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES, Curso de Direito Penal, vol. III, Edição 1956, Editora Saraiva, p. 308.

<sup>3</sup> Comentários ao Código Penal, vol. III, 2ª Edição, Editora Revista Forense, p. 269.

Nesta condição, o confisco era geral ou parcial e foi larga e indistintamente aplicado na antigüidade.

Entretanto, na antiga concepção de pena, por não se limitar à pessoa do condenado, mas poder atingir também àqueles que dele dependessem, essa pena foi desaparecendo com a progressiva humanização do Direito Penal<sup>4</sup>.

Na visão moderna o confisco é disciplinado como forma de expropriação em favor do Estado dos instrumentos e produtos de crime (*instrumenta et producta sceleris*), com a finalidade de assegurar a indisponibilidade dos bens ilícitos utilizados para a prática do crime ou que tenham sido angariados com a conduta ilícita.

Nesta nova visão, não mais tratado como pena de efeitos ilimitados, mas restrito ao instrumento ou ao produto do crime, na lição de Nelson Hungria, o confisco figura nas legislações atuais ora como pena acessória, efeito da condenação, efeito civil do crime ou ainda como medida de segurança<sup>5</sup>.

### **3. EVOLUÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

#### **3.1. Normas constitucionais**

Ao tempo do Império, o confisco foi mantido pelo direito pátrio para os crimes de lesa-majestade, a Constituição de 1891 silenciou sobre a questão, a de 1934 “julgou indispensável vedá-lo” e a de 1937 “riscou a proibição”<sup>6</sup>.

Na Constituição de 1946, promulgada em 18 de setembro de 1946, o confisco foi vedado como pena, mas ressaltou-se a aplicação a ser disciplinada por lei do seqüestro e perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

Na Constituição de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967, mais uma vez o confisco é proibido como pena e repete-se a regra do seqüestro e perdimento de bens, no caso de danos causados ao erário público ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

---

<sup>4</sup> BASILEU GARCIA, Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo II, 2ª edição, Editora Max Limonad, p. 412.

<sup>5</sup> Op. cit., vol. III. p. 270.

<sup>6</sup> JOSÉ FREDERICO MARQUES, op. cit., p. 308, citando Florian e Pontes de Miranda.



Na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, as penas de morte, prisão perpétua, banimento e confisco são vedadas, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar. Mais uma vez, em relação a perdimento de bens estabelece-se que haverá disposição legal nas hipóteses de danos ao erário, enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na administração pública direta ou indireta.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, e em vigor, tratou a questão de duas formas distintas.

Nos termos do art. 5º, inciso XLV, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e **a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido**”.

Disciplina ainda o art. 5º, no inciso XLVI: “a lei regulará a individualização de pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição de liberdade;
- b) **perda de bens**;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos

A análise destes dois dispositivos constitucionais conduz à conclusão de que, na atualidade, a perda de bens está disciplinada na Constituição como pena, até porque não vedada como o são as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, nos termos do inciso XLVII, do mesmo dispositivo constitucional.

Entretanto, tratada como pena, tem a aplicação delimitada, podendo ser estendida aos sucessores do condenado e contra eles ser executada até o limite do valor do patrimônio transferido.

Em outras palavras, embora a perda de bens venha disciplinada como pena, a norma constitucional, sem se afastar da evolução legislativa na matéria, veda a aplicação indistinta e, ao mesmo tempo, resguarda a finalidade de se atingir na

totalidade os bens e valores ilicitamente obtidos, pela expressa previsão de punição aos sucessores do condenado, no limite do valor do patrimônio atingido.

Portanto, à luz da norma constitucional em vigor, a perda de bens vem genericamente prevista como pena (aplicável a qualquer crime), a ser disciplinada por lei.

Especificamente, em relação ao narcotráfico, trata mais uma vez a norma constitucional do confisco.

Dispõe o parágrafo único, do art. 243, das Disposições Constitucionais Gerais:

“Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico destas substâncias”.

Na esfera do tráfico de entorpecentes estabelece a Constituição o confisco irrestrito, que atinge qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência da prática do crime.

Não há, entretanto, neste dispositivo legal em questão, expressa indicação da natureza jurídica do confisco, que recebe na norma constitucional geral a denominação de perda de bens e a natureza de pena, mas permanece na legislação ordinária tratado também como efeito da condenação.

Conclui-se que, nesta esteira de raciocínio, embora haja atualmente na Constituição a previsão da perda de bens como pena, o tratamento dado pela legislação ordinária, ainda como efeito da condenação, não é inconstitucional.

A legislação mais recente, como a Lei nº 9613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, posterior à Constituição da República Federativa do Brasil, ainda trata a perda de bens, direitos e valores, objeto de crime, como efeito da condenação (art. 7º, inciso I).

Já com fundamento na previsão constitucional de perda de bens como pena, foi editada a Lei 9714, de 25 de novembro de 1998 (Lei de Penas Alternativas), posterior

à Lei de Lavagem de Dinheiro, que altera dispositivos da Parte Geral do Código Penal e estabelece, dentre as penas restritivas de direito, a perda de bens e valores (art. 43, inciso II).

A previsão constitucional inegavelmente estabelece a extensão máxima, que não impede a aplicação, na legislação ordinária, menos grave, e que, de qualquer forma, dependeria de legislação prévia para incidência na modalidade de pena, *ex vi* do princípio também constitucional *nulla poena sine praevia lege* (art. 5º, inciso XXXIX).

### 3.II. Legislação Ordinária

No âmbito da legislação penal ordinária, o confisco vem denominado por perda e perdimento de bens e, na evolução legislativa, apresenta nítida extensão de incidência, principalmente na matéria relacionada ao narcotráfico.

Na lição de Aníbal Bruno, na legislação penal o confisco de instrumentos ou produtos do crime está incluído no grupo de efeitos indiretos, fora da área penal, que decorrem da sentença condenatória<sup>7</sup>.

Na antiga Parte Geral do **Código Penal de 1941**, foi disciplinada no art. 74, inciso II, como efeito da condenação, a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crimes desde que consistisse em coisas cujo fabrico, alienação, uso, detenção ou porte constituísse fato ilícito e do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constituísse proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Ainda na antiga Parte Geral do **Código Penal de 1941**, estabeleceu o art. 100, embora não apurada a autoria, o confisco ordenado pelo juiz dos instrumentos e produtos do crime, desde que consistissem em coisas cujo porte, fabricação, alienação, uso ou detenção constituísse fato ilícito, aqui tratada como medida de segurança.

A antiga previsão legal atingia os bens que por si mesmos fossem perigosos ou proibidos, como “as armas ofensivas ou próprias, a moeda ou documento falsificado, os aparelhos de falsificação, o entorpecente para comércio clandestino, as mercadorias contrafeitas e etc”<sup>8</sup>, além do produto direto do crime ou do proveito auferido com o produto.

<sup>7</sup> Direito Penal, vol. I, tomo III, 1ª edição, Editora Forense, p. 247.

<sup>8</sup> NELSON HUNGRIA, ob. cit., p. 272.

Nesta condição, o Código Penal vigente à época permitia a aplicação do confisco de caráter repressivo, na hipótese de condenação, e até mesmo preventivo, nas hipóteses de arquivamento do inquérito policial, absolvição ou até mesmo morte do agente, que recaía sobre objetos por si ilícitos.

Seguindo-se a ordem cronológica, sobreveio ao Código Penal a edição da **Lei 6368, em 21 de outubro de 1976**, tratando especialmente da matéria afeta à prevenção e repressão dos crimes relacionados a entorpecentes.

A lei especial, no art. 34 e seus parágrafos, trata do perdimento de bens relacionados aos crimes nela definidos e estende sua aplicação a qualquer instrumento da infração, vale dizer, lícitos ou ilícitos.

Esta ampliação da incidência do perdimento de bens transparece inegável tratamento mais rigoroso dispensado pelo Legislador aos crimes relacionados a entorpecentes, em decorrência da inserção, na categoria dos instrumentos do fato típico passíveis de perdimento, dos bens lícitos, mas que contribuam, de qualquer forma, para a prática da infração (veículo, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes definidos nesta lei que, após regular apreensão, serão entregues à custódia da autoridade competente e, transitada em julgado a sentença que declare a perda, passarão à propriedade do Estado).

Na **reforma da Parte Geral do Código Penal**, editada pela **Lei 7209 de 13 de julho de 1984**, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967 que, no artigo 153, § 11, proibia o confisco, a perda de bens do particular em favor da União está disciplinada no artigo 91, II, como efeito secundário da condenação, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé e repete a norma da antiga Parte Geral.

A alínea “a”, do referido dispositivo legal, estabelece a perda dos instrumentos do crime, que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito.

Na alínea “b”, do mesmo dispositivo legal, estende-se o confisco sobre o *pretium sceleris*, ao produto do crime e a qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Na primeira hipótese, a perda decorre automaticamente da natureza do bem proibido e na segunda hipótese a perda depende de prova da relação de causalidade entre o crime e o bem ou valor, produto do próprio fato criminoso ou auferido com os seus proveitos.

Após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a norma do art. 243, parágrafo único, é repetida no art. 1º, parágrafo único, da **Lei 8257 de 26 de novembro de 1991** (que disciplina a expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas).

A legislação ordinária alcança então a ampliação plena do confisco na esfera da repressão aos crimes relacionados a entorpecentes, atingindo qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência de tráfico ilícito de drogas.

Por fim, a **Lei 9804 de 30 de junho de 1999** altera o art. 34, da Lei 6368/76, estabelecendo os procedimentos afetos à apreensão de bens e valores relacionados com a prática de tráfico de entorpecentes e inova a matéria, criando a figura da alienação judicial de bens em caráter cautelar.

Em suma, a legislação pátria na esfera constitucional e ordinária adota, na atualidade, o confisco pleno de bens e valores relacionados à prática do tráfico de entorpecentes e drogas afins, seguindo as diretrizes modernas mundiais, que depositam na repressão, além da imposição de sanções de privação de liberdade aos agentes envolvidos na prática do crime e apreensão de vultosas quantidades de entorpecentes, a intenção de se romper de forma contundente a espinha financeira que sustenta as organizações criminosas.

Em face da previsão legal da perda de bens e valores como pena restritiva de direito, a substituir as penas privativas de liberdade (art. 43, II, e art. 44 e seus parágrafos, do Código Penal (alteração dada pela Lei 9714/98), a melhor interpretação da esfera do narcotráfico é pela inaplicabilidade, por se tratar de crime equiparado ao hediondo, que estabelece grave privação de liberdade e a possibilidade da perda de bens como efeito da condenação, sem impedir a sanção originária do tipo legal.

No sentido da não incidência das penas alternativas no tráfico de entorpecentes, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em Acórdãos proferidos nos Recursos Especiais n. 286786/SP, publicado no DJ de 28/05/2001, n. 285826/RS, publicado no DJ de 28/05/2001 e n. 226804/PB, publicado no DJ de 10/09/2001.

#### **4. DESTINO DA VERBA ORIUNDA DO PERDIMENTO DE BENS RELACIONADO AO NARCOTRÁFICO**

Tratado na legislação pátria como crime contra a saúde pública, o tráfico de entorpecentes atinge a incolumidade pública.

Não obstante a tipicidade do fornecimento ainda que gratuito de entorpecentes, é inquestionável a face financeira do narcotráfico, que movimenta seus agentes, bens, direitos e valores, permitindo a ilícita circulação de drogas.

Certa a previsão legal do perdimento destes bens, direitos e valores, utilizados e auferidos com a prática do comércio ilícito de entorpecentes, sobrepõe-se a questão da destinação das verbas oriundas do confisco.

A resposta repousa em norma constitucional, que determina a reversão do confisco em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico de entorpecentes (art. 243, parágrafo único).

Determinada a finalidade das verbas oriundas do confisco, resta a observância da tramitação legal destes recursos.

Também em relação a esta matéria, observa-se evolução na legislação nacional.

A Lei 6368/76, que primeiro tratou da questão na esfera do narcotráfico, estabeleceu no art. 34, § 2º, a perda do bem em favor do Estado, aqui entendido como Estado Membro.

O Código Penal, que trata da perda de bens como norma genérica, estabeleceu com a reforma da Parte Geral em 1984 a perda do bem em favor da União.

Mais uma vez, na disciplina da matéria de forma especial, a Lei 7560, de 19 de dezembro de 1986, revogou o § 2º, da Lei 6368/76, e criou o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso - FUNCAB, a ser gerido pelo Conselho Federal de Entorpecentes - CONFEN, destinando-lhe, dentre outros, os recursos os provenientes da alienação dos bens de qualquer forma relacionados com o narcotráfico e perdidos em favor da União.

Ainda na legislação especial, relacionada a entorpecentes, foi editada a Lei 8764, de 20 de dezembro de 1993, que cria a Secretaria Nacional de Entorpecentes,

no âmbito do Ministério da Justiça, e outorga-lhe a gerência do Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso - FUNCAB.

Por fim é editada a Medida Provisória 1669 de 19 de junho de 1998, reeditada sob número 2143-32, em 2 de maio de 2001, que cria a Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, subordinada ao Gabinete da Segurança Institucional da Presidência da República, transforma o Conselho Federal de Entorpecentes - CONFEN em Conselho Nacional Antidrogas - CONAD, e o transfere, também, o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate ao Abuso de Drogas - FUNCAB, que na reedição da Medida Provisória inicial passa a ser denominado de Fundo Nacional Antidrogas - FUNAD, e sua gestão, do Ministério da Justiça para a SENAD.

Em síntese, atualmente as verbas oriundas do perdimento de bens destinam-se ao Fundo Nacional Antidrogas - FUNAD, gerido pela que cria a Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, subordinada ao Gabinete da Segurança Institucional da Presidência da República.

## **5. DISCIPLINA DO REPASSE DAS VERBAS**

A partir da disciplina em lei da destinação e gerência das verbas oriundas do perdimento de bens, a legislação ordinária passou também a tratar da viabilidade do repasse destes valores pela União para entes estatais, órgãos públicos e organismos não-governamentais.

A finalidade, coma evolução legislativa, é mais uma vez louvável, na medida em que estabelece em lei finalidade de aplicação concreta da verba, voltada, sempre, para a prevenção e repressão na área da droga.

A Lei 7560/86 (que criou o FUNCAB então gerido pelo CONFEN), estabeleceu no art. 5º a destinação dos recursos de forma genérica, aos programas de formação profissional relacionados à prevenção, educação, tratamento, repressão, controle e outros, relacionados a uso ou tráfico de drogas de abuso; aos programas de educação preventiva de uso de drogas de abuso; aos programas de esclarecimento ao público; às organizações que desenvolvam atividades específicas de tratamento e recuperação de usuários; ao reaparelhamento e custeio das atividades voltadas no geral à repressão ao uso e tráfico de drogas de abuso e produtos controlados; ao pagamento de cotas

de participação a que o Brasil esteja obrigado como membro de organismos internacionais ou regionais que tratem de questões de drogas de abuso; à participação de representantes e delegados em eventos realizados no Brasil e exterior que versem sobre esta matéria e aos custos de sua própria gestão.

A Lei 8764/93 (que criou a Secretaria Nacional de Entorpecentes e outorgou-lhe a gerência do FUNCAB), de modo geral, repetiu o teor do Art. 5º, da Lei 7560/86, mas acrescentou-lhe o parágrafo único, estabelecendo que: “Quarenta por cento dos recursos do Funcab de que trata o inciso III do art. 2º desta lei serão destinados à Polícia Federal e a convênios com a polícia estadual responsável pela investigação que deu origem à decretação do procedimento”.

Portanto, a partir da Lei 8764/93, houve expressa previsão do repasse de 40% dos recursos do Funcab às Polícias Federais e Estaduais, em relação a estas últimas a ser fixado por intermédio de convênios.

A legislação mais uma vez moderniza-se e, com a edição da Lei 9804/99, que alterou o art. 34 da Lei 6368/76, houve nova modificação o art. 5º, da Lei 7560/83, antes alterado pela Lei 8764/93.

Nos termos do desta legislação em vigor, os recursos do FUNAD, dentre as previsões não modificadas, passam a ser destinados, também, ao custeio de despesas decorrentes do cumprimento de atribuições da Secretaria Nacional Antidrogas -SENAD (inciso VII); ao pagamento de resgate de certificados de emissão do Tesouro Nacional que caucionaram recursos transferidos para a conta do FUNAD (inciso VIII); ao custeio das despesas relativas ao cumprimento das atribuições e às ações do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF (inciso IX).

A Lei 9804/99 altera mais uma vez o parágrafo único do art. 5º, da Lei 7560/86, que passa a ter o seguinte texto: “Observado o limite de quarenta por cento, e mediante convênios, serão destinados à Polícia Federal e às Polícias dos Estados e do Distrito Federal, responsáveis pela apreensão a que se refere o art. 4º, no mínimo vinte por cento dos recursos provenientes da alienação dos respectivos bens”.

Por fim, com a nova redação dada pela Lei 9804/99, ao § 18, do art. 34, da Lei 6368/76: “A União, por intermédio da SENAD, poderá firmar convênio com os Estados, com o Distrito Federal e com os organismos envolvidos na prevenção, repressão e no tratamento de tóxico-dependentes, com vistas à liberação de recursos por ela por ela arrecadados nos termos deste artigo, para implantação e execução de programas de



combate ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”.

Em suma, nos termos da Lei 9804/99, que alterou dispositivo da Lei 7560/86 e da Lei 6368/76, passam a figurar como destinatários certos dos recursos oriundos do perdimento de bens às Polícias Federais e Estaduais, dependentes de convênios para o repasse das verbas no mínimo de 20% ao máximo de 40%; a Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD; o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF; o pagamento do resgate de certificados de emissão do Tesouro Nacional que caucionaram as alienações cautelares dos bens e os Estados, Distrito Federal e qualquer organismo voltado à prevenção e repressão do tráfico e uso de entorpecentes, também por intermédio de convênios e limitados aos recursos obtidos com a alienação cautelar dos bens.

Com fundamento nesta previsão legal, em 12 de janeiro de 2000, foi firmado convênio entre a União, por meio da Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, e o Ministério Público do Estado de São Paulo, publicado no Diário Oficial do Estado (DOE) de 18 de fevereiro de 2000, que estabelece o repasse de 13,3% da verba oriunda do depósito de valores (moeda nacional, moeda estrangeira e cheques compensados) ou de bens alienados por medida cautelar judicial.

O repasse dos valores em favor do Ministério Público do Estado de São Paulo, obedece proporção igual destinada ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário do Estado e, para fixação do *quantum* levou em consideração a obrigação legal de repasse de no mínimo 20% à Polícia Estadual.

## **6. APLICAÇÃO PRÁTICA**

### **6.1. Medidas Acautelatórias do Código de Processo Penal**

Em face da previsão em norma constitucional e em lei ordinária do perdimento de bens relacionados aos crimes tratados na Lei Antitóxicos (Lei 6368/76), mister se faz a análise de sua aplicação prática.

Em primeiro lugar, os bens de qualquer natureza relacionados com o narcotráfico devem se tornar indisponíveis em relação ao agente, a fim de se assegurar a aplicação

do perdimento e não se permitir que os instrumentos, produtos ou bens auferidos com o proveito do crime sejam por ele desfrutados .

Como já discorrido, confrontando-se a norma penal geral e a legislação especial, o perdimento de bens na área da droga poderá alcançar:

- a) os instrumentos do crime: automóvel ou aeronave utilizados para transporte da droga, aparelhos e linhas de telefone celular ou convencional utilizados para as tratativas do comércio ilícito, imóvel utilizado para depósito da droga, instalação de laboratório de refinaria de cocaína ou plantio de plantas psicotrópicas e etc;
- b) produtos do crime: valores em moeda nacional, cheques ou moedas estrangeiras recebidos como pagamento da venda ilícita de entorpecentes e etc;
- c) bens auferidos com as vantagens do crime: imóvel adquirido com o dinheiro recebido da venda do entorpecente; cotas de sociedade estabelecida adquiridas com os valores recebidos como pagamento do narcotráfico e etc.

Para a indisponibilidade destes bens e valores, estão previstos na legislação processual penal a apreensão, que tem larga incidência, e o seqüestro de bens imóveis ou bens móveis, tratado como medida assecuratória.

A apreensão vem primeiro estabelecida no art. 6º, inciso II, do Código de Processo Penal, que determina como obrigação da autoridade policial, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, “apreender os instrumentos e todos os objetos que tiverem relação com o fato”.

Esta providência, vem também disciplinada nos arts. 240 e seguintes, do Código de Processo Penal, ao lado da busca, que na hipótese de ser domiciliar, no sentido jurídico empregado ao termo, deve obedecer ao disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

No art. 240, § 1º, alíneas “b” e “d”, do Código de Processo Penal, está prevista a apreensão de coisas obtidas por meios criminosos e de quaisquer instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso.

Portanto, em face da previsão na legislação penal geral e especial e na legislação processual penal, a apreensão poderá atingir qualquer bem relacionado com a prática do narcotráfico, atendendo, desta forma, a finalidade de acautelar a providência final, qual seja, o perdimento em favor da União.

Como garantia da incidência final do perdimento de bens, também está previsto no Código de Processo Penal o seqüestro, tratado como medida assecuratória.

O seqüestro está disciplinado nos arts. 125 e seguintes do Código de Processo Penal e depende de determinação judicial, em qualquer fase do processo ou mesmo antes de oferecida a denúncia ou a queixa, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou ainda mediante representação da autoridade policial (art. 127, do CPP).

Nos termos do Código de Processo Penal o seqüestro incide sobre bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiros, ou sobre bens móveis se não for cabível a medida de apreensão.

Dispõe ainda o art. 126, do Código de Processo Penal, que bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita do bem, imóvel ou móvel como já visto, para decretação do seqüestro.

Em suma, dentre as categorias de bens passíveis de perdimento, o seqüestro, à luz da legislação processual penal vigente, estaria restrito aos bens auferidos pelo agente com os proveitos da infração.

Estas medidas previstas na legislação processual penal, apreensão e seqüestro, de caráter inegavelmente acautelatório, uma vez que visam garantir a aplicação dos dispositivos da lei material, merecem, na esfera dos crimes previstos na Lei Antitóxicos, dada a ampla incidência quanto ao perdimento de bens, interpretação elástica.

Com efeito, é indiscutível o poder de cautela do Juízo, também na esfera penal, consubstanciado em medidas que visam garantir por exemplo a aplicação da pena, como o é a prisão preventiva.

Nesta esteira, há também a previsão expressa de medidas de natureza cautelar que visam garantir a aplicação dos efeitos da sentença condenatória, como o são a apreensão e seqüestro de bens já apreciados.

De se concluir, portanto, que, na hipótese de eventual bem, insuscetível de apreensão, estar de qualquer forma relacionado à prática do narcotráfico, caberá o

seqüestro como medida cautelar, mesmo que o bem não se enquadre dentro a previsão legal de proveito auferido com o produto do crime.

A ampla previsão da lei material permite esta interpretação elástica da lei adjetiva, sob pena de se tornar letra morta o instituto penal, consagrado em norma constitucional, valendo-se do teor do art. 3º, do Código de Processo Penal, que expressamente admite a interpretação extensiva, a aplicação analógica e o suplemento dos princípios gerais do direito.

Nestes termos, mesmo o bem imóvel que não seja auferido com o produto do crime, mas por exemplo instrumento do crime, como o imóvel utilizado para instalação de refinaria de cocaína, deverá, com fundamento na norma constitucional e ordinária, ser confiscado e, antes disso, tornar-se indisponível, por intermédio do seqüestro.

Esta também poderá ser a solução para a hipótese de bem móvel, não passível de apreensão, como por exemplo os direitos sobre linha telefônica, e de qualquer forma relacionado com a prática de tráfico de entorpecentes, quer como instrumento, quer como produto da infração.

De se frisar, nesta questão, que além da necessidade de garantia da indisponibilidade do bem em relação ao agente, na mesma linha de previsão da inscrição do seqüestro no Registro de Imóveis, em relação a outros bens que figurem em registros oficiais, como no caso de veículos e aeronaves (registrados no Detran e no DAC), é recomendável a mesma cautela, evitando-se discussões futuras em relação a eventuais terceiros de boa-fé.

Tratando-se dos bens enumerados no art. 91, inciso II, do Código Penal, o confisco será decretado também no despacho de arquivamento de inquérito policial, na sentença de impronúncia e na sentença absolutória, por não haver fundamento para restituição, nos termos do art. 779, do Código de Processo Penal.

## **6.II. Depósito de valores (moeda nacional, estrangeira e cheques) e custódia de bens**

Exatamente em razão da cautela em se garantir a aplicação do instituto do perdimento de bens, como efeito da sentença penal condenatória nas hipótese de crimes tratados na Lei Antitóxicos, a alteração do art. 34, da Lei 6368/76, pela Lei 9084/99, disciplinam a questão do procedimento em relação à apreensão de bens e valores.

O *caput* do art. 34 teve a redação original mantida e trata da apreensão de objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes definidos nesta lei e a custódia pela autoridade policial, à exceção das armas, tratadas em legislação específica.

Os parágrafos 3º e 4º, do art. 34, tratam da apreensão de valores, representados por moeda nacional, moeda estrangeira e cheques, e determinam a imediata comunicação pela autoridade policial ao Ministério Público, que requererá o depósito em conta judicial, convertendo-se a moeda estrangeira em nacional, compensando-se os cheques e juntando-se aos autos a respectiva guia.

Estas providências, antes não expressas, garantem a manutenção dos valores apreendidos até decisão final e possibilitam o pleno controle de sua situação, mediante o depósito em conta judicial vinculada ao processo.

Ainda em relação aos bens que não se enquadram na previsão dos parágrafos 3º e 4º, do art. 34, estabelece o § 5º, dentre a previsão da venda cautelar judicial que será a seguir tratada, a possibilidade de indicação pela União, por intermédio da SENAD, para serem colocados sob custódia da autoridade policial, órgãos de inteligência ou militar federal envolvidos nas operações de prevenção e repressão ao tráfico e uso indevido de entorpecentes, até decisão final.

### **6.III. Ação cautelar de venda judicial do bem**

A modificação mais inovadora trazida pela Lei 9084/99 é a previsão da venda cautelar judicial dos bens instrumentos do tráfico de entorpecentes, que não tiverem sido colocados sob custódia, como tratado no § 5º, do art. 34.

A providência, tratada nos parágrafos 5º e seguintes do art. 34, sem dúvida enquadra-se no poder de cautela do Juiz, que, presentes os requisitos legais, determinará a venda judicial do bem apreendido, antes da decisão final da ação penal.

Estabelece o próprio § 5º, do art. 34, a legitimidade do Ministério Público para, em petição autônoma, requerer ao juízo competente, em caráter cautelar, a alienação dos bens apreendidos.

A petição, nos termos do § 6º, deverá conter a descrição e especificação de cada um dos bens e informações sobre quem detém a custódia e onde se encontram custodiados.

A petição será autuada em apartado e os autos terão tramitação autônoma em relação à ação penal (§ 7º)

Formulado o pedido, os autos serão conclusos ao juiz que, nesta fase apreciará os requisitos da medida (§ 8º), quais sejam, o nexó de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para sua prática (*fumus boni juris*) e o risco de perda do valor econômico pelo decurso do tempo (*periculum in mora*).

Preenchidos estes requisitos, mediante prova de plano, o juiz determinará a avaliação dos bens e a intimação da União, do Ministério Público e do interessado, por edital com prazo de cinco dias se for o caso (§ 8º).

Realizada a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o laudo, o juiz a homologará e determinará a alienação mediante leilão judicial (§ 9º).

Realizado o leilão, o valor resultante será depositado em conta judicial vinculada aos autos e a União será intimada para prestar caução, equivalente à quantia apurada e aos valores inicialmente depositados (§ 4º), representada por certificados de emissão do Tesouro Nacional (§ 10), que serão solicitados à Secretaria do Tesouro Nacional pela SENAD (§11).

Prestada a caução, os valores da conta judicial serão transferidos para a União, mediante depósito na conta do Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD, apensando-se os autos da alienação ao processo principal, até decisão final (§ 12).

Na sentença de mérito, nos autos do processo de conhecimento, o juiz decidirá sobre o perdimento dos bens e dos valores tratados nos parágrafos 4º e 5º.

Decretado o perdimento será providenciado o cancelamento dos certificados emitidos para caução e na hipótese de não ser decretado o perdimento e levantada a caução, os certificados serão resgatados pelo seu valor de face e o recurso para pagamento provido pelo FUNAD (parágrafos 14 e 16).

Os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso deste procedimento cautelar não terão efeito suspensivo (§17).

A alienação judicial poderá ser determinada nos processos penais em curso (§ 19).

Tratou a modificação do art. 34 de disciplinar minuciosamente a medida cautelar, especificando a legitimidade das partes, os requisitos e os procedimentos processual e administrativo.

Esta inovação tem como clara finalidade impedir que o decurso do tempo de tramitação natural dos processos penais prejudique, ao final, o efetivo perdimento dos bens, em razão da perda do valor econômico, tornando-os, por vezes, imprestáveis.

A motivação para previsão desta medida repousa na realidade enfrentada nos casos concretos de apreensão de bens, em processos penais que se protraem por mais de ano.

Muitas vezes, não há condições adequadas para custódia destes bens, até final decisão na ação penal, com prejuízo à viabilidade do leilão administrativo, que não atingirá, como o seria antes, a realidade observada quando da efetiva utilização do bem pelo agente.

Na disciplina da medida, houve a preocupação de se garantir não só o efetivo perdimento do bem quando da decisão final, mas a vedação da privação de bens sem o devido processo e a presunção de inocência em benefício do agente, garantias estas constitucionais (art. 5º, LIV e LVII).

Para tanto, a modificação legal tratou, como salientado, do procedimento específico para a alienação judicial cautelar e da prestação da caução, que vigorará até decisão final, evitando-se irreparável prejuízo ao agente no caso de não decretação do perdimento do bem em favor da União.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da previsão constitucional e na legislação ordinária do perdimento de bens, que tem em relação aos crimes tratados na Lei 6368/86 ampla incidência e a natureza de efeito da sentença condenatória, tem-se que a questão deva ser submetida ao contraditório, no curso da própria ação penal.

Ressalte-se que esta questão pode ser trazida à tona desde a apuração do crime até a decisão final, incidindo-se, neste intervalo e se o caso, as medidas acautelatórias e a medida cautelar especial.

A instrução criminal é a sede para a prova do nexo de instrumentalidade ou de causalidade entre o crime e o bem ou valor, para fundamento da decisão final de decretação do perdimento em favor da União, independentemente de condições como habitualidade ou alteração da situação original do bem, não exigidas em lei.

Neste passo, embora previsto no Código Penal como efeito automático da condenação, por força da distinção estabelecida no parágrafo único do art. 92, do mesmo Diploma Legal, que trata dos efeitos que devem ser motivadamente declarados na sentença, indiscutível que, para harmonia com o ordenamento jurídico, também o perdimento de bens carece de fundamento, como de resto qualquer decisão judicial (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal).

Distinto é o procedimento para expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas de terra, disciplinado na Lei 8257/91.

Esta expropriação sem indenização, que Manoel Gonçalves Ferreira Filho trata como confisco<sup>9</sup>, já que inerente à desapropriação a indenização, é promovida mediante ação própria, na qual figura como parte legítima ativa a União.

Ainda em relação a este procedimento específico, estabelece a Lei 8257/91, no art. 17, que o confisco prevalecerá sobre os direitos reais de garantia (penhor, hipoteca e anticrese) incidentes sobre o imóvel.

Esta previsão trata de forma absolutamente diversa a garantia do direito de terceiro de boa-fé, estabelecida na legislação penal geral e não afastada expressamente na Lei 6368/76, concluindo-se que merece aplicação restrita à hipótese da Lei 8257/91.

Decretado definitivamente o perdimento de bem, por decisão judicial, à exceção dos bens eventualmente atingidos pela alienação judicial cautelar, a venda opera-se em leilão administrativo, promovido pela Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, que poderá firmar convênios de cooperação para este fim como previsto no § 20, do art. 34, da Lei 6368/76, com a nova redação dada pela Lei 9804/99, acentuando-se, mais uma vez, a preocupação de se alcançar a real intenção legal, que atinge a propriedade que se desviou da finalidade social e tomou rumo ilícito e será, por fim, convertida em favor do interesse público.

***Maria Teresa Penteado de Moraes Godoy,***

***Promotora de Justiça designada para oficiar no GAERPA***

---

<sup>9</sup> Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 4, Editora Saraiva, 1995, p. 244.



**A APREENSÃO  
DE ARQUIVOS  
ELETRÔNICOS DE  
FISCALIZAÇÃO  
DE TRIBUTOS**

*Antonio Carlos de Moura Campos*



***Antonio Carlos de Moura Campos***

# **A APREENSÃO DE ARQUIVOS ELETRÔNICOS NA ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO DE TRIBUTOS**

**(aspectos técnicos e legais)**

*(Trabalho originalmente destinado ao treinamento de agentes fiscais de rendas, na Escola Fazendária do Estado de São Paulo-FAZESP)*

## **Uma reflexão necessária**

Faço um convite à imaginação do colega Agente Fiscal de Rendas que inicia a leitura destas linhas. Pouco antes do encerramento do expediente comercial, você entra num estabelecimento varejista para uma operação de impacto. Trata-se, digamos, de uma empresa que comercializa materiais de construção. Após fazer o corte cronológico nos talonários fiscais, desperta-lhe a atenção uma tabela das vendas efetuadas naquele dia pelo contribuinte. Está tudo ali muito bem discriminado: tipo de mercadoria, quantidades, valores, nome do cliente, forma de pagamento etc. E logo você percebe que as notas emitidas naquele dia não cobrem nem a décima parte das vendas registradas na tabela. Só que essa tabela não aparece numa folha de papel, mas na tela de um microcomputador que o funcionário da empresa, talvez um pouco assustado com sua inesperada visita, esqueceu-se de desligar.

Você saberia exatamente como proceder numa situação dessas? Mesmo se você for um bom usuário de microcomputador, acha que bastaria fazer uma cópia do arquivo em questão num disquete e depois imprimir a tabela de vendas? Você está seguro de que tal documento poderá ser aceito como prova eficaz de sonegação pelos órgãos julgadores? Ou bastará que o advogado de defesa levante qualquer dúvida quanto à autenticidade do documento – ou mesmo quanto à forma pela qual foi ele obtido – para que todo seu trabalho vá por água abaixo?

Este trabalho foi elaborado para ajudá-lo a buscar respostas a questões como essas – e mais do que isso, para resolver os problemas por elas suscitados.

### **Como tudo começou**

Os progressos que obtivemos até o presente originaram-se de uma cooperação técnica buscada junto à Receita Federal americana como parte das atividades do Projeto de Inteligência Fiscal, criado pelo Programa de Modernização da CAT - PROMOCAT (Projeto FIZ-5).

Em setembro de 1997, cinco Agentes Fiscais de Rendas participaram de treinamento denominado *Criminal Investigation in an Automated Environment* (“Investigação Criminal em um Ambiente Automatizado”), promovido pelo *Financial Fraud Institute* do IRS (*Internal Revenue Service*) –a Receita Federal americana– no Estado da Georgia. Ministrado para agentes de fiscalização tributária de vários países, esse treinamento nos proporcionou um primeiro contato com as técnicas utilizadas pelo agentes americanos não apenas para capturar e recuperar arquivos eletrônicos, mas para utilizar as informações aí contidas como provas válidas nos tribunais.

Algum tempo depois, em junho de 1998, um novo treinamento teve lugar na Escola Fazendária do Estado de São Paulo - FAZESP, batizado de “Investigação de Dados em Meio Magnético” e conduzido pela instrutora Lisa Schaffer, dos Estados Unidos.

A partir daí, a equipe do projeto iniciou um trabalho de criação de uma rotina voltada para a apreensão de dados armazenados em meio magnético. Alguns dos aplicativos utilizados pelo governo americano foram aproveitados e adaptados por nós, com a devida autorização formalizada na alínea “e” do item 2 da *Letter of Understanding* firmada entre o Assistente Internacional do IRS e o Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo na data de 15 de julho de 1998.

O passo seguinte foi a contratação de consultores de informática pelo Projeto de Inteligência Fiscal, incumbidos de confeccionar um programa por meio do qual aquela rotina de procedimentos pudesse ser executada. Ao final de 1999 surgiu então o *Authenticator*, um programa direcionado à seleção, cópia e sobretudo autenticação de arquivos armazenados no disco rígido de microcomputadores, que teve duas versões. Executado no ambiente operacional *DOS*, o *Authenticator* foi assim batizado porque de todos os procedimentos que compõem sua rotina o mais importante, na linha de interesse do fisco, é sem dúvida a autenticação eletrônica dos arquivos apreendidos.

Em maio de 2000 foi finalizada a primeira e única versão do *Authenticator II*, um programa voltado para a cópia e autenticação de arquivos armazenados em disquetes. O *Authenticator II* permite copiar e transferir arquivos de interesse do fisco para um segundo disquete, para um *drive* externo ou para outro computador, gerando as respectivas autenticações num disquete específico, denominado “Disquete de Autenticações”. Com esse programa é também possível executar apenas a autenticação de arquivos existentes em disquetes ou discos removíveis entregues ao fisco por terceiros, inclusive de arquivos “zipados”, sem necessidade de efetuar a cópia dos mesmos.

Finalmente, em janeiro de 2001 foi lançado o *Authenticator Plus*, programa de extrema versatilidade que, além de reunir todas funcionalidades do *Authenticator* e do *Authenticator II*, ainda trouxe inúmeras outras. Escrito em linguagem “C ANSI”, e combinando estabilidade e agilidade operacional, o novo programa trouxe como inovações mais importantes as seguintes:

- Assim que iniciada sua execução, o programa bloqueia a possibilidade de escrita no disco onde estão armazenados os arquivos a serem apreendidos;
- Oferece a possibilidade de compactação dos arquivos apreendidos num único arquivo “zipado”;
- Permite copiar arquivos em formato multivolume, de tal sorte que um único arquivo possa ser desdobrado em diversos discos (disquetes ou ZipDiscos);
- Autentica os arquivos durante a execução do próprio processo de copiagem;
- Gera simultaneamente duas chaves autenticadoras por meio de algoritmos com funções de *hash*, uma de 32 dígitos (*MD5*) e outra de 40 dígitos (*RIPEMD-160*), para aumentar a confiabilidade e segurança da autenticação;
- Reconhece o ambiente operacional Windows 2000 (com partições NTFS);

Outra importante ferramenta, combinando recursos de *hardware* e *software*, é o SISTEMA DIBS, adquirido no ano de 2000 pela Secretaria da Fazenda. Criado pela empresa “Computer Forensics, Ltd.”, com sede na Inglaterra e filial nos Estados Unidos, foi planejado para fazer a cópia física do disco rígido. Na forma de *mirror image backup*, os dados são transferidos para discos ótico-magnéticos inseridos num *drive* externo, de modo a ser posteriormente restaurada uma imagem absolutamente idêntica do disco rígido em estação de trabalho denominada *Forensic Workstation*.

Batizado de “*DIVA System*”, sigla que *significa* “*Digital Image Verification and Authenticator*”, o procedimento de autenticação ocorre simultaneamente ao processo de copiagem, durante o qual o disco ótico é dividido em blocos de tamanho arbitrário. Uma determinada área do disco é reservada para armazenar informações de verificação da integridade desses blocos, também na forma de valores de *hash*. Da concatenação das seqüências autenticadoras de cada bloco é produzida uma nova autenticação, gravada e encriptada em outra área de cada disco ótico. Ao final do processo, todos os códigos autenticadores são registrados, também de modo encriptado, nos Disquetes de Autenticações, um dos quais entregue ao contribuinte, enquanto outro permanece em poder do fisco, ambos devidamente acondicionados em envelopes lacrados.

Outras importantes ferramentas de informática forense encontram-se em fase de elaboração e de testes.

## **CAPÍTULO I – INFORMÁTICA FORENSE E DOCUMENTO ELETRÔNICO**

### **O conceito de informática forense**

Os programas *Authenticator* são os primeiros programas de informática forense<sup>1</sup> a serem utilizados pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Ainda pouco explorada no Brasil, a informática forense começa a ganhar expressão nos Estados Unidos e em alguns países da Europa, como a Inglaterra, como atividade técnica de importância fundamental no campo do Direito Probatório moderno.

Sua expansão vêm sendo impulsionada pela constatação, cada vez mais freqüente, de que os computadores dos indivíduos envolvidos em crimes fiscais ou financeiros como regra contêm evidências de importância crucial para a efetivação da pretensão punitiva do Estado. Daí por que a elucidação e comprovação de defraudações perpetradas a dano do erário ou do sistema financeiro pressupõem necessariamente o domínio, por parte do servidor público investido da responsabilidade de apurar tais delitos, de técnicas especializadas de captura e análise de dados informatizados.

A informática forense pode ser conceituada como o conjunto de técnicas aplicadas

---

<sup>1</sup> Tradução do inglês “*forensic computing*”. Existe também a expressão “*computer forensics*”, empregada para designar a “ciência da computação forense”.

sobre dados informatizados com a finalidade de conferir-lhes validade probatória em Juízo. Seu objeto é, portanto, o documento eletrônico, armazenado em meio magnético ou em qualquer outro meio empregado no ambiente computacional. E pode ter como suporte ou ferramentas de trabalho não apenas programas de *software*, como é o caso do *Authenticator*, mas também equipamentos de *hardware*, todos voltados à atividade investigativa e probatória exercitada para fins de instrução de procedimentos criminais.

Os principais procedimentos operacionais de informática forense estão voltados à captura de dados informatizados. Dentre estes, destacam-se os seguintes:

- apreensão de arquivos existentes em *HD* ou discos removíveis, mediante procedimentos de cópiagem e transferência para qualquer outro tipo de meio físico;
- autenticação de arquivos apreendidos ou do próprio *HD*, através de programas ou aplicativos criados especialmente para essa finalidade, como forma de assegurar a integridade original dos respectivos conteúdos.
- recuperação de arquivos apagados ou de partes de arquivos soltos no disco (*slack data*), por meio de programas específicos;
- produção de imagem do *HD*, pela qual se processa a cópiagem física do conteúdo do disco rígido.

Já dentre os procedimentos operacionais de análise, incluem-se os seguintes:

- transcrição de dados informatizados para mídia-papel ou qualquer outra, de modo a permitir a sua evidenciação a terceiros;
- visualização de arquivos armazenados em *HD* ou disquete para fins de seleção, mediante execução de programas especialmente criados para essa finalidade;
- busca de conteúdos específicos em arquivos apreendidos ou no próprio *HD*, por meio de utilitários de procura.

Todos esses procedimentos operacionais precisam ser executados com tal rigor técnico que convençam a terceiros de que os dados por ele obtidos em sua atividade estão absolutamente preservados em sua integridade evidencial ou probatória, isto é, com seu conteúdo protegido de quaisquer alterações, sejam elas acidentais ou deliberadas.

### **A eficácia probatória do documento eletrônico**

A questão crucial reside, portanto, na demonstração inequívoca da autenticidade e da integridade do documento eletrônico. Autenticidade, em sentido estritamente técnico-jurídico, diz respeito à demonstração da autoria do documento: é a “certeza de que o documento provém do autor nele indicado”<sup>2</sup>. Integridade, por sua vez, é a certeza de que o documento não foi objeto de qualquer alteração e sua configuração original.

Para o agente investigador de crimes fiscais ou financeiros, geralmente a questão da autoria não apresenta grandes problemas, desde que devidamente apurada a identidade do proprietário e/ou usuário do computador investigado. A questão da integridade, no entanto, reveste-se de decisiva importância, na medida em que, se não houver absoluta certeza quanto à preservação da configuração original do documento, fundada em elementos objetivos de comprovação, o acusado poderá, no mínimo, fazer jus ao benefício da dúvida em Juízo, com a conseqüente desqualificação da prova apresentada.

O grande problema do processo de cópiagem de arquivos por meio dos recursos operacionais do próprio computador onde estão armazenados esses arquivos está na possibilidade - ou na extrema probabilidade - de que, no afã de desconstituir a prova colhida, venha o acusado alegar em Juízo que os dados transcritos, juntados à guisa de instrução probatória, não seriam “exatamente” aqueles encontrados no computador à época da diligência realizada na empresa.

E como haverá de ser comprovada a integridade do documento? A resposta a essa questão remete ao próprio conceito de documento eletrônico.

O documento eletrônico pode ser definido como uma cadeia de *bits* criada por um programa de computador, sem vinculação necessária com qualquer meio físico, com o fim de registrar de modo idôneo, determinado fato ou pensamento.

A definição acima incorpora, a um tempo, pontos de identidade e de diferenciação em relação ao documento tradicional. Aproxima-se do documento tradicional na medida em que o documento eletrônico tem também a função de representar um fato ou pensamento, fixando-o de modo permanente e idôneo<sup>3</sup>. Todavia, diferentemente do documento tradicional, o documento eletrônico não apresenta a natureza de coisa,

---

<sup>2</sup> Moacyr Amaral Santos, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, 2º vol., 3ª ed., p. 341.

<sup>3</sup> Para o mesmo citado processualista, documento conceitua-se como “coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em Juízo” (*op. cit.*, 2º vol., 3ª ed., p. 338).



isto é, de algo tangível e perceptível por meio dos sentidos. Uma de suas principais características é a dissociabilidade de qualquer meio físico, em virtude da qual pode ser alterado sem produzir qualquer vestígio aparente.

Nessa possibilidade reside o principal desafio a ser vencido pelo especialista em informática forense. Sua missão, portanto, é levar os órgãos judicantes à convicção de que a cadeia de *bits* do documento eletrônico, tal qual originalmente criada, mantém mantêm-se exatamente a mesma, sem haver experimentado qualquer alteração.

Em outras palavras, é mediante a demonstração da inalterabilidade lógica do documento eletrônico que se opera a comprovação sua integridade (e autoria, se for o caso), de forma a assegurar sua eficácia probatória. Demonstrado que a cadeia de *bits* do documento apresentado em Juízo corresponde exatamente à mesma seqüência do documento encontrado no computador investigado, ter-se-á por comprovada sua inalterabilidade lógica.

Sendo o documento eletrônico uma cadeia de *bits*<sup>4</sup>, como sabido, na prática tal demonstração se faz mediante a execução de funções matemáticas padronizadas sobre essa cadeia, por meio de um algoritmo criado especialmente para essa finalidade, de modo a ser gerado, ao final do processo, uma espécie de código ou chave digital. Daí então que, enquanto preservada a mesma cadeia seqüencial de *bits*, ter-se-á o mesmo código autenticador. Alterado, porém, um único *bit* dessa cadeia, a chave digital resultante da execução dessas funções matemáticas será completamente diversa.

O mais conhecido algoritmo utilizado internacionalmente para a autenticação de documentos eletrônicos é o *MD5 (Message Digest Algorithm)*, de 32 dígitos, desenvolvido em 1992 por Ron Rivest para a empresa americana *RSA Data Security, Inc.* Em 1996, Dan Mares, ex-agente do governo americano, incorporou o referido algoritmo ao programa executável *hash.exe*, por ele criado. Executado sobre o arquivo a ser autenticado, o algoritmo divide-o inicialmente em blocos lógicos de 512 *bits*, cada um dos quais novamente dividido em 16 blocos de 32 *bits*. Ao final de sucessivas operações

---

<sup>4</sup> O *bit* (forma reduzida de **binary digit**) constitui a menor unidade de informação da linguagem binária utilizada pelo computador, representados pelo "0" (zero) ou pelo "1" (um) utilizados para o processamento de dados. Todos os arquivos eletrônicos se reduzem a cadeias seqüenciais de bits, sejam arquivos de textos, de sons, de imagens fixas ou de imagens em movimento. Um grupo de 8 *bits* dá origem a um *byte*, que representam os caracteres mais conhecidos das informações armazenadas no computador, como as letras e os números.

matemáticas, que combinam os resultados obtidos em cada bloco, é gerado um código hexadecimal de 32 dígitos, correspondentes a 16 caracteres hexadecimais, que funciona como uma espécie de “selo” de autenticação. Caso acrescentado ou suprimido um único *byte* no arquivo autenticado, consoante já notado, a execução do aplicativo sobre o arquivo alterado irá gerar um código hexadecimal completamente diferente do anterior. Mas enquanto não houver alteração, a execução do *MD5* sobre o arquivo produzirá sempre o mesmo código autenticador.

Sob o argumento de que a função de *hash* do *MD5* não seria completamente resistente a “colisões”, embora não ameaçando suas aplicações práticas, Hans Dobbertin, juntamente com Antoon Bosselaers e Bart Preneel, criaram, na perspectiva da União Européia, a função RIPEMD-160, uma evolução do projeto RIPE (*RACE Integrity Primitives Evaluation*), de 40 dígitos hexadecimais, correspondentes a 20 caracteres, considerada absolutamente segura para os próximos 10 anos ou mais. Do mesmo nível de segurança da RIPEMD-160 é também a função SHA-1 (*Secure Hash Algorithm*).

Como se vê, a execução de funções de *hash* por programas como o *Authenticator* constitui procedimento suscetível de perícia técnica. Para poder sustentar a alegação de que teria havido modificações no conteúdo original do arquivo, o acusado teria de produzir prova técnica em Juízo, executando a mesma função de *hash* sobre o arquivo que alega ser o “original”, de modo a obter o mesmo código hexadecimal, o que seria absolutamente impossível.

## **CAPÍTULO II - ASPECTOS LEGAIS**

### **Situando os termos da questão**

É possível que você alimente um certo pessimismo acerca das possibilidades de aceitação, pelos nossos tribunais, de provas obtidas por meio da apreensão de arquivos eletrônicos. Alguns colegas argumentam que não há jurisprudência a respeito, outros que não há previsão legal para a execução de rotinas voltadas à apreensão de dados armazenados em computadores.

Com esse tipo de pensamento não vamos realmente chegar a lugar algum.

A jurisprudência cria-se a partir de situações de fato e de direito em que seja provocada a manifestação do Poder Judiciário. Se não começarmos a apreender arquivos eletrônicos em razão da falta de jurisprudência, simplesmente jamais haverá jurisprudência sobre tal procedimento. Ela depende de nós, portanto, tanto quanto dos Juízes.

Quanto à falta de previsão legal para execução de rotinas de captura de dados informatizados, incumbe-nos o dever de criá-las, como servidores do fisco que somos, logicamente nos limites da legislação hoje existente e, a partir daí, buscar influir no aperfeiçoamento dessa legislação, inclusive com suporte nas experiências hauridas da própria execução dos procedimentos de fiscalização.

Em boa parte o pessimismo hoje existente decorre da frustração acarretada por decisão do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal no chamado “Caso PC”, a qual negou validade probatória a registros obtidos com a abertura de arquivos armazenados em computador apreendido. Ao apreciar a Ação Penal 307/DF, decidiu aquela corte, em 13 de dezembro de 1994, pela “inadmissibilidade, como prova, (...) de registros contidos na memória do microcomputador, obtidos por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal); (...) por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5º, X e XI da CF).” (DJ, 13-10-95)

A apreensão de dados armazenados em meio magnético (ambiente impropriamente chamado de “memória” na decisão do STF) poderia realmente ser tida como atentatória às garantias individuais, em especial ao direito de privacidade?

### **Em busca da melhor interpretação**

Não há respostas simples para a indagação levantada. Pois não se trata, aqui, de questão meramente jurídica, por estarem nela subjacentes os princípios basilares informadores do próprio ordenamento democrático. Com efeito, o que se discute aqui, no fundo, é a complexa compatibilização entre a necessidade de preservação dos direitos e garantias individuais, apanágio da civilização ocidental, e a necessidade preservação do interesse público ou do bem comum, finalidade essencial do ordenamento jurídico-democrático.

Tomemos, como ponto de partida, os incisos X, XI e XII do artigo 5º da Constituição Federal, dispositivos mais diretamente relacionados à matéria em discussão:

*“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”*

*“XI - a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”*

*“XII - é inviolável o sigilo de 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;”*

Tomando em consideração o conteúdo dos incisos X e XI, verifica-se não haver, em linha de princípio, qualquer restrição à atividade de fiscalização de tributos realizada no estabelecimento de contribuinte do imposto.

O estabelecimento é o local físico onde o contribuinte se instala para praticar atos de comércio, de produção ou de serviços, sendo por isso estranhos a esse ambiente os atos característicos de sua vida privada ou de sua intimidade. De presumir, então, que os computadores instalados nesse local nada mais são que ferramentas ou instrumentos de trabalho, entre tantos outros aí existentes. Logicamente outra seria a situação fático-jurídica, à luz do que prescreve o inciso XI acima transcrito, se esses computadores forem encontrados na residência do proprietário da empresa.

Tanto quanto os registros comerciais contidos em papéis, documentos e arquivos encontrados no estabelecimento da empresa, estão sujeitos à inspeção fiscal os dados informatizados contidos em computadores - ou em arquivos eletrônicos.

É o que se depreende, com efeito, da norma veiculada no artigo 195 do Código Tributário Nacional, no capítulo que trata da fiscalização:

*“Art. 195 - Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.”*

Ainda mais explícita, a Lei Estadual nº 6.374/89, em seu artigo 75, inciso I, alude expressamente ao dever de o contribuinte exibir ao fisco “arquivos magnéticos relacionados com o imposto”<sup>5</sup>, como se vê:

*“Art. 75 - Não podem embaraçar a ação fiscalizadora e, mediante notificação escrita, são obrigados a exibir os impressos, os documentos, os livros, os programas e os arquivos magnéticos relacionados com o imposto e a prestar informações solicitadas pelo fisco:*

*I - as pessoas inscritas ou obrigadas à inscrição no cadastro de contribuintes ou que tomem parte nas operações ou prestações sujeitas ao imposto;”*

Em contraponto a essa exigência, o artigo 78 do mesmo diploma legal atribui à fiscalização a faculdade de apreender arquivos magnéticos, entre outros materiais:

*“Art. 78 - Podem ainda ser apreendidos livros, documentos, impressos, papéis, programas e arquivos magnéticos com a finalidade de comprovar infração à legislação tributária.”*

Como se vê, pleno é o direito de o agente do fisco proceder ao exame e, se necessário, à apreensão de arquivos eletrônicos, estando ele no desempenho de seus misteres funcionais. Direito que não pode ser limitado por estar ele atuando no próprio local de atividade daqueles “comerciantes ou produtores” a que alude o transcrito dispositivo do CTN. Que naturalmente não é o local apropriado ao exercício das atividades características da vida privada, como já dito, estas próprias da casa ou domicílio das pessoas, cuja inviolabilidade é garantida pelo inciso XI do mesmo artigo da Constituição Federal.

Se uma relação de vendas pode ser apreendida pela fiscalização tributária, o que menos importa é o meio onde tais registros estejam assentados, se numa folha de papel ou em um arquivo eletrônico. O mesmo raciocínio se aplica em relação à escrita fiscal e contábil, que pode estar lançada em livros, formulários ou arquivos eletrônicos.

Mas e a questão do sigilo “de dados” versada no inciso XII?

Não se firmou ainda entendimento sólido a respeito, tanto na doutrina como na jurisprudência, forçoso é reconhecer. Mas a interpretação do termo “dados” não pode

---

<sup>5</sup> A expressão “arquivo magnético” tem sido tradicionalmente a preferida pelo legislador ao referir-se ao arquivo eletrônico. Esta última expressão, no entanto, parece mais apropriada ao atual estágio da evolução tecnológica no campo da informática, uma vez que acabaram sendo manufaturados meios de armazenamento não estritamente magnéticos, como no caso do CD-ROM.

de modo algum ser dissociada do contexto do dispositivo e da próprio capítulo da Carta Magna em que se acha inserido. É necessário, antes de tudo, definir qual o bem jurídico que o legislador constitucional buscou tutelar, sob pena de se concluir que qualquer dado, pelo só fato de estar registrado em meio magnético, estaria protegido por sigilo constitucionalmente assegurado.

A expressão “dados” deve ser necessariamente tida por reportada ao indivíduo e a seus direitos básicos, uma vez que o dispositivo está inserido no Capítulo I - “dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” -, que por sua vez é parte do Título II da Carta Magna - “dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Não teria o menor sentido, nesse contexto, interpretar “dados” como referidos às atividades do indivíduo enquanto produtor ou comerciante, como se o acesso a uma simples carta comercial, por exemplo, implicasse grave afronta ao direito do indivíduo à privacidade.

O que o dispositivo visa a assegurar, sempre no interesse dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, é a inviolabilidade do sigilo de quatro processos básicos de comunicação: o que se realiza por meio de correspondência e os que se realizam por meio de transmissões telegráficas, de dados e telefônicas.

Estão alcançadas pelo texto constitucional tanto as comunicações efetuadas por meio de correspondência como aquelas efetuadas por meio de equipamentos telegráficos, telefônicos e por quaisquer outros equipamentos de transmissão de dados (como entre computadores no ambiente da Internet), mas sempre comunicações cujo conteúdo esteja direta ou indiretamente relacionado à vida privada dos indivíduos.

Daí então que a expressão “de dados”, no dispositivo constitucional, deve ser tida como complementar do termo “comunicações” (locução adjetiva com função sintática de adjunto adnominal), como se vê *in litteris*: “comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas”. O legislador constituinte quis referir-se, assim, à comunicação de dados operada por meios outros que não simplesmente o telégrafo ou o telefone. E não, de forma genérica, a “dados”, termo que comportaria incontáveis interpretações possíveis, até mesmo aquela, entre tantas outras, que lhe empresta o significado de “dados informatizados”.

Não se trata, assim, nem de “dados” abstratamente considerados, e muito menos de dados armazenados em meio magnético. Tal equívoco resulta de considerar o referido termo completamente divorciado não apenas do contexto do enunciado literal do dispositivo constitucional como também do contexto em que se insere esse

dispositivo, concernente, como visto, aos direitos e garantias individuais. A própria circunstância de estar prevista, em sua parte final, a possibilidade de quebra do sigilo nas comunicações telefônicas mediante ordem judicial está a pressupor que o bem jurídico nele tutelado é o direito individual à privacidade.

Oportuno observar, nessa linha de raciocínio, que a inviolabilidade assegurada pela Carta Magna não está restrita apenas ao momento da ocorrência da comunicação, isto é, ao momento da transmissão de registros. Evidente que tal proteção continua a afetar o conteúdo transmitido, pois não haveria sentido em se preservar o direito à privacidade apenas durante o processo de comunicação e deixá-lo a descoberto uma vez encerrado esse processo.

O importante a se ter em mente na busca da melhor interpretação do termo “dados” é situá-lo como parte da contextura lógica e jurídica que lhe confere conteúdo significante. Nesse sentido, podemos concluir, em síntese, que o bem jurídico que o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal busca salvaguardar, entre outros, é o processo de comunicação de dados de caráter pessoal, tanto durante como depois de sua transmissão. Nada há, pois, na referida regra, que obrigue a pressupor a existência de uma conexão necessária do termo “dados” com arquivos de computador.

### **Erros de procedimento**

Isto posto, por que então a apreensão do computador no do “Caso PC” foi tida por atentatória à inviolabilidade da intimidade das pessoas, sendo os dados aí armazenados inadmitidos como provas de infração à legislação penal?

A resposta, na verdade, é muito simples.

É que essa apreensão se deu como conseqüência da entrada de agentes do fisco na casa do suspeito sem a indispensável autorização judicial. Tanto que os dispositivos constitucionais dados por violados na citada decisão do STF foram os incisos “X” e “XI” do artigo 5º: o primeiro que dá por invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, e o segundo que reputa a casa como “asilo inviolável do indivíduo”.

A prova não foi então admitida porquanto obtida por meio ilícito, como aliás firmado na sentença judicial, na qual também é invocado o inciso XVI do mesmo artigo 5º, que assim dispõe:

*“LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”*

Como visto, a decisão do STF não deu por contrariado o inciso XII, acima transcrito, justamente o dispositivo que assegura a inviolabilidade “da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.”

Em outras palavras, a evidência representada pela transcrição dos registros encontrados em meio magnético foi desqualificada como prova pelo STF não porque em qualquer circunstância tais dados deveriam ser presumidos por invioláveis apenas pelo fato de estarem armazenados em um computador, mas pela fato de haverem eles sido amealhados com ofensa a garantias consagradas nos incisos X e XI do artigo 5º da Constituição.

Outro aspecto a considerar no caso é que igualmente contribuiu para a decisão do STF o fato de a degravação ter sido efetuada “ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas”, consoante se verifica da parte final da ementa acima transcrita.

Embora o Min. Ilmar Galvão, relator do processo, não tenha explicitado de que modo a degravação teria implicado ofensa à inviolabilidade da intimidade do possuidor do computador apreendido, parece claro que a razão desse juízo estaria na ausência de autorização judicial para tal procedimento, ante a possibilidade de aí estarem armazenados dados de caráter pessoal.

Este último aspecto se reveste de extrema importância.

O fato de estar o computador instalado no interior de uma residência leva à presunção, por sinal bastante razoável, de que nele poderiam se conter dados pessoais de seu possuidor. Daí então que, para sua degravação, seria indispensável, se não a autorização judicial, ao menos a autorização do próprio possuidor.

Por tudo que se viu até este passo, parece claro que a proclamação da inadmissibilidade da prova por parte do STF originou-se de duas razões básicas:

- violação do domicílio do possuidor do computador; e
- falta de autorização judicial ou de consentimento do possuidor do computador para abertura dos arquivos aí contidos.

Trata-se, seja salientado por relevante, de razões de conteúdo meramente procedimental. Houvessem sido adotados procedimentos adequados, teria sido possível emprestar faculdade probatória à transcrição dos dados arquivados no computador então apreendido.



### **CAPÍTULO III – PADRÕES BÁSICOS DE COMPORTAMENTO DO AGENTE DO FISCO**

A conclusão do capítulo anterior nos remete à preocupação fundamental deste trabalho: a criação de uma metodologia adequada para o processo de apreensão de arquivos eletrônicos armazenados em computadores dos contribuintes, como parte da atividade de fiscalização de tributos. Ou seja, precisamos sair da teoria e ir para a prática. E aí todo cuidado será pouco.

Por maior que tenha sido seu convencimento pessoal em relação ao entendimento que acaba de ser exposto, não aja de modo precipitado. O tema é delicado e ainda suscita controvérsias.

Por isso, torna-se indispensável a fixação de padrões de comportamento bem definidos a serem observadas pelo agente do fisco durante o tempo de sua permanência no estabelecimento do contribuinte. Estes os padrões que nos parecem essenciais à vista do momento atual:

**Regra n.º 1** - Justificativa razoável para o procedimento de apreensão

**Não efetuar a apreensão de arquivos eletrônicos sem um motivo razoável para justificar esse procedimento.**

Este padrão significa que você não deve executar procedimentos de seleção e cópia de arquivos de forma aleatória e indiscriminada, sem uma razão objetiva que justifique essa modalidade de ação fiscal.

No caso de um flagrante infracional, como no exemplo que utilizamos no preâmbulo deste trabalho, será sem dúvida esse o motivo razoável para você se decidir pela apreensão de arquivos eletrônicos.

Não sendo esse o caso, o motivo poderá ser um expediente relatando uma denúncia fundamentada de sonegação fiscal ou dados levantados por uma pesquisa no banco de dados da Secretaria da Fazenda evidenciando distorções no comportamento fiscal do contribuinte, como saldos credores continuados, proximidade entre créditos e débitos, índice de valor acrescido muito abaixo da média do setor econômico etc.

Tais dados poderão ser de grande utilidade na hipótese de seu procedimento vir a ser futuramente questionado pelo contribuinte.

**Regra n.º 2 - Irrelevância da autorização do contribuinte para a cópia**

**Efetuar a seleção e cópia dos arquivos independentemente da autorização do contribuinte.**

Havendo razão para tanto, você procederá em relação aos arquivos eletrônicos do mesmo modo como costuma agir numa ação de impacto voltada para a coleta de documentos e papéis potencialmente reveladores da prática de irregularidades fiscais. Nessa hipótese não pode haver distinção entre arquivos físicos e arquivos eletrônicos.

Mas note bem: trata-se aqui de cópia e não de abertura, de leitura ou de transcrição de arquivos eletrônicos. Como sabido, durante o procedimento de copiagem não se tem acesso ao conteúdo desses arquivos.

Este o motivo pelo qual a autorização do contribuinte não se põe como relevante, do mesmo modo que não seria ela relevante no caso de você chegar a um estabelecimento varejista e começar a apreender as comandas encontradas ao lado da caixa registradora.

Como você percebe, seu procedimento em relação aos computadores existentes no estabelecimento em nada difere daquele você adotaria em relação às evidências materiais de sonegação fiscal.

Importante que a atuação do agente do fisco nessa hipótese seja firme e resoluta (mas sem excessos, é claro), até porque a cautela excessiva poderia ajudar a criar a errônea impressão de que os dados armazenados em computador estariam imunes da ação do fisco, o que em absoluto não é verdadeiro.

**Regra n.º 3 - Importância do acompanhamento pelo contribuinte**

**Solicitar ao contribuinte ou a um funcionário que acompanhem o processo de seleção e cópia de arquivos**

É extremamente importante que, durante o processo de seleção e cópia dos arquivos, seu trabalho seja acompanhado pelo contribuinte ou por funcionário do estabelecimento, de forma a atestar não ter havido abertura, leitura ou transcrição do conteúdo de qualquer arquivo e muito menos qualquer intervenção no conteúdo dos dados.

Os problemas que o agente do fisco terá em relação a esse acompanhamento, como eventual recusa, são exatamente os mesmos que teria numa ação de impacto em que, após o acondicionamento de livros e documentos em caixas de papelão, o

contribuinte se recusasse a apor sua assinatura por sobre os lacres e até mesmo no Auto de Apreensão de Livros e Documentos. Eventual recusa nesse sentido você deverá supri-la com a convocação de testemunhas ou, na pior das hipóteses, com o registro dessa circunstância no campo das notificações ou dos termos fiscais.

Mas se o contribuinte se recusar a acompanhar a rotina executada pela fiscalização e for problemática a convocação de testemunhas, de modo algum você deve executar os procedimentos de seleção e cópia de arquivos. Uma das alternativas possíveis seria a solicitação da presença de autoridade policial no estabelecimento. Em situações mais graves, como na hipótese de abandono do estabelecimento, você deverá procurar repartição policial mais próxima onde solicitará a emissão de Boletim de Ocorrência destinado à preservação dos direitos do fisco.

Somente em situações extremas como essa é que você promoverá a apreensão, lacração e remoção de computadores para a repartição fiscal, circunstância que costuma causar enormes desgastes na relação fisco-contribuinte. De todo modo, se não houver outra solução, fique desde já alertado para um procedimento que em hipótese alguma deve ser adotado: a deslactração e abertura dos arquivos sem autorização judicial ou, se concedida esta, sem a presença de testemunhas.

Se devemos aprender com os nossos próprios erros, este último tem-nos muito a ensinar. Tome-se, à guisa de exemplo, a situação descrita no Processo DRT.3-1093/95, tendo recurso do contribuinte sido julgado pela 6ª Câmara do Tribunal de Impostos e Taxas na data de 15.10.98. Porque a abertura dos arquivos armazenados em computador apreendido realizou-se na ausência do contribuinte e de testemunhas, a prova representada pela transcrição de tais arquivos acabou sendo desqualificada por aquele colegiado e decretada, por unanimidade, a improcedência da ação fiscal (Boletim TIT nº 328).

**Regra n.º 4 – Lacração dos arquivos apreendidos na hipótese de recusa**

**Na hipótese de falta de autorização para abertura dos arquivos apreendidos, efetuar a lacração do disco ou disquete de destino.**

Além de argumentar que a expressão “dados”, incluída no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, refere-se a registros armazenados em computador, sendo portanto necessária a autorização judicial para o acesso a tais registros, o contribuinte poderá recusar-se a permitir a abertura dos arquivos apreendidos, a pretexto de que

nele se contêm dados de caráter pessoal ou até mesmo, digamos, “informações comerciais confidenciais”.

Você deverá contra-argumentar sustentando que o Código Tributário Nacional e a Lei 6.374/89 lhe asseguram o direito a esse acesso e, ainda, que os computadores encontrados no estabelecimento da empresa presumem-se destinados a acumular apenas dados comerciais e não pessoais.

Justamente para afastar esse tipo de argumentação, por vezes ouvida durante a execução de procedimentos de apreensão de arquivos eletrônicos no ambiente do estabelecimento das empresas, é que foi acrescentado o § 8º ao artigo 67 da Lei 6.374/89, nos termos seguintes:

*“§ 8º - “Para fins do disposto neste artigo, presumem-se de natureza comercial, quaisquer livros, documentos, papéis, efeitos comerciais ou fiscais, programas e arquivos armazenados em meio magnético ou em qualquer outro meio, pertencentes ao contribuinte.” (acrescentado pelo inciso VI do artigo 2º da Lei Estadual nº 10.619, de 19.07.2000).*

Todavia, se mesmo assim o contribuinte se mostrar refratário a seus argumentos, recusando-se a autorizar a abertura dos arquivos apreendidos, você providenciará, *ad cautelam*, a lacração do disco ou disquete onde estiverem armazenados esses arquivos, lavrando o competente termo.

Mais tarde, com a ajuda da Procuradoria Fiscal, da Polícia Fazendária ou do Ministério Público, você procurará obter a competente autorização judicial para promover a deslacração, abertura e transcrição daqueles arquivos.

**Antonio Carlos de Moura Campos,**  
**Delegado Regional Tributário da Capital (São Paulo)**

**A  
INVESTIGAÇÃO  
CRIMINAL DIANTE  
DAS ORGANIZAÇÕES  
CRIMINOSAS E O  
POSICIONAMENTO  
DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO**

*Arthur Pinto de Lemos Júnior*



**Arthur Pinto de Lemos Júnior**

# **A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIANTE DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O POSICIONAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

## **I – INTRODUÇÃO:**

Resulta claro que a investigação criminal antecede a fase processual e visa a preparar a ação penal, através da dinâmica e incessante busca das provas que viabilizam a reconstrução dos fatos delituosos acontecidos, sendo importante observar que, desde a fase investigatória, já se aplica o básico princípio da busca da verdade real.

Com o aparecimento de uma *notitia criminis*, considerando-se a prescindibilidade da manifestação de vontade do ofendido, surge para o Estado o encargo de esclarecer o fato criminoso ocorrido e satisfazer o anseio social no sentido de ninguém permanecer impune. Invocando o magistério de Frederico Marques, a finalidade concreta da persecução penal “*é, como diz Roux, não deixar impunes os crimes cometidos e impedir que inocentes sejam condenados. ... A descoberta da verdade se apresenta, assim, com meio e modo para reconstrução dos fatos que devem ser julgados, e, conseqüentemente, da aplicação jurisdicional da lei penal.*”<sup>1</sup>

Por vezes, a atividade investigatória é reduzida a pouquíssimos atos e não há dificuldade para o esclarecimento do delito, propiciando, destarte, o rápido oferecimento da ação penal.

Há situações, inclusive, em que a ação penal prescinde de qualquer movimentação investigatória, na medida em que, eventualmente, a simples apresentação de

---

<sup>1</sup> “Elementos de Direito Processual Penal”, volume I, Bookseller Editora, 1ª edição, 1997, p. 69.

documentos comprobatórios de um fato criminoso poderá ser o bastante para justificar uma acusação formal por parte do *dominus litis*.

No entanto, invocando a lição de Aury Lopes Jr, em outras situações, que representa a maioria e é justamente o que interessa ao presente trabalho, “o processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista”. Isto porque deve-se, “em primeiro lugar, preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não-processo. É um grave equívoco que primeiro se acuse, para depois investigar e ao final julgar.”<sup>2</sup>

Os ensinamentos acima tornam-se imprescindíveis quando se tem em mira os delitos cometidos por organizações criminosas.

Pretendemos, pois, analisar a investigação criminal frente a realidade do crime transacional e organizado, dando maior ênfase a atuação do Ministério Público neste mister.

Desde já, ponderamos que a investigação criminal brasileira na atualidade tem sido pífia, sem criatividade e, sobretudo, insuficiente à árdua repressão criminal. É que os delitos, mormente aqueles cometidos por organizações criminosas, desde o final do século XX até o início do presente, apresentam-se de forma complexa e, raras vezes, o órgão oficial incubido da persecução penal consegue êxito em responsabilizar os verdadeiros envolvidos.

De fato, com o fenômeno do crime organizado, a importância da investigação criminal acentuou-se. O modelo de investigação criminal tradicional não tem alcançado o objetivo almejado. A situação de uma equipe de dois ou três investigadores de polícias saírem às ruas em busca de informações sobre o delito, ou a pernicioso utilização dos gansos (informantes constantes da polícia), é, sem dúvida alguma, útil para o esclarecimento de delitos sem qualquer complexidade, tais como alguns assaltos, homicídios, furtos, etc. Entanto, quando um crime de roubo resulta de uma das atividades de uma organização criminosa, se se pretende punir os verdadeiros autores do delito, há que se buscar outras alternativas para o trabalho de investigação criminal.

A Legislação Penal brasileira tem se ocupado em oferecer uma resposta à globalização e à criminalidade organizada – para grande parte da doutrina: temos, tão

---

<sup>2</sup> “Sistemas de Investigações Preliminar no Processo Penal”, Lumen Juris, RJ, 2001, p. 1.



somente, o Direito Penal simbólico. Novos delitos são tipificados; em alguns crimes as penas ganham uma maior severidade ou um rigor maior em sua punição. Enfim, tem-se procurado estabelecer um sistema de intimidação maior, sem, contudo, qualquer efeito na solução do avanço da criminalidade<sup>3</sup>.

Felizmente nossa legislação consagra e exige o respeito ao Estado de Direito, notadamente os direitos constitucionais do cidadão bem expressos na Constituição da República. Os doutrinadores brasileiros não descuidam, igualmente, desse tema. Resta agora, investir no modelo da investigação criminal brasileira, que deve ser repensada, melhor organizada, valer-se de métodos legislativos que propiciem a utilização de meios eficazes e de tecnologia moderna<sup>4</sup>. Na verdade, trata-se da complicada “ponderação entre os interesses da *funcionalidade* e *garantia*, tendo como limite a indispensabilidade ao máximo daquelas garantias que se fizerem necessárias para a tutela da dignidade humana” ... “as finalidades de política criminal devem mover-se dentro das balizas postas pelo vetor garantia – principalmente aquela representada no respeito pela inviolável dignidade da pessoa humana -, mas com a consciência da necessidade de superação de todas aquelas garantias que, mesmo dizendo respeito a direitos e garantias pessoais, possam ser dispensadas.”<sup>5</sup>

Dentro desse panorama, é que surge o difícil papel do Ministério Público que, tradicionalmente, aguarda o encerramento da investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária, para, só então e eventualmente, propor a ação penal.

Esse posicionamento ministerial tem sido já alvo de modificações, embora haja significativa resistência dentro de cada Ministério Público brasileiro. Essa reformulação não pode ser tímida. Deve o Ministério Público assumir seu constitucional e exclusivo ofício de promover a ação penal pública e zelar,

---

<sup>3</sup> Muito interessante a menção feita pelo Desembargador aposentado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, Dr. Alberto Silva Franco, a Félix Herzog, quanto a inutilidade do agravamento da lei penal: “*O Direito Penal – permita-me a alusão a uma citação de Karl Marx – converte-se assim num médico que, no leito de enfermo do capitalismo global tardio, sem diagnóstico, trata inutilmente de curar os sintomas com meios cada vez mais severos.*” In “Temas de Direito Penal Econômico”, RT, Organizado por Roberto Podval, p. 269.

<sup>4</sup> Para o Promotor de Justiça, Fauzi Hassan Chouker, há “descompasso entre as práticas quotidianas da investigação criminal e os primados culturais lançados na Constituição, com seus respectivos reflexos na investigação preparatória ao exercício da ação penal” (in *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*, editora Lumen Juris, 2ª edição, p. 263). Ressalva, contudo, o Dr. Fauzi que a Polícia Civil do Estado de São Paulo tem procurado humanizar sua atuação, como pode ser visto pela publicação da Portaria DGP 18/98.

<sup>5</sup> Fernando Fernandes, in “*O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*”, Coleção Teses, Almedina – Coimbra, agosto de 2001.

efetivamente, pela fase pré-processual, notadamente quando o delito a ser investigado resultar da atuação de uma organização criminosa.

Este trabalho, pois, tem a preocupação de analisar o papel do Ministério Público na investigação criminal levada a efeito por organizações criminosas.

## II- A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO RASTRO DO CRIME ORGANIZADO:

Muitas são as dificuldades encontradas durante a investigação criminal no âmbito do crime organizado. Todas decorrentes das características particulares desse tipo de delinqüência.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro ainda não tenha definido a figura do crime organizado<sup>6</sup>, a doutrina parece consentir quanto às suas características principais, as quais merecem menção dada a influência no campo da investigação criminal<sup>7</sup>:

- *a estrutura hierárquico - piramidal*, sempre com, no mínimo, três níveis, com a presença de um chefe, sub-chefe/conselheiro, de gerentes, “aviões” e do lavador de dinheiro;
- *a divisão de tarefas* entre os membros da organização, como decorrência de outra característica, *a diversificação de atividades*;
- *a restrição de seus membros*, isto para melhor controlar a atuação, vale dizer,

---

<sup>6</sup> De forma interessante, o Promotor de Justiça, Mário Antonio Conceição, em seu artigo “O Crime Organizado e Propostas Para Atuação do Ministério Público”, inserido no site brasileiro, “*Jus Navigandi*”, em abril de 2000, ao citar o Professor Dr. Luiz Flávio Gomes (Boletim IBCCrim nº 12), diz: “*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 Legislação, 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*”.

De outra maneira, o sociólogo Guaracy Mingardi, em sua obra, “O Estado e o Crime Organizado”, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais 1998, São Paulo, p. 82, define: “*é um grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierárquica própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e divisão de lucros*”.

Defendemos a necessidade do legislador definir o conceito de crime organizado, sem o que fica inócua, por exemplo, a aplicação contida no art. 1º, inc. VII, da Lei nº 9.613/98 – Lei de Lavagem de Dinheiro. A esse respeito, concluiu com lucidez Carlos Frederico Coelho Nogueira: “*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 arbítrio do julgador, de cada autoridade policial, de cada membro do Ministério Público*” – in Revista Jutitia, volume 172/13-21.

<sup>7</sup> As características das organizações criminosas foram objeto de análise pelo Dr. Marcelo Mendroni, durante o Grupo de Estudo “Campos Sales” do Ministério Público do Estado de São Paulo, em Campinas, em 1997.

apenas pessoas de absoluta confiança podem integrar uma organização criminosa;

- o envolvimento de *agentes públicos*;
- a busca constante de *dinheiro e poder*, além do emprego da *lavagem do dinheiro* criminoso.

A *hierarquia* entre os integrantes de uma organização criminosa e seu constante aprimoramento, nos moldes de uma grande “empresa”, permite que o executor de um delito não tenha qualquer contato com o líder-chefe, que se encontra no ápice da *pirâmide*. A *divisão de tarefas* facilita o pouco contato do líder com os que estão na base da organização, de sorte que seu contato se basta em transmitir ordens ao sub-chefe ou gerente do grupo.

Diante desse perfil de atuação, o alvo da investigação nunca será visto lidando com o fato ilícito o que dificulta o ofício investigatório.

O Desembargador aposentado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Alberto Silva Franco, também é enfático em dizer da dificuldade da investigação criminal nos delitos econômicos e financeiros, cometidos por uma *“sofisticada estrutura organizacional”*. Após mencionar os tipos de crimes cometidos pelas organizações, o Desembargador comenta: *“Tais formas de criminalidade não decorrem frequentemente da ação visível de uma pessoa ou de um grupo bem caracterizado de pessoas o que dificulta sobremaneira a apreensão e captação das atividades postas em prática.”*<sup>8</sup>

Cumprе admitir outra realidade: o líder de uma organização criminosa, na grande maioria das vezes, tem uma conduta social de destaque na comunidade, pois mora bem, tem bons carros, freqüenta locais onde estão executivos de sucesso e pessoas influentes nos diferentes Poderes Públicos. Atualmente, inclusive, têm conseguido colocações no Poder Legislativo, seja elegendo adeptos de seus Grupos, seja financiando campanhas.

Oportuno citar novamente a obra de Mingardi, quando analisa as atividades mafiosas e salienta a aceitação da sociedade com relação ao comportamento de seus integrantes: *“os mafiosos não passavam de servos de uma sociedade hipócrita, eram os intermediários que proporcionavam os prazeres e as fugas que o público que o*

---

<sup>8</sup> Ob. citada, p. 260.

*público exigia e a lei proibia*<sup>9</sup>.

Em palavras práticas, o dono de uma grande rede de supermercados, responsável pela encomenda de uma determinada carga de mercadoria à assaltantes, nunca é visto ao lado de marginais, sobretudo porque frequenta a alta sociedade de sua cidade; o mesmo acontece com o grande comerciante de drogas de uma dada localidade; e ainda com o policial que recebe dinheiro para não incomodar uma certa modalidade criminosa; este policial geralmente é visto nos Gabinetes do Fórum e se apresenta como rigoroso com aqueles delinquentes eventuais, numa falsa demonstração de eficiência policial.

Outro traço característico da atuação do crime organizado, também aceito pela unanimidade da doutrina, é o *envolvimento de Agentes Públicos*. Estes quando não participam efetivamente do grupo são corrompidos para viabilizar a execução dos atos ilícitos. Na medida em que atuam e crescem, os grupos criminosos não conseguem mais prescindir do auxílio dos agentes públicos. Bem significativa a menção do sociólogo Mingardi ao invocar a expressão de Paul Castelano, líder da Máfia de *New York*: “*Eu já não preciso mais de pistoleiros, agora quero deputados e senadores*”<sup>10</sup>.

No mesmo sentido tem falado a doutrina internacional: “*Na moderna criminalidade organizada tem, de outra parte, uma vital necessidade de sustentação dos expoentes do mundo político que – em troca de votos eleitorais – asseguram empreitadas de obras públicas nas quais investem os capitais de proveniência ilícita, desde que intervenham junto a magistrados corruptos ou corruptíveis para obtenção da absolvição nos processos dos expoentes da organização.*”<sup>11</sup>

E quanto maior a presença de funcionários públicos na atuação criminosa, maior serão as dificuldades no mister investigatório. Seja em razão do possível corporativismo, seja em razão da situação do delito ser cometido com maior cuidado. Esse fenômeno, aliás, é um dos responsáveis pela devastadora quebra de confiança na administração pública e da Justiça, de uma forma geral.

Ainda, a situação de se buscar sempre a *obtenção de dinheiro e de poder*, além da utilização da *lavagem de dinheiro* como forma de esconder o lucro, dificulta a visualização do delito ocorrido e impede o desmantelamento da organização. Jorge

---

<sup>9</sup> Ob. já citada, p. 79.

<sup>10</sup> Ibidem, página 66.

<sup>11</sup> Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, mencionados por Alberto Silva Franco, obra já referida, p. 267.

Alexandre Fernandes Godinho não tem dúvida em concluir que, *“em termos criminológicos, verifica-se que a problemática do branqueamento de capitais está sobretudo ligada à criminalidade organizada, em especial se se entender esta como a que desenvolve uma actuação ilícita permanente, com intuito lucrativo”*.<sup>12</sup>

De fato, o dinheiro lavado será sempre usado no aperfeiçoamento e desenvolvimento da prática criminosa, investimento esse que jamais será visto facilmente pelos meios repressivos estatais. Aliás, foi a constatação desse fato que levou a convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, mais conhecida como Convenção de Viena, em 1988, a criminalizar a conduta da lavagem de dinheiro<sup>13</sup>.

À confirmar esse posicionamento, Alberto Silva Franco, invocando o estudo do Professor José Faria Costa e ao tecer considerações acerca do crime transnacional, defende a existência de um grupo *“que tem como fim primeiro estabelecer a lavagem de todo o dinheiro ilegalmente conseguido. Operam-se, por conseguinte, ligações com instituições bancárias, com cassinos e ainda com outras sociedades legalmente constituídas. É o grupo que funciona como placa giratória entre o mundo criminoso e o normal e comum viver quotidiano. O que tudo demonstra a forma particularmente racional e elástica deste tipo de organização. Tão elástica e tão fluída que o fato de algumas vezes se destruir um grupo não quer de modo algum significar que toda a rede tenha sido afetada.”*<sup>14</sup>

De outro ângulo, qualquer um sabe que haverá sempre e sempre um Advogado experiente, conhecedor dos mecanismos processuais que podem facilitar a Defensoria e dificultar o trabalho da acusação. A experiência dos casos travados no dia-a-dia do combate ao crime organizado revela que, desde o início, será tentado, via *habeas corpus*, uma liminar para que o indiciamento seja evitado; após, através da mesma via, será buscado o trancamento da ação penal; e daí por diante; todas as medidas jurídicas cabíveis e imagináveis serão buscadas para que aquele *bom* acusado não seja julgado com eficiência e sobretudo agilidade.

Não se quer criticar esse direito processual do Investigado. A possibilidade de defesa

---

<sup>12</sup> “Do Crime de Branqueamento de Capitais – Introdução e Tipicidade”, Editora Almedina, Coimbra, 2001, p. 250.

<sup>13</sup> Em decorrência dessa Convenção surgiu a Lei nº 9.613/98, que dispôs sobre o crime de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens e valores. A partir de 1988, no mundo inteiro surgiram várias agências destinadas a fiscalização das condutas suspeitas no âmbito da lavagem de dinheiro. E tais agências, atualmente, têm tido um papel decisivo no descobrimento dos delitos em questão.

<sup>14</sup> Obra citada, p. 260.

e o acompanhamento da investigação criminal são coerentes com os princípios do contraditório e da presunção de inocência.

Frisamos apenas que na investigação de um delito comum raramente há resistência do Investigado na fase pré-processual. E quando se tem em mira um integrante de organização criminosa, o panorama é bem diferente. Podemos, inclusive, dizer que o próprio Poder Judiciário analisa com redobrado cuidado todas suas decisões. O dia-a-dia do trabalho de investigação criminal, ao menos na Justiça do Estado de São Paulo, autoriza essa assertiva.

Merece registro também outra característica das organizações criminosas: *“a utilização de meios de violência para intimidação de pessoas ou exclusão de obstáculos, com imposição do silêncio que assegure a clandestinidade, ocultação e impunidade das ações delituosas praticadas”*.<sup>15</sup>

O medo de retaliação é, sem dúvida, um grande obstáculo. Ele afasta não só a possibilidade de se obter relatos importantes de testemunhas, como também impede a delação dos envolvidos no grupo organizado. E, nestas situações, o integrante da organização não confia nem mesmo em eventual proteção do Estado<sup>16</sup>, posto que ele acredita que irá morrer, caso relate as atividades criminosas em que esteve envolvido.

Por fim, todas essas considerações são mais que suficientes para evidenciar e acentuar a preocupação com a investigação criminal no âmbito do crime organizado.

Não foi por outro motivo que, no mundo inteiro, como se verá mais adiante, houve preocupação de se adequar a legislação processual penal a uma nova realidade, notadamente no que diz respeito aos meios de investigação criminal. Com destaque, houve e ainda há na legislação mundial uma tendência de potencializar os meios e os poderes do responsável pela investigação criminal; tudo para que o crime cometido por organização criminosa possa ser cabalmente esclarecido. E em razão dessa evolução legislativa mundial, houve um combate sistemático em vários países à criminalidade organizada, que persiste nos dias de hoje.

Indiscutivelmente, diante da presença dos crimes cometidos por delinquentes

---

<sup>15</sup> Walter Fanganiello Maierovitch, “A Ética Judicial no Trato Funcional com as Associações Criminosas que seguem o Modelo Mafioso”, RT 694/444, 1993, SP.

<sup>16</sup> A Lei Federal nº 9.807/99 estabelece normas para os programas de proteção às vítimas e testemunhas e já foi regulamentada em nível estadual pela Lei 10.354/99 e pelo Decreto 44.214/99. Os programas de proteção, ao menos no Estado de São Paulo, já estão sendo, invariavelmente, utilizados por Promotores de Justiça e Delegados de Polícia – especialmente na proteção de testemunhas.

profissionais, integrantes de verdadeiras empresas criminosas, a análise da investigação criminal ganha outra dimensão, muito mais exigente, muito mais árdua. Definitivamente, o modelo atual de investigação criminal só serve para satisfazer a impunidade dos grandes e organizados criminosos. Por isso, não só o legislador deve procurar aprimorar os meios investigatórios, mas, sobretudo, desde ontem, deve o Promotor de Justiça Criminal, sem prejuízo do trabalho investigativo da Polícia Judiciária, acompanhar e orientar todos os atos tendentes ao esclarecimento de um delito cometido por grupos organizados, seja através de Procedimento ministerial, seja através do inquérito policial.

### III-A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL:

De acordo com a Constituição Federal da República, o Ministério Público é o órgão encarregado de iniciar e movimentar a ação penal pública, além de defender os interesses individuais indisponíveis, difusos, coletivos e sociais (artigos 127 e 129 da C.F.).

Cumpramos relembrar a atuação do Ministério Público na área criminal **antes** do advento da Constituição Federal da República de 1988, comparando-a com a **atual** postura, com o objetivo de rever os reais objetivos ministeriais na área criminal.

Permanece na mente de todo bacharel em Direito que a origem da atuação do Ministério Público ocorreu na área penal e, durante muito tempo, ao menos até antes da promulgação da atual Constituição Federal, foi no âmbito criminal que as principais atividades ministeriais estiveram centralizadas. De fato, no exercício de uma parcela da soberania do Estado, o Ministério Público era conhecido e reconhecido, tão somente, como o titular e o responsável pela ação penal. À figura do Promotor de Justiça atribuíam-se o papel do “condenador implacável” e do “coleccionador de penas”, isto exatamente em razão de sua veemente atuação na área criminal.

Como dito, após o advento da Constituição Federal de 1988, ampliou-se significativamente a legitimidade ativa do Ministério Público. A partir de então, foi na defesa intransigente dos interesses indisponíveis, difusos e coletivos, relacionados com o patrimônio público, com a improbidade administrativa, com o meio ambiente, direito do consumidor, etc, que o Ministério Público passou a melhor organizar-se e a priorizar sua atuação. E foi nessa área que o *parquet* resgatou sua imagem social de *representante do povo e defensor da comunidade*. Nas áreas mencionadas, o Promotor

de Justiça aproximou-se do cidadão e das entidades públicas e privadas de um modo geral, passando a receber diretamente destes seus reclamos através de inúmeras representações.

Os Ministérios Públicos dos Estados, notadamente o de São Paulo, criaram as Promotorias de Justiça da Cidadania, da Habitação, do Consumidor, do Meio Ambiente, do Deficiente Físico, da Infância e Juventude e do Idoso, as quais passaram a proteger os interesses indisponíveis em suas respectivas áreas, instaurando inquéritos civis com fundamento na Lei 7.347/85, e propondo ações civis públicas, instruídas com elementos de convicção obtidos pelo próprio Promotor de Justiça. Regulamentou-se, em seguida, o trâmite do inquérito civil público, sendo que no Estado de São Paulo, por força do Ato nº 19/94 – CPJ, de 25.02.1994, por exemplo, ao arquivar um inquérito civil público, o Promotor de Justiça tem que submeter sua manifestação à homologação do Colendo Conselho Superior do Ministério Público.

E tem sido nessa área de atuação - a defesa dos direitos difusos e coletivos - que o Ministério Público tem conseguido cumprir efetivamente sua missão maior de representar os interesses coletivos e difusos da sociedade.

Conquanto seja verdade que o Ministério Público jamais deixou de atuar na área penal, através das Promotorias de Justiça Criminais, é inapelável reconhecer que hoje essa função institucional não tem sido o suficiente para atender aos interesses e anseios da sociedade, relacionados com a questão da segurança pública do Estado, mormente no combate à criminalidade organizada.

Forçoso reconhecer que as Promotorias de Justiça Criminais, como um todo, ordinariamente, têm iniciado a ação penal com fulcro nas informações colhidas em autos de inquéritos policiais e, em Juízo, têm tentado, unicamente, confirmar tais elementos de prova. Ao mesmo tempo, pouco tem sido feito como contribuição ao aperfeiçoamento da Polícia Judiciária. Esse quadro, indubitavelmente, favorece o cuidadoso agente do crime, que constitui Advogado para acompanhar de perto todos passos das investigações policiais e, normalmente, cuida de tentar desviar a investigação a favor de seus interesses.

A Constituição Federal concedeu ao Ministério Público o controle externo da polícia. Porém, *data máxima vênia*, esse poder - dever não resolveu o problema da corrupção policial. Tampouco houve significativo aprimoramento da persecução penal.<sup>17</sup> A criminalidade organizada, após o advento do controle externo, não está sendo



combatida de maneira mais eficaz.

Esse modelo tradicional da atuação ministerial, efetivamente, não tem servido para o combate à criminalidade.

#### **IV- A IMPRESCINDIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO**

Inegavelmente, a questão relacionada com a segurança pública e a atuação do *representante da sociedade* na área criminal não pode mais prescindir de relacionar-se com a investigação das organizações criminosas.

No Ministério Público do Estado de São Paulo criou-se, em 1995, o GAECO - Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado<sup>18</sup> - que passou a ser integrado por Promotores de Justiça Criminais especialmente designados pelo Sr. Procurador Geral de Justiça.

Nesse passo, cumpre registrar que a polícia civil do Estado de São Paulo demorou muito para reconhecer a existência do crime organizado entre nós. Essa afirmativa pode ser constatada através dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI da Assembléia Legislativa que, em 1995, reuniu-se para discutir a questão do crime organizado; naquela oportunidade, o então Delegado Geral de Polícia negou a existência de organizações criminosas entre nós; esse fato mereceu o registro na obra de Guaracy Mingardi.<sup>19</sup> Em 1996, ainda como Promotor de Justiça na Comarca de Campinas, ao participar de um debate comemorativo dos 20 anos de existência de um noticiário matutino de uma emissora de televisão, o então Delegado Regional de Polícia de Campinas também sustentou a inexistência do Crime Organizado em Campinas e no Estado de São Paulo. Pouco depois, em 1999, através da atuação da CPI do Narcotráfico em Campinas, criada na Câmara dos Deputados Federais, ficou

---

<sup>17</sup> Compartilha do mesmo entendimento o Dr. Fauzi Hassan Choukr, ao abordar a questão do controle externo da Polícia Judiciária: "... esta forma de controle, pouquíssimo operada na prática, tem sido alvo de constantes atritos entre os próprios órgãos estatais, e em nada modificou para positivo o "direito vivido" na investigação criminal" (obra já citada, p. 259).

<sup>18</sup> O GAECO foi criado em 1995, através do Ato nº 76/95 - PGJ, alterado pelo Ato nº 103/96; atualmente, é integrado por cinco Promotores de Justiça da Capital; hoje outros Estados também criaram Grupos Especiais de Atuação na Repressão ao Crime Organizado, valendo-se da mesma sigla, GAECO, numa nítida aprovação da idéia e da filosofia de trabalho, além de indicar a aprovação do trabalho que vem sendo realizado.

<sup>19</sup> Obra já citada, p. 37.

revelado que a região metropolitana dessa cidade reunia o pólo de destaque da atuação do crime organizado e da lavagem de dinheiro.

Essa demora da Polícia Civil em reconhecer a atuação do crime organizado como sendo um dos fatores responsáveis pelos altos índices de criminalidade no Estado, associada ao distanciamento do Ministério Público, possibilitaram uma melhor estruturação por parte das organizações criminosas. Assim, não é à toa, resta ainda muito para o combate ao crime organizado.

Como se isso já não fosse o bastante, necessário ainda admitir que, de uma forma geral, a Polícia Civil não instrui inquéritos policiais voltados a identificar responsáveis por organizações criminosas. No Estado de São Paulo, mesmo através dos Departamentos Especializados da Polícia Civil, como o DENARC, DEPATRI, DHPP, etc, ainda têm sido poucas as ações penais propostas contra delinquentes responsáveis pelas organizações dos delitos e seus esquemas de atuações.

Graves delitos são investigados e, muitas vezes, perigosos criminosos são surpreendidos e detidos. Contudo, a investigação policial, na maioria das vezes, não transcende da pessoa que está sendo surpreendida. E, assim, a organização criminosa atuante no crime acaba não sendo identificada.

Ao mesmo tempo, necessário reconhecer também que, graças ao profissionalismo que se tem tentado implantar nas diferentes Secretarias de Estados da Segurança Pública, como a do Estado de São Paulo, a qual, com recursos modernos de informática, tem mapeado os locais e horários de alguns dos principais crimes ocorridos na Capital e nas grandes cidades, tem havido um aprimoramento na atividade de policiamento ostensivo. Há um visível aumento no número de pessoas presas.<sup>20</sup>

Assim, as prisões são efetuadas com frequência e quase todos os dias temos notícias a respeito. Nesse passo, é costume ainda da mídia exibir policiais, civis e/ou militares, dando entrevistas ao lado de materiais apreendidos (drogas, armas, etc), no qual é sempre colocado às câmeras as insígnias de sua instituição. O sociólogo Guaracy Mingardi, de forma lúcida, afirma: *“Quando é feita uma grande apreensão de armas ou drogas a imprensa mostra o material apreendido numa mesa, com o escudo da equipe na frente. Isto já virou padrão. Raramente se comenta que estas apreensões*

---

<sup>20</sup> Segundo editorial publicado pelo Jornal “O Estado de São Paulo”, de 16 de agosto de 2000, com o título *Prisões Insuficientes*, a Polícia Militar do Estado de São Paulo prendeu, no ano de 2000, de janeiro a junho, 28.927 pessoas, 7,1% a mais do que no mesmo período de 1999.

*renderam um número relativamente pequeno de prisões*<sup>21</sup>. Nestas situações tem-se a impressão de que a problemática criminal e a insegurança pública está sendo resolvida, o que não é real. A questão é que nessas ocorrências o indivíduo preso nunca é o responsável por uma atividade importante na organização.

A nova forma de atuação do Ministério Público, interessado e participativo na fase pré-processual, teve, talvez, como uma das passagens mais famosas, o conhecido “Caso Bodega”, no qual a Polícia Civil tinha responsabilizado e indiciado pessoas absolutamente inocentes e foi a atuação paralela de um cuidadoso Promotor de Justiça Criminal que, através de sua investigação, conseguiu elucidar a autoria do crime. Essa atuação investigatória do Ministério Público, vista no “Caso Bodega” – um caso marcado pela gravidade da prática delitiva e pela falta de atuação eficiente da polícia -, precisa ser constante.

Analisando ao seu modo, com muita lucidez, o Professor Aury Lopes Júnior é enfático em concluir que o **inquérito policial**, de uma forma geral, está **“em crise”**, da seguinte forma:

*“O inquérito policial brasileiro é um bom exemplo de sistema de investigação preliminar policial, inclusive porque reflete os graves problemas e desvantagens do sistema, a tal ponto que se pode falar em **crise do inquérito policial** e na urgente necessidade de modificações. Esta **crise** está materializada no fato de que as imperfeições do nosso sistema são de tal monta que sobre o inquérito policial só existe uma unanimidade: **não satisfaz ao titular da ação penal pública, tampouco à defesa e resulta de pouca utilidade para o juiz** (principalmente pela pouca qualidade e confiabilidade do material fornecido)”<sup>22</sup> (destaquei).*

É fator gerador de dificuldade a situação da investigação da Polícia Judiciária ter como alvo pessoa poderosa, influente e com trânsito nos Poderes da República. Não há como negar que o poder político ou econômico do investigado acaba abalando o sucesso da investigação policial. A uma porque a autoridade policial não goza da inamovibilidade e, assim, pode ser transferida a qualquer momento por designação de seu superior hierárquico, em face da investigação realizada. A duas, os agentes policiais

---

<sup>21</sup> Obra citada , página 218.

<sup>22</sup> Obra citada, página 58.

são muito mais acessíveis à corrupção, não só pelo menor nível cultural, nomeadamente os carcereiros e investigadores de polícia, como também pelo baixo salário existente<sup>23</sup>.

A estreita e às vezes intensa conexão dos criminosos “empresariais” com o poder público acaba neutralizando e impedindo a investigação criminal dos delitos por eles cometidos. Este fenómeno tem propiciado a absoluta impunidade desses delinquentes, com raríssimas exceções.

Por esse motivo, Eugênio Raúl Zaffaroni afirma que “a principal fonte do crime organizado é o próprio Estado”.<sup>24</sup>

Enfim, há, sem sombra de dúvidas, no tema segurança pública e na investigação criminal, um vazio que tem conferido absoluta impunidade aos grandes criminosos, em suas diversas modalidades: os assaltantes - de cargas, carros, caminhões, etc -, os receptadores, os traficantes – drogas, armas, órgãos humanos e pessoas -, os lavadores de dinheiro, estelionatários de grandes fraudes e os políticos, *ladrões* do dinheiro público, que ocupam cargos nos Poderes da República.

Talvez tenha sido a *impunidade*, ou o reconhecimento desse vazio na área da investigação criminal que inspirou o legislador, de forma inusitada e manifestamente inconstitucional<sup>25</sup>, atribuir ao Juiz de Direito a função de realizar, de ofício e secretamente, investigações criminais, nos termos do artigo 3º da Lei nº 9.34/95. Essa função, inexoravelmente, viola o indispensável princípio da imparcialidade judicial. Eis o texto legal, o qual não se tem notícia de sua utilização:

*“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”. (destaquei)*

Em alguns países esse sistema de investigação é adotado. Em síntese, a figura do Juiz de Direito Investigador ou Instrutor consiste no poder – dever do Magistrado de

<sup>23</sup> Em palestra proferida no “I Encontro Estadual de Procuradores e Promotores de Justiça Criminais”, realizado pela Procuradoria Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, em 21 a 23 de maio de 1998, Guaracy Mingardi, ao analisar o comportamento dos traficantes brasileiros, afirmou: “A regra mundial é nunca mate um policial. O crime organizado não mata policiais, apenas em último caso. Ele compra a polícia e outros órgãos ligados a repressão.”

<sup>24</sup> In “Mesa Redonda Sobre Crime Organizado”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 8, RT, p. 149.

<sup>25</sup> A inconstitucionalidade da Lei 9.034/95 é bem analisada por Élio Wanderley de Siqueira Filho, in “Repressão ao Crime Organizado”, Juruá editora, 1995, página 63/64, da seguinte forma: “Inovou-se, sobremaneira, porque o magistrado passou a ser sujeito ativo executor na produção de provas, colhendo, in personae, os dados, documentos e informações referidos no inciso III, do art. 2º já citado. Prova-se o total desconhecimento da realidade da Justiça Brasileira ... Não lhe incumbe, numa descabida desordenação da estrutura processual escolhida pelo legislador brasileiro, exercer atribuições que, em tese, venham a competir ao membro do Ministério Público, à autoridade policial ou a outro agente público lato sensu”.

apurar, cabalmente, a prática criminosa, presidindo as diligências por ele determinadas. Não será a polícia e tampouco o Ministério Público quem dirigirá a instrução preliminar, mas, sim, o próprio Magistrado.

De acordo com o Magistrado português, José Mouraz Lopes, “o Juiz de Instrução é, no âmbito do processo penal, a autoridade judiciária com competência para proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito.”<sup>26</sup> Esse sistema é atualmente adotado na Espanha, sendo certo, entretanto, que lá o Juiz que participa da colheita preliminar da prova está impedindo de julgar, havendo divisão de atribuições entre o Juiz da fase preliminar e o Juiz da fase processual.

Essa sistemática, sem a menor dúvida, não é a melhor. Como bem enfatizou Aury Lopes Jr<sup>27</sup>, “como principal inconveniente de que a instrução preliminar seja realizada por um juiz está a **estrutura inquisitiva do modelo**, que praticamente outorga a uma única pessoa as tarefas de investigar, acusar *lato sensu* (imputação) e inclusive defender, o que culmina por matar a própria posição de imparcial, de órgão suprapartes”. (destaquei)

Os juristas portugueses, Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Monteiro Guedes Valente, após compararem vários modelos processuais penais, concluem que “a figura do Juiz de Instrução tem tido uma história conturbada” e as legislações de vários países, nomeadamente a França e a Alemanha, abandonaram o “imperativo da jurisdicionalização da investigação criminal”.<sup>28</sup>

Ainda tratando da figura do Juiz Instrutor, no Estado de São Paulo, as Normas da Corregedoria da Justiça autorizam o Juiz Corregedor Permanente da Polícia Judiciária presidir todas as investigações criminais relacionadas com as práticas delitivas cometidas por policiais civis. Em algumas Comarcas, como a de Campinas, no Estado de São Paulo, o Juiz Corregedor da Polícia, ao receber a notícia de um crime cometido por integrante da Polícia Judiciária, instaura um procedimento denominado como “Providências Judiciais”. Em São Paulo, os Juízes Corregedores do DIPO instauram procedimentos denominados como “Processo”, anotando na capa o tipo penal sob investigação.

---

<sup>26</sup> “Garantia Judiciária no Processo Penal – Do Juiz e da Instrução”, Coimbra Editora, 2000, p. 15.

<sup>27</sup> Ob. citada, página 73.

<sup>28</sup> “Lei e Crime – O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador – Os Princípios do Processo Penal”, Livraria Almedina, Coimbra, junho/2001, p. 47/48.

Entretanto, à confirmar a pouca valia do sistema, poucos são os Magistrados que se sentem à vontade para presidir tais procedimentos preliminares, colhendo pessoalmente os elementos de provas relativos aos crimes cometidos por policiais, por diversos motivos, dentre eles, o fato de estarem preparando a prova para o Ministério Público usar no oferecimento da denúncia<sup>29</sup>. Na grande maioria das vezes, com exceções, é claro, os Juízes requisitam inquéritos policiais para a apuração dos delitos praticados por policiais civis.

De qualquer forma, a Lei n 9.034/95 e mesmo as Normas da Corregedoria da Justiça do Estado de São Paulo, contrariam em cheio a tendência mundial de atribuir ao Ministério Público a função de dirigir, coordenar e zelar pela investigação criminal, além de haver manifesta afronta ao artigo 129, inciso I, da Constituição Federal da República e desrespeito ao elementar princípio do *ne procedat iudex ex officio*.

Reproduzindo o que, de fato, acontece nos países europeus, Aury Lopes Jr relata:

*“Atualmente, **existe uma tendência de outorgar ao Ministério Público a direção da investigação preliminar**, de modo que o promotor investigador poderá obrar pessoalmente e/ou por meio da Polícia Judiciária (necessariamente subordinada a ele)”<sup>30</sup> (destaquei).*

Rápida verificação da legislação mundial evidencia o acerto da afirmativa supra transcrita:

⇒ Na França, é o Promotor de Justiça quem dirige o trabalho da Polícia Judiciária; esta, como instituição, não tem autonomia organizacional ou funcional, sendo certo que outras entidades administrativas também têm poderes de Polícia Judiciária (um exemplo, citado por José Manuel Damião da Cunha, é o Prefeito, Chefe do Executivo Municipal<sup>31</sup>). Ao tomar conhecimento de um delito, a Polícia Judiciária não inicia sua investigação sem antes comunicar o Ministério Público, e, na medida em que as apurações avançam, o membro do *parquet* recebe notícias de tudo o que foi elucidado. Enfim, a Polícia Judiciária tem o encargo de conhecer a prática criminal, investigar o ocorrido, buscando os elementos de provas da materialidade e autoria, enquanto que cabe ao Ministério Público coordenar essa missão policial.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Sobre esse tema, vide a obra citada de Aury Lopes Jr, p. 63/76.

<sup>30</sup> “Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal”, Lumen Juris, RJ, 2001, p. 77.

<sup>31</sup> “O Ministério Público e os órgãos de Polícia Criminal”, Porto, 1993, p. 76.

⇒ Em *Portugal*, a polícia está inserida como órgão auxiliar do Ministério Público<sup>33</sup> e, portanto, assim como na França<sup>34</sup>, tem a direção de seu trabalho investigatório. Inclusive, já por duas vezes consecutivas, os dois últimos Chefes da Polícia Judiciária é um Procurador da República, nomeado em cargo de comissão para assumir a coordenação dos trabalhos policiais. O inquérito policial instaurado pela Polícia Judiciária deve ser enviado, periodicamente, através de cópias, ao órgão do Ministério Público competente pela investigação, sendo certo que o Procurador pode, a qualquer instante, avocar os autos<sup>35</sup>. Interessante a menção a Claus Roxin feita por José Manuel Damião da Cunha, quando afirma que a polícia ao praticar atos relativos ao inquérito age no exercício pleno de sua competência enquanto braço do Ministério Público, pois “o Ministério Público é uma cabeça sem mãos”.<sup>36</sup>

⇒ Na *Espanha*, há também subordinação funcional da Polícia Judiciária, que é órgão auxiliar do Ministério Público. Este (e o Juiz Instrutor, conforme o caso) deve ser comunicado imediatamente sobre as atividades policiais. “*Interessante é o conteúdo da Instrucción normativa 2/1988, que trata da relação entre o MP e a Polícia Judiciária. Dispõe que os fiscais jefes (Procuradores do MP) devem despachar – pelo menos – semanalmente, com os Chefes da polícia, sobre assuntos que interessam ao Ministério Público, demonstrando com isso a importante cooperação e relação que deve existir entre os dois órgãos*”<sup>37</sup>. Outrossim, desde 1988, o legislador outorgou maiores poderes ao *Fiscal* na fase pré - processual, embora ainda persista em alguns casos o sistema do juiz - instrutor, dependendo da pena abstrata prevista no tipo penal.

---

<sup>32</sup> O artigo 41 do Código de Processo Penal Francês prevê: “O Procurador da República procede ou faz proceder a todos os atos necessários à investigação e ao processamento das infrações da lei penal. Para esse fim, ele dirige as atividades dos oficiais e agentes da polícia Judiciária dentro das atribuições do seu Tribunal”.

<sup>33</sup> De acordo com o magistério de J.J. Gomes Canotilho: “Originariamente concebido como órgão de ligação entre o poder judicial e o poder político, o Ministério Público é, nos termos constitucionais, um órgão do poder judicial. (...) os agentes do Ministério Público são magistrados com garantias de autonomia e independência constitucionais que os coloca numa posição de sujeição à lei tendencialmente equiparável à dos juízes”. (destaquei). In “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 4ª edição, Almedina, p. 664.

<sup>34</sup> Os doutrinadores portugueses são unânimes em afirmar que o direito processual penal de Portugal sofreu grande influência da Legislação francesa.

<sup>35</sup> O artigo 263, nº 1, afirma que “A direção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal”. E o nº 2 do mesmo artigo diz que “Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal actuam sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional.” A Lei nº 36/94, que dispõe sobre o Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira, em seu artigo 3º, item 2, prescreve: “... logo que a Polícia Judiciária recolha elementos que confirmem a suspeita de crime, é obrigatória a comunicação e denúncia ao Ministério Público.”

<sup>36</sup> Ob. citada, p. 128.

<sup>37</sup> Aury Lopes Jr, ob. citada, p.216.

⇒ Na *Alemanha* o Promotor de Justiça tem também a polícia sob seu comando, em virtude de radical alteração legislativa ocorrida em 1974, que antes contemplava o Juiz como o Investigador; o Ministério Público além de fiscalizar o trabalho da Polícia, também dirige sua tarefa de apurar o evento criminoso e isto ocorre mais efetivamente na criminalidade mais grave e nos crimes econômicos. De acordo com a Monografia de José Manuel Damião da Cunha, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a Polícia Judiciária tem “*um chamado direito de primeira intervenção (Recht des erstens Zugriffs), que consiste na obrigação de investigar factos penais e na possibilidade de tomar medidas que não admitem demora, com o dever, porém, de enviar imediatamente ao Ministério Público notícia de todas as suas actividades*”<sup>38</sup>. O mesmo Autor ressalva e apresenta a realidade concreta do direito processual penal alemão: “*o MP deveria ser no plano dos factos (e não só meramente de direito) o dominus desta fase processual. Na realidade, porém, este domínio é meramente aparente na grande massa da criminalidade. ... todo o processo investigatório em geral está dominado pela polícia, a qual procede autonomamente a todas investigações que se mostrem necessárias, cabendo ao MP um papel de mero depositário dos autos produzidos pela polícia, decidindo, com base naquela actividade, sobre o futuro do caso*”.<sup>39</sup>

⇒ Na *Itália*, desde 1988, a polícia trabalha de acordo com a coordenação do Juiz/Promotor, vinculada que está orgânica e funcionalmente ao Ministério Público.<sup>40</sup> A Polícia Judiciária, ao tomar conhecimento de um crime, tem o prazo de 48 horas, para transmitir a notícia integralmente ao Ministério Público, que deverá, a partir de então, dirigir a investigação criminal. Não adotou o legislador italiano o modelo francês, vez que a Polícia Judiciária, embora tenha suas particularidades, possui exclusividade funcional.<sup>41</sup>

⇒ Por fim, na *Bélgica*, igualmente, o Ministério Público fiscaliza e dirige o trabalho policial. A atividade da Polícia Judiciária é totalmente voltada ao posterior trabalho do

---

<sup>38</sup> Ob. citada, p. 65.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>40</sup> O Código de Processo Penal Italiano diz: “Art. 326: O Ministério Público e a Polícia Judiciária realizarão, no âmbito de suas respectivas atribuições, a investigação necessária para o termo inerente ao exercício da ação penal.” E prossegue: “Art. 327: O Ministério Público dirige a investigação e dispõe diretamente da Polícia Judiciária”.

<sup>41</sup> J.M. Damião da Cunha, ob. citada, p. 87.



Ministério Público de iniciar a ação penal pública.

Observamos, portanto, que na maioria dos sistemas processuais penais o Juiz não exerce as funções de Juiz Instrutor, contudo é assente em todas as legislações internacionais o princípio da garantia judiciária<sup>42</sup>, a qual é sempre preservada, mormente quando há uma tendência de se potencializar os poderes investigatórios dos órgãos encarregados pela segurança pública e pelo combate às organizações criminosas.

Infere-se, ainda, que na maioria dos países, mesmo diante de uma Polícia Judiciária preparada e que se destaca pela técnica, os policiais, sob o aspecto funcional e não organizacional, estão sob o comando e coordenação de um Promotor de Justiça. Há, pois, um espírito de colaboração da Polícia Judiciária em fornecer os subsídios necessários à ação penal, de acordo com as indicações feitas pelo titular desta, o Ministério Público.

Não há mais como conferir absoluta independência da Polícia ao órgão do Ministério Público, posto que a atuação da primeira deve estar em perfeita sintonia com os objetivos futuros do titular da lide penal.

Sem dúvida, o inquérito policial é, na maioria das vezes, um pressuposto para a propositura da ação penal. Em consequência, a direção e coordenação do inquérito, assim como a titularidade da ação penal, devem estar sob o encargo de uma única instituição.

E essa coordenação não pode ser traduzida como enfraquecimento do órgão policial. Mas ao contrário, deve a Polícia Judiciária descobrir que, apoiando-se nas mãos orientadoras do Ministério Público, o trabalho policial fica mais prestigiado, mais forte, e distante de possíveis pressões políticas ou gestões de advogados, o que é muito comum no Brasil.

A legislação brasileira não outorga ao Ministério Público quaisquer vínculos de hierarquia com a polícia judiciária. O limite do Ministério Público está no controle externo da Polícia Judiciária<sup>43</sup> (artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal), não tendo a polícia como órgão subordinado.

---

<sup>42</sup> A Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11º), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 9º) e a Convenção Européia dos Direitos do Homem (art. 5º) consagram, igualmente, o princípio do Juiz Grantidor.

Independentemente da posição legislativa atribuída à Polícia Judiciária, cabe ao Ministério Público priorizar, em todo o país, sua atuação na área criminal e combata efetivamente a criminalidade organizada que tanto tem abalado a ordem pública. E, para tanto, é imprescindível que, assim como ocorre nas Promotorias de Justiça voltadas à defesa dos interesses difusos e coletivos, haja pleno acompanhamento da investigação criminal por parte do Promotor de Justiça.

De fato, na área criminal, deve o Ministério Público estabelecer em seu Plano de Atuação o combate às organizações criminosas e, para tanto, a fim de que a previsão torne-se real, defendemos que o Promotor de Justiça deveria assumir a coordenação da investigação criminal.

Nesse modelo de atuação, o Promotor de Justiça Criminal indica à autoridade policial os elementos de provas necessários para deduzir a acusação e para dismantelar o esquema criminoso. Os meios e a forma de produção dessas provas devem ser empregados pela Polícia Judiciária, vez que esse é seu mister, prescindindo, neste particular, da intervenção direta do Promotor de Justiça.

E é exatamente nesse sentido que tem atuado o Ministério Público praticamente em todos os países da Europa. Oportuno, pois, mencionar a didática interpretação ao Código Processual Penal português dada por José Manuel Damião da Cunha:

*“Por outras palavras, se ao MP caberá definir o “que” e o “se” (que tipo de encargo), deve conceder-se aos órgãos de polícia criminal um poder de co-decisão quanto ao “como” e, em certas situações, quanto ao “quando” do cumprimento.<sup>44</sup>”*

Mas não é só da Polícia Judiciária que deverá aproximar-se o Ministério Público para desempenhar, com êxito, a investigação criminal no âmbito do crime organizado.

---

<sup>43</sup> O sentido e a melhor interpretação do “controle externo” reside na possibilidade do Ministério Público fiscalizar a atividade da polícia judiciária, no que diz respeito às investigatórias criminais, contribuindo para o aprimoramento do inquérito policial que lhe será entregue. Há, porém, quem vá mais além desse sentido, como é o caso de Sérgio de Andréa Ferreira: “O termo controle, em sentido específico, encerra (...) conteúdo bastante profundo: não é, tão somente, mera fiscalização, algo exterior em relação à função ou atividade controlada. O controle, na verdade, engloba uma interferência, uma intromissão (no sentido, sem dúvida, positivo do termo); uma participação intensa e direta na atuação - objeto.” In “Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes”, Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha, BH, Del Rey, 1995, página 350. Ainda com relação ao Controle Externo, a Constituição Estadual de Minas Gerais, em seu artigo 125, diz textualmente: “Controle Externo da Atividade Policial, por meio do exercício das seguintes atribuições, entre outras: a) fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão; b) receber, diretamente da autoridade policial, os inquéritos e quaisquer outras peças de informação; c) fixar prazo para prosseguimento do inquérito policial; d) requisitar diligências à autoridade policial; e) inspecionar unidades civis ou militares; f) receber cópia de ocorrência lavrada pela Polícia Civil ou pela Polícia Militar; g) avocar, excepcional e fundamentadamente, inquérito policial em andamento”.

<sup>44</sup> Ob. citada, p. 132.

Com efeito. Como antes foi visto, dentre as características sempre presentes numa organização criminosa, a diversidade da atuação e o fato de haver diferentes funcionários públicos envolvidos numa organização (policiais, políticos, fiscais etc), é imprescindível que o Promotor de Justiça acione outras instituições para compor uma verdadeira equipe de investigação. Em outras palavras, torna-se imperiosa a criação de *Forças - Tarefas*.

Promotores de Justiça, Policiais civis e militares, fiscais e Delegados Tributários, Peritos Criminais, Técnicos em Informática e em cruzamento de dados (“Serviço de Inteligência Criminal”), todos especialmente designados para uma determinada missão, num trabalho conjunto e concentrado, cada qual em seu âmbito de atuação, terão muito mais chance de esclarecerem a atuação da organização criminosa.

Não temos dúvidas em concluir que a criação de *Força - Tarefa* é o meio mais eficaz para se combater o crime organizado!

E quando se afirma que cabe ao Promotor de Justiça assumir a coordenação da investigação criminal e, assim, do desempenho da *Força - Tarefa*, não se está querendo super-valorizar mais uma instituição e desprezar outra, tampouco eleger hierarquias entre profissionais. Com efeito, cabe ao Promotor de Justiça propor a ação penal, em decorrência da regra prevista no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal e artigo 24 e seguintes do CPP. Diante dessa legitimidade exclusiva para a propositura da ação penal, será o Promotor de Justiça quem poderá indicar as provas necessárias para a formação de sua *opinio delicti*, além de poder antever, desde o início da investigação, quais serão as futuras teses defensivas dos acusados, o que é muito importante para o sucesso da pretensão acusatória do Estado.

Dentre as diversas investigações criminais levadas à efeito pelo GAECO, sem dúvida, a que teve maior êxito foi aquela desempenhada pela “Força – Tarefa da Máfia dos Fiscais”, que investigou os inúmeros crimes cometidos pelos funcionários públicos municipais e da Câmara Municipal de São Paulo. O trabalho integrado, despidido de hierarquias institucionais, e intenso da Polícia Civil, do GAECO, com a participação ainda de Procuradoras do Município e de representantes da Secretaria da Fazenda Estadual, teve o mérito de denunciar cerca de 100 (cem) funcionários públicos, dentre estes 07 (sete) Vereadores da Câmara Municipal de São Paulo, sendo que mais de duas dezenas já foram condenados em primeira instância.

Embora a questão seja inquietante e geradora de polêmica - no Brasil a presença

do Promotor de Justiça na investigação criminal ainda incomode muita gente, especialmente a maioria dos Advogados Criminalistas e alguns Delegados de Polícia - , não há mais como resistir quanto a necessidade do representante do Ministério Público estar à frente da investigação de organizações criminosas. Destacamos, sobretudo, que, neste tema, esse é o maior anseio da sofrida sociedade brasileira.

## **V- O PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

À vista do distanciamento da Polícia Judiciária do órgão do Ministério Público, considerando ainda a já mencionada lacuna nas investigações criminais voltadas ao crime organizado, impõe-se, invariavelmente, a atuação direta do Promotor Criminal na fase pré-processual.

Essa tem sido a tendência da atuação ministerial em todo o Brasil. Melhor seria a investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária, de acordo com a orientação do Promotor de Justiça. Mas, essa não é nossa realidade, o que tem provocado a instauração de procedimentos do próprio Ministério Público.

Como já mencionado, além de poder acompanhar o trabalho da Polícia Judiciária, o Ministério Público pode colher provas de fatos eleitos como importantes, coleccionar depoimentos em seus Gabinetes, arrecadar documentos, etc, e propor ações penais com fundamento em simples peças de informações grampeadas numa denúncia.

Entanto, isso somente é possível na hipótese de se tratar de um fato criminoso sem qualquer complexidade.

Realmente, muitas vezes, propõe o Promotor de Justiça denúncia com poucos depoimentos instruindo a futura ação penal, sem o acompanhamento do inquérito policial, ou seja, com poucas peças de informações, com fundamento no parágrafo primeiro do artigo 46 do CPP.

Ocorre que nas investigações relacionadas com organizações criminosas não será possível instruir uma denúncia com singelas peças de informações. Haverá necessidade de se instaurar um procedimento administrativo do Ministério Público<sup>45</sup>

para conferir maior legitimidade e transparência à atividade ministerial; além disso a complexidade da investigação recomendará maior organização no trabalho do Promotor de Justiça Criminal.

Esse Procedimento Administrativo, no Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado - GAECO do Ministério Público do Estado de São Paulo, é denominado como *Procedimento Investigatório*. E com essa denominação será doravante tratado.

O Procedimento Investigatório não deve ter como meta a apuração de qualquer infração penal, mesmo porque normalmente não há tempo livre para assuntos não importantes. Deve sim, o Procedimento Investigatório ser instaurado para viabilizar a deflagração da ação penal nos crimes em que há a atuação de organização criminosa, ou seja quando esteja presente a macro - criminalidade, preferencialmente. Nesta área, como já se disse, há uma carência da atuação dos órgãos do Estado e, portanto, cumpre ao Promotor de Justiça Criminal zelar por essa investigação, a fim de assegurar a paz social e a segurança pública.

Essa aliás foi a tônica do artigo redigido por Hugo Nigro Mazzili, endereçado a todos os Promotores de Justiça Criminais, sob o título “*Propostas de um Novo Ministério Público*”:

*“À vista dos bons frutos da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), o Ministério Público precisa **voltar-se mais à atividade investigatória**, como o faz na área civil por meio do inquérito civil (...) Também na área penal deve o Ministério Público conquistar espaços, não para assumir os trabalhos policiais, mas sim para conduzir algumas investigações, até mesmo de caráter criminal, devendo estas recair especialmente sobre os casos em que a Polícia não tenha possibilidade, conveniência ou interesse em fazê-lo, como quando estejam envolvidas autoridades governamentais que controlam a ação da polícia, ou quando estejam envolvidos os próprios*

---

<sup>45</sup> A respeito da natureza jurídica da investigação criminal levada a cabo pelo Ministério Público, o Professor Aury Lopes Jr esclarece: “a instrução preliminar realizada pelo Ministério Público terá natureza jurídica de procedimento judicial. Isso ocorrerá naqueles países em que o Ministério Público esteja constitucionalmente integrado ao Poder Judiciário e tenha as mesmas garantias da Magistratura. Como exemplos, citamos os sistemas de instrução preliminar adotados na Itália e Portugal, pois, nesses dois países, o procedimento pré-processual está outorgado a um Ministério Público constitucionalmente integrante do Poder Judiciário. Nestes casos, será um procedimento judicial e não jurisdicional, porque, apesar de integrar o Poder Judiciário, o MP não possui poder jurisdicional” – ob. citada p. 33.

*policiais, ou quando estejam envolvidas pessoas que tenha força econômica, política ou social suficiente para impedir ou interferir nas investigações.*<sup>46</sup> (destaquei)

Contudo, existirão casos em que não há justa causa ainda para a instauração de um Procedimento Investigatório, já que a *notitia criminis* é ainda vaga, imprecisa e sem detalhes sobre a prática criminosa, como geralmente ocorre numa *denúncia anônima*. Nestes casos, também afigura-se como inviável o pronto arquivamento das peças de informação, vez que exige-se, ao menos, uma verificação da veracidade da informação enviada ao Ministério Público. Nessa hipótese, recomenda o Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo (Ato nº 168/98 - PGJ-CGMP, de 21 de dezembro de 1998), em seu artigo 11, o seguinte:

*“Art. 11 - Ao tomar conhecimento por meio de carta anônima ou pela imprensa da prática de crime de ação pública, convocar a vítima ou seu representante legal para confirmar o fato antes de requisitar a abertura de inquérito policial.”*

Essa verificação prévia, mencionada no artigo supra transcrito, no GAECO deliberou-se denominar de Procedimento Preparatório ( ou “PP” ). Neste serão confirmados, ou não, os termos da denúncia vaga encaminhada ao Ministério Público e haverá o objetivo de esclarecer, definitivamente, o fato criminoso mencionado. Se houver verossimilhança na *notitia criminis*, dever-se-á instaurar o Procedimento Investigatório, ou seja, transformar o Procedimento Preparatório em Investigatório, baixando-se Portaria inaugural com a indicação do fato criminoso, com o correspondente artigo que contempla a hipótese, o nome do investigado e quais as primeiras diligências serão ordenadas.

A fim de conferir transparência e impor ordem ao trabalho, é imperioso haver um livro de registro dos Procedimentos instaurados, tanto para os Investigatório, como também para os Preparatórios. Aliás, essa cautela também é recomendada no Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo, no artigo 108:

*“Art. 108 - O procedimento será instaurado por termo de abertura, com numeração em ordem crescente, renovada anualmente, autuado e registrado em livro próprio, e deverá necessariamente conter:*

---

<sup>46</sup> Artigo publicado na Revista da Associação Paulista do Ministério Público, nº 27, junho - julho de 1999, página 48.

*I- a descrição do fato objeto de investigação ou esclarecimentos e o meio pelo qual se tomou conhecimento do mesmo;*

*II- o nome e a qualificação do autor da representação, se for o caso;*

*III- a determinação das diligências iniciais.”*

Todos os Procedimentos Investigatórios deverão observar rigorosamente todas essas cautelas, sendo que o rigor na forma confere, sem dúvida alguma, maior transparência e permite ao próprio investigado uma melhor visão daquilo que foi feito na fase pré-processual. E nisto os Promotores de Justiça têm sido, realmente, exigentes.

Por outro lado, defendemos a previsão expressa do Procedimento Investigatório no Código de Processo Penal.

Atualmente, o Procedimento Investigatório conta com previsão expressa em legislação interna: o Ato nº 98/99 - PGJ e o Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo, previsto através do Ato nº 168/98 - PGJ - CGMP. Ambos, no entanto, não dispõe de regulamentação suficiente, tal como o prazo de encerramento da investigação criminal.

Com relação ao prazo tem sido aplicada a regra prevista no artigo 113 do Manual, que concede 90 dias para encerramento do Procedimento Administrativo ( *o Manual não usa a denominação de Procedimento Investigatório* ), prorrogável, se necessário, por igual período.

A investigação que se realiza no Procedimento Investigatório não conta com o controle do judiciário, tal como acontece com o inquérito civil, havendo, pois, a possibilidade da fiscalização ser feita pelo próprio órgão Superior do Ministério Público, tal como ocorre com o retromencionado Inquérito Civil.

Ainda quanto ao prazo para se encerrar o Procedimento Investigatório, a investigação do Ministério Público já vem sendo criticada, como se vê abaixo:

*“As deficiências do controle de prazos de encerramento, associadas à absoluta ausência de previsão legal de controle judicial sobre o inquérito civil, têm permitido que procedimentos investigatórios, algumas vezes instaurados sem qualquer fundamento fático relevante, se arrastem durante anos nos armários das Promotorias.”<sup>47</sup>*

## **VI-FUNDAMENTO LEGAL DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO**

<sup>47</sup> Artigo: “Necessidade de Controle Judicial sobre os Inquérito Civil e Policial”; subscrito pelo Juiz Federal, Fernando Moreira Gonçalves, publicado no Boletim do IBCCRIM nº 96/2000, em novembro de 2000.

A análise da fundamentação jurídica que embasa a existência do Procedimento Investigatório do Ministério Público reveste-se de importância, porque, invariavelmente, para não dizer sempre, os Defensores alegam a impossibilidade do Promotor de Justiça agir como investigador. O tema, na verdade, aos poucos vem sendo superado pela doutrina e pela jurisprudência, as quais não vacilam em confirmar a possibilidade do *parquet* investigar. Não obstante, existe dentro do Ministério Público uma resistência muito grande de vários Promotores de Justiça Criminais, que ainda resguardam em suas atuações vínculos com a forma tradicional de se trabalhar e negam-se em instaurar procedimentos administrativos.

Destarte, oportuno mencionar que, freqüentemente, nas investigações criminais procedidas pelo GAECO de São Paulo, Advogados afirmam:

*“... não é função institucional do Ministério Público pôr-se a campo para realizar investigações”;*

*“... o procedimento investigatório do Ministério Público é ilegal”.*

*“... ao agir como se Delegado de Polícia fosse, o Promotor de Justiça do GAECO cometeu o crime de usurpação de função pública”*

Às vezes, a discussão sai da órbita jurídica e busca-se, por meio de ironia, o desrespeito, como pode ser visto no discurso abaixo de um Advogado Criminalista paulista:

*“Tem o Ministério Público Estadual (em São Paulo) praticado condutas atrabiliárias, pondo-se alguns de seus mandatários (em minoria, felizmente), em poses cômicas, fumando charutos à moda de detetives de histórias em quadrinhos, nas capas de revistas de circulação nacional.”<sup>48</sup>*

Registramos também que inúmeros *habeas corpus* - nenhum com êxito - já foram impetrados por pessoas investigadas através de Procedimentos Investigatórios do Ministério Público, visando sempre o trancamento, seja da ação penal, seja do procedimento que a antecedeu.

A polícia civil, em todo o país e de um modo geral, também não aceita a atividade de investigação na fase pré - processual por parte do Promotor de Justiça.

---

<sup>48</sup> Dr. Paulo Sérgio Fernandes, in “Reforma do Código de Processo Penal – Breve Análise de Anteprojeto remetidos ao Congresso” – Parte II – no site [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), de 12.04.2001.



Essa não aceitação pode ser atestada através das várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade interpostas pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal, nas quais foi alegada a absoluta impossibilidade do Ministério Público criar Promotorias de Justiça especializadas em investigações criminais e, conseqüentemente, instaurar Procedimentos Investigatórios em seu âmbito de atuação.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha negado êxito nas ações movidas pela ADEPOL, a investigação criminal presidida pelo Promotor de Justiça, através de Procedimentos Investigatórios ainda continua sendo objeto de muita controvérsia e ataques jurídicos, notadamente porque diversos advogados, denominados como juristas renomados, defendem a ilegalidade dos procedimentos ministeriais. Alguns Tribunais dos Estados brasileiros, em posição isolada, também rechaçam a possibilidade do Promotor de Justiça atuar na investigação criminal. Veja-se, como exemplo, a decisão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Goiás, no *Habeas Corpus* 11651-5/217, de 16.08.93.

Mais recentemente, em resposta a uma requisição ministerial feita pelo GAECO, num dos Procedimentos Investigatórios, em dezembro de 2000, na qual pretendia colher o depoimento de um Delegado Seccional de Polícia, o Delegado de Polícia Diretor do DEINTER 2 (Departamento de Polícia Judiciária de São Paulo do Interior – 2 – Campinas), ofereceu a seguinte resposta:

*“... forçoso mencionar que, no rol das atribuições inerentes ao Ministério Público, não se insere a realização de atos de investigação policial – é bem verdade que o artigo 104, inciso I, letra “a”, da Lei Estadual 734/93, autoriza o membro do “Parquet” a expedir notificações, visando à coleta de depoimentos ou esclarecimentos; contudo, não se olvide que tal faculdade restringe-se unicamente à hipótese de instrução do inquérito civil e de outros procedimentos administrativos que lhe sejam pertinentes*

*...*

*Aliás, nem poderia ser de maneira diversa, haja vista que o artigo 144, p. 4º, da Constituição Federal, assegura, com exclusividade, à Polícia Civil, as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais.*

*... as atribuições da Polícia Judiciária obstam o atendimento à pretensão ministerial expendida no ofício requisitório declinado.”*

A questão reclama discutir se há exclusividade da Polícia Judiciária para a titulariedade da investigação criminal através do inquérito policial.

A fundamentação legal não reside num único argumento, como se verá a seguir.

Não se questiona a exclusividade do Ministério Público para promover a ação penal pública, diante dos expressos termos do artigo 129, inc. I, da CF e da limitação do âmbito de atuação da polícia civil preconizada pelo mencionado parágrafo 4º do artigo 144 também da Carta Magna. É indiscutível que cabe ao órgão do Ministério Público oferecer denúncia e assumir, privativamente, todos os demais atos processuais, representando o Estado.

Ora, se cabe ao Ministério Público iniciar e propor a pretensão acusatória do Estado, através da apresentação da *denúncia*, à toda evidência, não se pode exigir que sua iniciativa esteja atrelada, vinculada e sempre dependente à existência prévia da investigação realizada sob a presidência de um Delegado de Polícia - ou seja, sempre dependente do inquérito policial. Em outras palavras, o poder de investigação decorre da legitimidade exclusiva para o início da ação penal pública.

Como é sabido a Polícia Civil tem relutado em admitir a tese aqui exposta<sup>49</sup>. E numa das Ações Diretas de Inconstitucionalidade interposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL, o então combativo Procurador Geral de Justiça, Dr. Luiz Antonio Guimarães Marrey, argumentou exatamente o poder de investigação do Promotor de Justiça Criminal como um *poder implícito*, sem o qual restaria esvaziada sua função. Eis a argumentação, que foi acolhida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal:

*“... nada impede - e, antes, tudo recomenda - que o titular da ação penal se prepare para o exercício responsável da acusação. Como já se observou, há nessa hipótese um **poder implícito, inerente** ao seu específico papel **na persecução** penal: ninguém ignora que a lei, quando confere a um Poder ou órgão do Estado competência para fazer algo, implicitamente lhe outorga o uso dos meios idôneos. “It is not denied that power given to the government imply the ordinary means of execution”, escreve FRANKLIN H. COOK, que acrescenta: “The government which*

---

<sup>49</sup> Diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas pela ADEPOL, todas com o mesmo resultado da absoluta improcedência de sua fundamentação; ex: ADIN nº 1.115-4-DF, 1.142-1-RJ, 1.138-3-RJ, 1.751-1 e 1.136-0-PR).

*has a right to do the act, and has imposed on it the duty of performing that act, must, according to the dictates of reasons, be allowed to select the means” (destaquei).*<sup>50</sup>

De fato, se a Lei Maior concedeu ao Ministério Público a função de dar início à ação penal, sendo esta sua atividade - fim, implicitamente, por óbvio, concedeu-lhe também os meios necessários para o alcance de seu objetivo, caso contrário seu encargo constitucional nem sempre poderia ser cumprido.

Se houvesse a imperativa inércia do Promotor de Justiça Criminal e sua impossibilidade de investigar os fatos, ficando sempre na dependência do trabalho da polícia judiciária, como poderia o Ministério Público cumprir sua função constitucional de *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia*, como prescreve o artigo 129, inciso II, da Constituição Federal? Como poderia defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, previstos no artigo 127, “caput”, da mesma Constituição?

É, pois, com facilidade que se pode dizer ser impossível assegurar ao Ministério Público o importante e árduo encargo de cuidar da ordem jurídica, outorgado pela Constituição, se sua atuação, ao menos na esfera criminal, estivesse sempre vinculada à investigação de terceiros, especialmente da Polícia Judiciária. É que quem deve zelar pelos direitos assegurados na Constituição Federal e proteger o regime democrático, tem que exercer essa enorme responsabilidade **pessoalmente**, sem influências, devendo reunir elementos de prova, *sponte sua*, **diretamente**, sem depender de mais ninguém.

Seria inviável ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e pelos direitos assegurados na Constituição, bem como iniciar a ação penal com equilíbrio e com certeza da *opinio delicti*, sem ter o poder de investigação.

De outra parte, é inafastável que o tema Segurança integra o conceito do regime democrático e configura um dos serviços de relevância pública. Daí, inapelavelmente, cabe também ao Ministério Público zelar pela Segurança Pública, já que com esta frágil ou comprometida, a vida do cidadão torna-se arriscada, restando desprotegidos os direitos assegurados na Constituição Federal.

---

<sup>50</sup> Resposta ao Pedido de Informações protocolado no STF, em 18.02.1987, na ADIN nº 1547-8/600.

Ademais, a Segurança Pública é “*dever do Estado, direito e responsabilidade de todos*” e “*é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*”, conforme assegurou a Constituição Federal em seu artigo 144, “caput”.

Ou ainda, “*Segurança Pública não é só questão de polícia*” – afirmação feita pelo eminente Walter Fanganiello Maierovitch em sua palestra proferida no “I Congresso Mundial do Ministério Público”, ocorrido em setembro de 2000 na Capital de São Paulo.

Outrossim, como é cediço, a atuação de organizações criminosas compreende a corrupção de funcionários públicos e, com muito ênfase, a de policiais civis e militares. De acordo com os estudos feitos pelo sociólogo Guaracy Mingardi, na obra já citada, “*O Estado e o Crime Organizado*”, mais de dois terços dos policiais civis do Estado de São Paulo recebem propinas de criminosos. Parcela significativa desse índice está envolvida com a criminalidade organizada, especificamente com o comércio de drogas e roubos à bancos.

Se é certa a existência de policiais no meio criminoso organizado, não há dúvidas também que esse quadro real coloca em risco a Segurança Pública e os serviços de relevância pública, exigindo por parte do Ministério Público providências sempre urgentes e rigorosas, notadamente pela inércia institucional do Poder Judiciário, que na grande maioria das vezes limita-se a colher a informação do crime e enviá-lo ao Setor da Corregedoria da própria Polícia Civil ou Militar.

Oportuno voltar a citar os ensinamentos do renomado Hugo Nigro Mazzili, que enfatiza a necessidade de haver um equilíbrio perfeito entre a atuação ministerial e a defesa do regime democrático, para que a Segurança Pública seja alcançada:

*“a manutenção da ordem democrática e o cumprimento das leis são condições indispensáveis à existência de respeito e ao estabelecimento da paz e da liberdade entre as pessoas. Há, pois, uma íntima relação, delimitada em lei, entre o equilíbrio da vida social e o fiel exercício das funções próprias do Ministério Público”<sup>51</sup>.*

---

<sup>51</sup> Hugo Nigro Mazzili, *apud* Eurico de Andrade Azevedo, in “O Ministério Público na Constituição de 1988”, Editora Saraiva, ano 89, página 50.

O mesmo Hugo Nigro Mazzili, agora em seu *Manual do Promotor de Justiça*, advertiu: “se não se admitisse a possibilidade de apuração autônoma de crimes (...) haveria grave risco de inviabilizar-se, em certos casos, a apuração administrativa de algumas infrações penais”<sup>52</sup>

A confirmar essa tese, a própria Constituição Federal encarregou-se de prever a possibilidade do Ministério Público instaurar procedimentos administrativos e expedir notificações, requisitar informações e documentos para instruir seu procedimento, na forma que dispuser a Lei complementar respectiva (artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal).

Entendemos, então, que ao conferir ao Ministério Público o encargo de proteger o regime democrático e, por conseguinte, do dever de cuidar da segurança pública, o mesmo legislador constituinte disponibilizou o instrumento através do qual o *múnus* ministerial poderá se valer: o procedimento administrativo do Ministério Público.

De todo aplicável aqui o popular e comezinho princípio de que “*quem pode o mais, pode também o menos*”, consoante lembrança feita por Marcellus Polastri Lima<sup>53</sup>. Se foi atribuído o poder de requisitar inquérito policial e diligências investigatórias à polícia judiciária (artigo 129, inciso VIII, da CF), que é o *mais*, também é inafastável o *menos*, ou seja, colher as provas em seu próprio procedimento administrativo, prescindido do trabalho da polícia, a fim de formar sua convicção e possibilitar a propositura da ação penal.

Aliás, sempre quando um delito grave causa grande repercussão social, revelando complexidade e a presença de policiais na prática criminosa, há sempre o anseio popular de ter um Promotor de Justiça acompanhando, ao menos, da investigação criminal dos fatos. E isso ocorre devido a vinculação da imagem do Promotor Público com a garantia da defesa da ordem jurídica. Essa imagem precisa, destarte, ser justificada com muito ênfase! E nessas situações, o Promotor de Justiça Criminal deve sempre se fazer presente. Essa tem sido, inclusive, a constante política do Ministério Público do Estado de São Paulo, o qual, através do Sr. Procurador Geral de Justiça, sempre há designação de um Promotor de Justiça para acompanhar investigação criminal de cunho relevante.

---

<sup>52</sup> Editora Saraiva, ano 1991, página 179.

<sup>53</sup> In “Ministério Público e Persecução Criminal”, editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997, página 89, citado por Cristiano Chaves de Farias, Boletim do IBCCRIM nº 85, dezembro de 1999.

Mas o fundamento legal para a instauração do Procedimento Investigatório do Ministério Público não decorre apenas na sua inquestionável legitimidade para a ação penal, a qual exige, mesmo que implicitamente, o poder investigatório.

A interpretação da Constituição Federal permite concluir pela inexistência de exclusividade para a Polícia Judiciária investigar as infrações penais. Assim dispõe:

*“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*

...

*IV - polícias civis;*

...

*Par. 4º. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”*

À toda evidência, tais dispositivos constitucionais não conferem exclusividade às polícias, em seus diferentes âmbitos de atuação, o poder de investigação, muito embora esse fosse seu desejo. Basta mera leitura do parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal para essa conclusão. O Constituinte não afirmou que às polícias civis incumbem, privativamente, as funções de polícia judiciária.

Vale transcrever a ementa de um julgado que apreciou esse tema em razão de recurso interposto por pessoa investigada diretamente pelo Promotor de Justiça:

*“Incorre irregularidade na instauração de ação penal com base em procedimento administrativo promovido por Promotor de Justiça para apurar fatos que envolvem integrantes da Polícia Civil, uma vez que a **Constituição Federal, em seu artigo 144, ao contrário do que dispõe em relação à Polícia Federal, não confere exclusividade às funções de Polícia Judiciária atribuídas às Polícias Civis, e ademais a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, bem como a estadual, atribuem expressamente a esse órgão competência para instaurar inquéritos civis e procedimentos administrativos pertinentes.**”<sup>54</sup> (destaquei)*

<sup>54</sup> HC nº 297.992/5, de São José dos Campos, TJSP, rel. Érix Ferreira.

Ainda com destaque o inciso VI do artigo 129 da Constituição Federal, que reza ser função institucional do Ministério Público: “*expedir notificações nos **procedimentos administrativos** de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva*”. Como se vê, o mesmo legislador constituinte que atribuiu à Polícia Judiciária o dever de investigar as infrações penais, conferiu, ao mesmo tempo, ao Ministério Público a faculdade de instaurar procedimentos investigatórios, na forma de sua Lei Orgânica respectiva.

Trata-se, pois, de competência concorrente.

Para ilustrar e confirmar essa questão, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, após invocar o mesmo artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal, consagrou, mais uma vez, o entendimento no sentido de que “*o Ministério Público é, sim, instituição com competência para produzir provas e colher elementos que lhe permitam formar a convicção necessária para o oferecimento da denúncia com todos os elementos necessários, arrolados no art. 41 do CPP. Destarte, não é portanto, possível decretar a nulidade do processo e determinar o conseqüente trancamento da ação penal, sob esta fundamentação.*”<sup>55</sup>

O E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também firmou o seguinte entendimento:

*“Ministério Público. Condução de investigação pré processual. Cabimento. A investigação Criminal não é exclusiva da polícia judiciária estadual, estando claro na constituição que também o Ministério Público pode proceder a investigações, o mesmo se podendo dizer da instância administrativa nos diversos poderes do Estado (processos administrativos, CPIs etc)”*<sup>56</sup>.

O respeitado Tribunal de Justiça de São Paulo, através do eminente Desembargador Gentil Leite, também tem igual precedente:

*“Constrangimento ilegal - Não caracterização - Denúncia baseada em sindicância administrativa - Sindicância instaurada junto à Vara da Corregedoria da Polícia Judiciária - Irrelevância - Representante do Ministério Público que não quis se valer-se do inquérito policial por ser o paciente delegado de polícia - Habeas Corpus denegado.”*<sup>57</sup>

<sup>55</sup> S.T.J., 1º dezembro de 1998, HC 7.445-RJ, 5ª Turma, rel. Ministro Gilson Dipp, DJU de 1º.02.1999.

<sup>56</sup> HC nº 692023476, relator Des. Luiz Glenio Bastos Soares, julgado em 15.04.1992.

<sup>57</sup> j. 05.05.1994, HC nº 164.618-3, de Mogi das Cruzes.

Dissertando sobre o mesmo tema, o mestre José Frederico Marques é enfático:

*“Além da Polícia Judiciária, outros órgãos podem realizar procedimentos preparatórios de investigação, conforme está previsto, de maneira expressa, pelo artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal”<sup>58</sup>.*

Novamente Hugo Nigro Mazzili, sempre didático e lúcido, fulmina:

*“... enquanto a Constituição deu exclusividade à Polícia Federal para desempenhar as funções de Polícia Judiciária da União, o mesmo não se fez quanto à Polícia estadual (cf. art. 144, par. 1º, inc. IV, e par. 4º); de outro, o Ministério Público tem poder investigatório previsto na própria Constituição, poder este que não está obviamente limitado à área não penal (art. 129, VI e VIII). Seria um contra-senso negar ao único órgão titular da ação penal pública, encarregado de formar a opinio delicti e promover em juízo a defesa do jus puniendi do Estado soberano ... a possibilidade de investigação direta de infrações penais, quando isto se faça necessário.”<sup>59</sup>*

Reclama, portanto, a própria Constituição Federal, já desde 1988, que o Ministério Público assumira seu papel. E, neste tema, vem encontrando o necessário da doutrina e da jurisprudência.

De outro prisma, as Leis Orgânicas, no âmbito Federal e Estadual, especificamente a do Estado de São Paulo, conferem legitimidade ao Promotor de Justiça para instaurar Procedimentos Investigatórios.

No âmbito estadual, a Lei Complementar de nº 734/93, em seu artigo 104, inciso VIII, prescreve:

*“Art. 104 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:*  
*I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PERTINENTES e ...*  
 (...)  
*VIII - praticar ATOS ADMINISTRATIVOS EXECUTÓRIOS de caráter preparatórios.”*

<sup>58</sup> In “Elementos de Direito Processual Penal”, editora Bookseller, p. 138, v. II.

<sup>59</sup> In “Regime Jurídico do Ministério Público”, ed. Saraiva, página 228, 2ª edição.



E a mesma regra também foi prevista na Lei Orgânica Federal do Ministério Público (art. 26, inc. V).

No Estado de São Paulo, de forma pioneira, através de Ato 098/96, de 30 de setembro de 1996, do Sr. Procurador Geral de Justiça, foram disciplinados os mecanismos e os procedimentos a serem adotados durante o controle externo da Polícia Judiciária, bem como foi mencionada a necessidade de se instaurar procedimento administrativo específico da Promotoria de Justiça, sempre que houver a constatação de falha ou irregularidade no trabalho da polícia judiciária.

Diante da legislação Federal e Estadual vigentes, a Lei faculta ao Promotor de Justiça ter em seu Gabinete livros de registros dos Procedimentos Investigatórios instaurados, que servirão de fundamento para a propositura da ação penal. Voltando a citar o GAECO, do Ministério Público do Estado de São Paulo, há um Cartório que cuida de todos esses registros.

De outro plano, é mesmo indubitável a prescindibilidade do inquérito policial para o início e propositura da ação penal, muito embora ainda encontremos parcela radical e conservadora do Poder Judiciário, minoritária, é verdade, mas que já deixou de receber denúncias ofertadas pelo Promotor de Justiça, sem apoio na investigação policial, como foi o caso dos autos do processo crime de nº 679/95, que tramitou perante a 3ª Vara Criminal de Campinas - São Paulo, onde o Magistrado ficou claramente indignado com a ausência do inquérito policial<sup>60</sup>.

O próprio Código de Processo Penal, em mais de uma vez, não deixa dúvidas da dispensabilidade do inquérito policial. Assim, prescreve o parágrafo 5º do artigo 39:

*“O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito policial, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15 dias.”*

No mesmo sentido o artigo 46, parágrafo 1º, do CPP:

*“Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data que tiver recebido as peças de informação ou a representação.”*

---

<sup>60</sup> Tratava-se de uma acusação de concussão feita a alguns investigadores de polícia da Comarca de Campinas, os quais, pouco tempo depois, eram citados pela CPI do Narcotráfico da Câmara dos Deputados e, ao menos um deles, teve sua prisão temporária decretada a pedido dos parlamentares.

A doutrina acompanha o mesmo entendimento. Fernando da Costa Tourinho Filho leciona que:

*“... desde que o titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido) tenha em mãos informações necessárias, isto é, os elementos imprescindíveis ao oferecimento de denúncia ou queixa, é evidente que o inquérito será perfeitamente dispensável”<sup>61</sup>*

Mas não é só o Código de Processo Penal que dispensa o inquérito policial, a Lei nº 8.069/90 - ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 201, inciso VII, prevê a possibilidade do Promotor de Justiça instaurar sindicâncias e investigar os atos infracionais praticados, como um trabalho paralelo e independente da atuação da polícia judiciária:

*“Art. 201. Compete ao Ministério Público:*

*(...)*

*VII- instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude”;*

A Lei de Abuso de Autoridade também, antes mesmo do ECA, já contemplava a inexistência do inquérito policial para a abertura da ação penal, tudo indicando que o legislador preocupou-se com a possibilidade do inquérito maquiado ou não existir nas hipóteses em que a autoridade policial ou outro policial for o autor do abuso. Assim dispôs a Lei 4.898/65:

*“Art. 12. A ação penal será iniciada, independentemente, de inquérito policial ou justificação, por denúncia do Ministério Público, instruída com a representação da vítima do abuso.”*

À sociedade, nada, mas nada mesmo, impede que o Ministério Público assumam a investigação criminal, e repito, preferencialmente naqueles delitos que, na maioria das vezes, não vem sendo alcançados pela Polícia Judiciária, como é o caso da investigação de organizações criminosas.

---

<sup>61</sup> In “Processo Penal”, volume I, Saraiva, 12ª edição, página 181.

## VII- O PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO E OS PODERES REQUISITÓRIOS DO PROMOTOR DE JUSTIÇA:

Assim como o inquérito policial e o próprio inquérito civil do Ministério Público, o mencionado Procedimento Investigatório deve ser inaugurado através de uma portaria lavrada pelo Promotor de Justiça, na qual deverá constar o fundamento legal de sua existência, seu objetivo precípuo, quem serão as pessoas, empresas ou organizações criminosas investigadas e quais serão as primeiras providências a serem determinadas.

Para a eficiente condução da investigação criminal deve o Promotor de Justiça valer-se dos poderes requisitórios previstos expressamente em lei, os quais, embora sejam limitados, são ferramentas de grande utilidade para a busca dos elementos necessários para o esclarecimento do fato criminoso.

De fato, a atual Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo e a Lei Orgânica Federal (artigo 104, incisos III, IV e V, da Lei Estadual 734/93 e artigo 26, incisos II, III e IV, da Lei Federal 8.625/93) detalham quais são os poderes requisitórios do Promotor de Justiça., os quais devem ser utilizados como meios valiosos para a colheita de informações e documentos hábeis para instruir os procedimentos investigatórios.

Tem o Promotor de Justiça poder para notificar pessoas para colher depoimento ou esclarecimento, determinando a condução coercitiva, se for o caso (art. 104, inc. I, “a”, da Lei Estadual nº 734/93); tem o poder de requisitar: informações, perícias diversas, documentos, tanto de empresas particulares, quanto de entidades ou autoridades públicas municipais, estaduais e federais (art. 104, inc. I, “b”, e art. 104, inc. III, da mesma Lei); também, o poder de tomar conhecimento da prisão processual de qualquer pessoa, através da comunicação da própria autoridade policial responsável pela custódia (art. 103, inc. XIII), etc.

E com grande importância, como alternativa mais eficaz para o combate ao crime organizado, pode e deve ainda o Promotor de Justiça, na condução do Procedimento Investigatório, através de seu poder requisitório, reunir e coordenar as atuações conjuntas de outros profissionais, tais como fiscais da Receita Federal, do INSS, Delegados e Investigadores de polícia, peritos da Polícia Técnica, Médicos Legistas, dentre outros. Tais profissionais, dentro de sua competência respectiva, poderão auxiliar na elucidação do esquema criminoso apurado pelo Ministério Público. Trata-se, na verdade, da formação da já citada **Força - Tarefa**.

Poderá ainda o Promotor de Justiça valer-se de seu poder de livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais, além do acesso não menos livre aos documentos relativos à atividade de polícia judiciária (letras “a” e “b”, do inciso XIII, do artigo 103 da Lei Estadual 734/93). A oitiva de presos é uma constante no trabalho investigatório e, portanto, esse poder de ouvir detentos apresenta-se como de grande utilidade.

Outra questão que atormenta o dia a dia do Promotor de Justiça como Presidente do Procedimento Investigatório, tal como ocorre no inquérito policial, é a prerrogativa dos membros da Ordem dos Advogados do Brasil de terem acesso aos documentos relativos à investigação a qualquer instante. A revelação do conteúdo e do caminho da investigação criminal ao Advogado do Investigado, não raro, frustra os objetivos ministeriais.

A Lei Federal nº 8.906/94, denominada como Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 7º, inciso XIV, consagrou ao Advogado, independentemente da prévia juntada de procuração, a possibilidade de examinar qualquer inquérito policial.

Portanto, teria o membro da Ordem a prerrogativa de examinar os Procedimentos Investigatórios na Promotoria de Justiça, vez que, inegavelmente, o procedimento ministerial deve ser equiparado ao inquérito policial. O Advogado, ao invocar seu Estatuto, teria acesso a todas as informações relativas à investigação do Ministério Público, podendo inclusive antever quais seriam os possíveis passos a serem dados pelo Promotor de Justiça na condução da investigação, como, talvez, a prisão temporária de seu cliente.

Contudo, assim como no inquérito policial, deve o Promotor de Justiça assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, conforme expressamente dispõe o artigo 20, *caput*, do Código de Processo Penal: *“A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato exigido pelo interesse da sociedade”*.

Existem, pois, dois interesses jurídicos antagônicos: o da sociedade, fundado na necessidade do fato ser investigado em sigilo, e o do advogado, estribado na necessidade de conhecer a investigação para a defesa de seu cliente. A disputa entre o direito individual e o da sociedade, obviamente, não pode ser resolvido em favor do primeiro, sob pena de inversão básica de valores, mormente na fase pré - processual na qual inexistente o contraditório.

Tratando do mesmo assunto, recente decisão do Tribunal Regional Federal decidiu da seguinte forma a questão:

*“Habeas Corpus. Decisão Judicial. Quebra de sigilo bancário. Contraditório e ampla defesa. Direito de vista.*

...

*III- Os procedimentos administrativos visam à colheita de elementos para eventual e futuro processo judicial, não se revestindo das mesmas peculiaridades destes. Não há partes em confronto, ainda, mas apenas fatos que podem incriminar ou não pessoas físicas ou jurídicas. **Não se há de falar, portanto, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa.** Precedentes do STF e do STJ.*

*IV- No procedimento investigatório, todavia, há que se assegurar ao eventual investigado, in casu o paciente, acesso às suas respectivas movimentações bancárias cabendo à autoridade judicial velar pela manutenção do sigilo relativo às demais pessoas investigadas.*

*V- Ordem de habeas corpus parcialmente concedida.” (destaquei)<sup>62</sup>*

Defendemos, destarte, que a melhor solução, diante do impasse legal criado, deve ser resolvido da seguinte forma: nas hipóteses em que houver denominação específica da pessoa a ser investigada, deve ser franqueado ao seu Advogado o acesso ao Procedimento Investigatório, para que este conheça o objeto da investigação sofrida por seu cliente, **sempre que o momento da consulta seja o adequado para o respeito ao sigilo, necessário para o alcance da elucidação do fato criminoso.**

Poderá, então, o Promotor de Justiça deixar de entregar os autos do Procedimento Investigatório, justificadamente, para a proteção do segredo, se este for imprescindível à busca da verdade real dos fatos investigados. Em outras palavras, trata-se a prerrogativa do Advogado de regra com força de aplicação relativa, sem caráter absoluto. E o mesmo aplica-se ao inquérito policial da Polícia Judiciária.

---

<sup>62</sup> HC nº 1998.01.00.048293-0/PA, TRF 1ª região, 3ª Turma, rel. Juiz Cândido Ribeiro, j. 10.11.98, v.u., DJU 12.03.99, p. 99, e Boletim IBCCRIM nº 79/99.

A respeito ainda desse polêmico assunto, na mesma linha do presente trabalho, já escreveram Marcelo Batlouni Mendroni, colega do GAECO, e Carlos Ernani Constantino<sup>63</sup>, também Promotor de Justiça. Mendroni enfoca o tema da seguinte maneira:

*“Seria na verdade um critério desigual se a defesa pudesse tomar conhecimento do que se investiga, pois jamais revelaria à polícia, ao Ministério Público e tampouco ao juiz onde se encontram as evidências incriminadoras da pessoa investigada.”<sup>64</sup>*

Outro entendimento, no mesmo sentido, é apresentado por Aury Lopes Jr.:

*“O segredo externo deve ser a regra geral, pois assegura o êxito das investigação e preserva o sujeito passivo da estigmatização social prévia ao processo penal. O segredo interno deve ser tolerado em casos extremos, por um breve período de tempo, mediante resolução judicial fundamentadamente.”<sup>65</sup>*

De outro lado, instrumentos normalmente utilizados no inquérito policial também poderão ser aplicados na investigação criminal presidida pelo Promotor de Justiça.

De fato, no Procedimento Investigatório é ainda possível obter a interceptação telefônica no telefone móvel ou fixo do investigado, sendo, aliás, ferramenta muito útil à investigação em face da possibilidade de surpreender os envolvidos em crimes comentando práticas ilegais. A Lei 9.296/96, que dispõe sobre a interceptação telefônica, prevê que o Promotor de Justiça poderá pleitear ao Juiz a escuta telefônica, desde que sejam atendidos os pressupostos legais delineados nos artigos 1º e 2º. Trata-se de legitimidade concorrente com a autoridade policial. Conquanto o artigo 6º disponha que a autoridade policial cuidará do monitoramento da interceptação, no GAECO tem sido sustentada a tese de que tal missão também pode ser conferida ao Ministério Público, o que tem sido deferido com frequência por diversos Magistrados

---

<sup>63</sup> Artigo: “O Sigilo Pré - Processual: uma arma à disposição da sociedade”; publicado no Boletim *Plural* nº 25, junho/julho de 2000, publicado pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, p. 09.

<sup>64</sup> Artigo publicado no Boletim do IBCCRIM nº 83/99.

<sup>65</sup> Obra já citada, p. 333.

com atuação perante a Corregedoria da Polícia Judiciária<sup>66</sup>. É inegável que, em certas situações, a polícia judiciária não poderá assumir a investigação criminal e, conseqüentemente, monitorar a interceptação telefônica, já que, havendo o envolvimento de policiais civis, fatalmente o trabalho, necessariamente sigiloso, perderá seu sentido.

Outra questão polêmica refere-se a obtenção das contas ou bilhetes de uma determinada conta telefônica (móvel ou fixa), as quais revelam os telefonemas feitos através da linha telefônica. Tem sido entendido com frequência que tais dados estão inseridos dentre as garantias individuais do cidadão, protegidos no conceito da intimidade ou da privacidade. Assim, as concessionárias de telefonia têm fornecido as informações apenas mediante autorização judicial expressa.

Por fim, possível ainda no Procedimento Investigatório pleitear a decretação da Prisão Temporária de uma determinada pessoa investigada. O artigo 2º da Lei nº 7.960/89 prevê que o Ministério Público também pode requerer a aludida prisão. E, portanto, a custódia temporária, que tem-se mostrado importante para assegurar o prosseguimento da investigação sem a influência direta do investigado, também deve ser objeto de apreciação no Procedimento Investigatório ministerial - aliás, registramos, por oportuno, que essa medida, igualmente, já foi deferida em pedido formulado pelo GAECO.

Com relação ao acesso às informações fiscais e bancárias, exigia a Lei 4.595/64 a prévia autorização judicial. O Projeto de Lei Complementar nº 220 de 1998, que originou a atual Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, outorgava ao Ministério Público a possibilidade de obter as informações bancárias diretamente, sem intervenção do Judiciário. Contudo, a redação final da mencionada Lei Complementar exigiu, como antes, a necessidade da autorização judicial. Assim, inevitavelmente, tem o Promotor de Justiça a necessidade de demonstrar ao Juiz de Direito a presença dos seguintes

---

<sup>66</sup> Podemos citar que já foi deferida a interceptação telefônica no Procedimento Investigatório do Ministério Público pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de Campinas. Através da atuação do GAECO, a mesma decisão já foi proferida pelo MM. Juiz Diretor do DIPO, Dr. Maurício Alves Pinto Porto, do MMs. Juízes de Direito Corregedores da Polícia Judiciária de Bragança Paulista, Santo André, dentre outros.

Registramos ainda que, durante as investigações dos esquemas criminosos existentes no DETRAN/SP, o GAECO obteve o deferimento de uma escuta na linha de telefone de um "zangão" (*espécie de despachante policial clandestino*) e acabou descobrindo a existência de uma espécie de *disk - desbloqueio de multas*; através de seu telefone, o "zangão" recebia os números de centenas de placas e depois, através de corrupção no DETRAN, conseguia desbloquear momentaneamente o débito oriundo de multas ou de IPVA, possibilitando os licenciamentos dos veículos sem qualquer pagamento dos débitos.

requisitos legais para obter as informações sigilosas: a) indícios da ocorrência do crime; b) indícios da autoria do crime atribuída ao Investigado; c) atendimento ao critério da proporcionalidade (a gravidade e excepcionalidade do pedido estão à altura do delito investigado).

Diversos membros do Ministério Público já defenderam haver amparo da Lei na requisição direta dos dados bancários e fiscais. Isto porque, a Lei Complementar nº 75/93 prevê expressamente a possibilidade do Ministério Público da União obter informações protegidas pelo sigilo bancário e fiscal, devendo, contudo, resguardar o sigilo. E aludida Lei tem aplicação subsidiária aos Ministérios Públicos Estaduais, diante dos dizeres do artigo 80 da Lei nº 8.625/93, de sorte que o Promotor de Justiça Estadual teria autorização legal para exigir a vinda de extratos bancários, sem a intermediação judicial, a fim de instruir seu Procedimento Investigatório.

Entretanto, esse entendimento já foi negado pelo Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Estaduais têm julgado no mesmo sentido.<sup>67</sup>

### **VIII- A ALEGAÇÃO DE IMPEDIMENTO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA QUE PRESIDIU O PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO**

Quando o Promotor de Justiça acompanha, participa ou investiga diretamente, *motu proprio*, na grande maioria das vezes os Advogados sustentam haver causa de impedimento por parte do Promotor de Justiça, que fica impedido de atuar no processo - crime, à vista dos atos realizados na fase pré - processual.

Realmente, na Capital de São Paulo essa alegação é bastante constante nos feitos em que o GAECO atuou na investigação criminal, ou participou do trabalho da polícia judiciária, como por exemplo, acompanhando o cumprimento de um mandado de busca e apreensão na residência de uma pessoa investigada, o que, sem dúvida, exige os olhos atentos do membro do Ministério Público para o encontro dos elementos específicos de provas, os quais, muitas vezes, não são percebidos por um investigador de polícia, que, useiramente, fica distante da condução da investigação criminal.

---

<sup>67</sup> MS nº 21.729-4 - DF, publicado no D.O de 16.10.1995, p. 34.571.



Pois bem. Os artigos 252 e 254 do C.P.P. elencam causas de impedimento e de suspeição do Juiz de Direito, obstando o Magistrado, diante da presença de uma das hipóteses legais, de exercer a jurisdição.

E o artigo 258 do CPP, em sua parte final, prescreve que “... e a eles (órgãos do Ministério Público) se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes”.

Assim, diz o inciso II, do art. 252 do CPP que o Juiz fica impedido de exercer jurisdição quando “*ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha*”; também fica vedado o exercício da jurisdição quando o Magistrado “*tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão*” - inciso III, do artigo 252 do CPP. Daí a alegação no sentido do Promotor de Justiça, que atuou na fase pré - processual, não poder participar da fase processual, posto que estaria impedido por força da regra mencionada - art. 252, inc. III, c.c. art. 258, ambos do CPP.

Ocorre que a alegação é, manifestamente, improcedente!

E quanto a isto a jurisprudência tem sido pacífica.

Com efeito, como já enfatizamos, o poder de investigar do Promotor de Justiça é próprio de sua função e decorre de sua exclusividade para iniciar as ações penais públicas. E, uma vez procedida e concluída a investigação criminal, terá que se iniciar a fase acusatória, em Juízo, perante o contraditório e todas as cautelas do princípio do devido processo legal. Esta segunda atuação do órgão do Ministério Público é complementar da primeira, não havendo óbice algum para sua concretização.

Reconhecer o impedimento, nos termos do artigo 252, inc. II, c.c. art. 258 do CPP, seria o mesmo que negar uma função inerente à sua atuação na área criminal, que é a de investigar, de ofício, para o oferecimento da competente ação penal.

Ademais, o artigo 564 do CPP, que enumera as causas de nulidade, não prevê a hipótese de impedimento ou suspeição do membro do Ministério Público, o que, por mais um motivo, afasta a possibilidade da arguição de nulidade processual.

De outra parte, há quem sustente ainda que o Ministério Público, no processo penal, uma vez formada a relação processual, deve ser imparcial e, assim, estaria impedido de intervir no feito se teve participação na fase pré - processual.

O argumento, novamente, é inconsistente.

O magistério de Frederico Marques esclarece com grande didática essa questão:

*“o Ministério Público é parte em sentido formal, como sujeito da relação processual que com a ação se instaura, e em sentido material, porquanto representa o Estado na relação jurídico - substantiva entre este e o réu, contida no direito subjetivo.*

*... não há que se falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação: existiria, aí, um bis in idem de todo prescindível e inútil. **No procedimento acusatório, deve o promotor atuar como parte, pois se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado.** O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado.*

*Em segundo lugar, o que caracteriza o conceito de parte não é a parcialidade ou imparcialidade, e sim a titularidade de direitos próprios em relação ao conteúdo do processo e a contraposição à função de dirimir o conflito de interesse e julgar.”<sup>68</sup> (destaquei)*

O Promotor de Justiça, Cristiano Chaves de Farias, igualmente, analisou com extrema exatidão esse assunto<sup>69</sup>.

No mesmo sentido é o ensinamento de Júlio Fabbrini Mirabete:

*“.. não constitui impedimento o fato de ter sido o representante do MP designado para acompanhar o inquérito policial, intervindo nas investigações, participando da coleta de provas, requisitando diligências, etc, pois tais funções são próprias do exercício do cargo.”<sup>70</sup>*

Como já mencionamos, o que sempre marcou e destacou a atuação do Ministério Público foi sua função acusatória, de trazer provas hábeis ao édito condenatório. Ou seja, o Promotor de Justiça que litiga no âmbito judicial - penal, inquestionavelmente, é parte. Em consequência, inviável a alegação de impedimento, na hipótese desse mesmo Promotor ter sido cuidadoso em acompanhar ou conduzir a investigação criminal.

<sup>68</sup> In “Elementos de Direito Processual Penal”, volume II, Bookseller editora, página 51, 1ª edição, 1997; com destaque.

<sup>69</sup> . - In “Ministério Público e Persecução Criminal”, editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997, página 89, citado por Cristiano Chaves de Farias, Boletim do IBCCRIM nº 85, dezembro de 1999.

<sup>70</sup> In “Código de Processo Penal Interpretado”, 3ª edição, editora Atlas, página 305, 1996.

Hélio Tornaghi, com muita profundidade, também analisou a mesma questão, esclarecendo com propriedade a natureza da função do Promotor de Justiça e inoportunidade do impedimento:

*“Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar e o seu caráter de parte. Imparcial ele deve ser apenas na fiscalização, na vigilância, no zelo da lei. Deve fazê-la cumprir no tempo, na forma, no lugar por ele próprio determinados. Mas essa é apenas uma de suas funções e não é a que ele tem como parte. Como tal, cabe-lhe promover a aplicação da lei penal ao acusado, persegui-lo (no sentido técnico, é claro), carrear para o processo todas as provas de sua culpa (lato sensu), chamar a atenção dos julgadores para as circunstâncias que possam onerá-lo, agravando a pena ou qualificando o crime.”<sup>71</sup>*

Espínola Filho assim define o assunto:

*“Não há impedimento para o órgão do Ministério Público funcionar em causa na qual tenha intervindo em outra instância”<sup>72</sup>*

Mais recentemente, ao tratar da mesma questão, Aury Lopes Jr. invoca os ensinamentos de José Guarnieri:

*“... o MP constitui uma figura que, se bem tem o corpo de parte, oferece a alma de juiz.”<sup>73</sup>*

Toda jurisprudência tem seguido a mesma orientação e, felizmente, tem afastado a frágil alegação de impedimento:

*“A atuação do promotor na fase investigatória - pré - processual - não o incompatibiliza para o exercício da correspondente ação penal. Não causa nulidade o fato do promotor, para a formação da opinio delicti, colher preliminarmente as provas necessárias para a ação penal” (STJ , RHC 3586, rel. Pedro Aciole, j. 09.05.94, DJU 30.05.94).*

*“Promotor que, antes do início da ação penal, participa da fase investigatória, como membro do Ministério Público, não no exercício do*

---

<sup>71</sup> In “A Relação Processual Penal”, 2ª edição, 1987, página 172.

<sup>72</sup> “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, vol. 3, nº 542, página 243, editado em 1955.

<sup>73</sup> Ob. citada, página 79.

*cargo de delegado ou de investigador de polícia - Inexistência de incompatibilidade para o exercício da ação penal, apoiada nas provas colhidas naquela fase, já que o Promotor de Justiça, em tal hipótese, era e continua sendo representante da acusação, sem qualquer mudança nessa posição previstas no art. 252, I, do CPP” (STJ, HC, rel. Assis Toledo, RSTJ 7/146).*

*“Não está impedido de atuar, Promotor Público designado, de forma genérica, para apurar envolvimento de policiais militares com o tráfico de drogas, sendo posteriormente designado para dividir as atribuições da Vara para onde o inquérito foi distribuído, nada impedindo que ofereça denúncia e oficie naquele originado de suas investigações preliminares.*

*O princípio do Promotor natural deve ter o devido tempero, apenas para evitar o acusador de exceção, aquele designado com critérios políticos e pouco recomendáveis.*

...

*Recurso improvido” (STJ, 6ª Turma, HC nº 6662, DJU de 27.04.98, página 214).*

*“Impedimento - Fato de haver acompanhado a investigação de crime que não o impede de oferecer denúncia e atuar no processo - Ordem denegada” (TJSP, RJTJSP 129/548).*

Muitas outras decisões poderiam ser citadas (RJTJSP, Lex, vol. 120/589; RTJ 119/120; RT 580/433, etc), mas é o quanto basta para elucidar a questão, como visto, já pacificada.

## **IX- PROPOSTAS LEGISLATIVAS SOBRE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Quando se fala em aperfeiçoar ou atualizar o vigente Código de Processo Penal, destaca-se o capítulo da fase pré - processual, relativa a investigação criminal. O destaque desse tema se dá não só por sua notória importância, como também porque há, neste particular, um indisfarçável combate de prerrogativas entre instituições.

Em síntese, defende os integrantes da Polícia Judiciária, principalmente através de seus órgãos de classe, a exclusividade da Polícia Civil para a investigação das infrações penais, com absoluta autonomia<sup>74</sup>.

O Anteprojeto do Código de Processo Penal, em trâmite na Câmara dos Deputados, atendeu, em parte, aos interesses da Polícia Judiciária. Em sua Exposição de Motivos constou o seguinte, no item que interessa ao presente trabalho:

*“... o Anteprojeto reserva à polícia judiciária funções eminentemente investigatórias, em observância, aliás, ao disposto no art.144, par. 4 da Constituição Federal, de modo a delas retirar o caráter burocrático e cartorial que hoje assumiram; ao Ministério Público, destinatário da investigação policial, atribui funções de supervisão e controle, hoje conferidas ao juiz; e a este reserva o papel de juiz de garantias, imparcial e eqüidistante, sendo de sua exclusiva competência a concessão das medidas cautelares. A defesa é assegurada a partir do momento em que o investigado passa à situação de suspeito; e o ofendido também assume papel de relevância, podendo exercer diversas iniciativas ao longo das investigações.”*

Com essa ideologia, o Legislador sugere a seguinte redação no Anteprojeto de alteração do Código de Processo Penal:

*“Art. 4º. Caberá à polícia judiciária, **com exclusividade**, a apuração das infrações penais e sua autoria, por meio de:*

*I - termo circunstanciado, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo;*

*II - apuração sumária, em relação às demais infrações;*

*III - inquérito policial, quando requisitado pelo Ministério Público.*

*Parágrafo único - A atribuição definida neste artigo não exclui a de outras autoridades judiciais e administrativas, às quais a lei cometa a mesma função ou parte dela” (grifei).*

---

<sup>74</sup> Lembramos que o direito comparado não tem acolhido a pretensão da Polícia Judiciária brasileira. Na Alemanha, no âmbito do direito fiscal, as autoridades fiscais estão encarregadas das investigações criminais e de viabilizarem a formação da *opinio delicti* do Ministério Público. Na França outras entidades administrativas, como o Chefe do Executivo Municipal, têm a mesma atribuição da Polícia Judiciária (confira-se na obra já citada de J.M.D. da Cunha, ps. 64 e 76).

Diante da redação do Anteprojeto pretendeu o legislador deixar o Ministério Público, tão somente, como responsável pela supervisão do trabalho de investigação policial, além de concentrar em seus poderes a requisição dos inquéritos policiais, sem prejuízo da iniciativa do ofendido.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM ofereceu suas sugestões ao Anteprojeto do CPP sobre o tema “Investigação Criminal”, da seguinte forma:

*“Art. 4º - Caberá à Polícia Judiciária a apuração das infrações penais e sua autoria, por meio de:*

*I- termo circunstanciado, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo;*

*II- inquérito policial.*

*Parágrafo único. A atribuição definida neste artigo não exclui a de outras autoridades judiciais e administrativas, às quais a lei cometa a mesma função ou parte dela.”*

O texto acima apresentado pelo IBCCRIM retirou do Anteprojeto a exclusividade investigatória da Polícia Judiciária, a qual inclusive contrariava o disposto no parágrafo único do artigo 4º. Contudo, da mesma forma que o Anteprojeto, não fez menção expressa ao poder investigatório do Promotor de Justiça. Aliás, o estudo do IBCCRIM não contemplou ao Ministério Público o controle e a supervisão do inquérito policial. Houve sim, a manutenção dessa atribuição ao Juiz de Direito, tal como está no CPP.<sup>75</sup>

Entendeu o IBCCRIM que *“o Código de Processo Penal, em vigor – apesar de seus defeitos-, mostra-se melhor e mais sistemático que o anteprojeto.”* E, ao manter o Ministério Público distante do controle da investigação criminal, assim argumentou: *“se a investigação for conduzida pelo Ministério Público, quem exercerá o controle externo da atividade investigatória? Quais garantias e mecanismos de controle contra eventuais desvios ou abusos na investigação?”*<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> A redação sugerida pelo IBCCRIM, a respeito desse tema, foi apresentada da seguinte forma: *“Art. 10. Par. 1º. Encerrado o inquérito, a autoridade policial remeterá os autos, com relatório, ao juiz competente.”*

<sup>76</sup> *In* “Justificativas das Sugestões e Ponderações Oferecidas pelo IBCCRIM ao Anteprojeto sobre INVESTIGAÇÃO POLICIAL”.

Pensamos diferente. A falta de controle externo do Ministério Público não é o bastante para afastá-lo da supervisão e coordenação do inquérito policial e da Polícia Judiciária.

Com efeito, se é defensável a tese da permanência da sistemática processual penal atual – coordenação do inquérito policial pelo Juiz de Direito -, na qual o Ministério Público é, unicamente, o *dominus litis* da ação penal pública, que é o mais, sem haver o controle externo da atuação do membro do *parquet*, porque não pode supervisionar a investigação e o inquérito que é o menos, sem também haver o controle externo?

O que importa admitir é a necessidade de fortalecer a investigação criminal e aproximar o destinatário da produção do trabalho policial, o Promotor de Justiça, da Polícia Judiciária, de forma a possibilitar, desde o início da fase pré-processual, a coordenação da busca da prova necessária para o sucesso da ação penal. Mesmo porque não será a alteração da presidência do inquérito policial que irá, de um momento para o outro, resolver o problema da eficiência da investigação criminal.

De outra parte, se por um lado houve um avanço positivo no Anteprojeto, na medida em que o Juiz deixa de participar do controle da investigação criminal, posto que caberá ao próprio Ministério Público, através de seu órgão superior, a homologação do pedido de arquivamento proposto pelo Promotor de Justiça,<sup>77</sup> por outro lado houve um retrocesso no afastamento do Ministério Público em sua atividade investigatória.

Como já exposto, além de contrariar uma tendência mundial, o legislador, em seu Anteprojeto de alteração do CPP, terminou por inviabilizar a consecução das funções institucionais estatuídas pela Constituição Federal. Repita-se. Jamais o Ministério Público poderá deixar de investigar, através de seus próprios meios, vez que tal atividade é implícita ao seu poder de acusar formalmente e a Lei Maior confere amparo a essa atividade, como já analisado.

Diante da proposta contida no Anteprojeto, indagamos: como fica a disposição contida no artigo 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Constituição da República, que permite ao Ministério Público a promoção da investigação criminal, para viabilizar o exercício da ação penal, instrumentalizado em **procedimentos administrativos de**

---

<sup>77</sup> O item 15 da Exposição de Motivos do Anteprojeto argumentou o seguinte: “15. Sobressai, como autêntica novidade a nenhuma interferência da autoridade judiciária, quanto à formulação da acusação, ou à promoção de arquivamento, toda ela processada no âmbito do Ministério Público, a cujo Órgão Superior será conferida a fiscalização da atuação ministerial inferior, com o devido controle pelo ofendido, homologando-a ou ordenando que outro representante da instituição ofereça denúncia.”

**sua competência**, através da expedição de notificações, requisição de informações e documentos, requisição de diligências investigatórias, instrumentos esses que, sem dúvida, também servem para o controle externo da atividade policial e para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, “caput”)?

Há, pois, inegável contradição entre os dispositivos constitucionais e o Anteprojeto.

Finalmente, registramos os estudos elaborados pelo Ministério Público, em seus diferentes Estados, com relação a modificação do CPP. No Estado de São Paulo, com grande apoio da Escola Superior do Ministério Público e do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, a questão foi apresentada e concluída da seguinte forma:

*“Art. 4º. A apuração das infrações penais e sua autoria ocorrerá por meio de:*

*I – termo circunstanciado, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo;*

*II – apuração sumária, em relação às demais infrações;*

*III – inquérito policial, quando requisitado pelo Ministério Público;*

*IV – **demais procedimentos investigatórios admitidos em lei.***

*Parágrafo único. A investigação criminal será exercida pela polícia nos casos dos incisos I a III.”(destaquei)*

Como se vê, a proposta ministerial contempla a investigação procedida pela Polícia Judiciária, mas, ao mesmo tempo, possibilita a existência de outros *procedimentos investigatórios* admitidos em lei.

Numa época em que o crime organizado penetra, com rapidez, nos Poderes da República e passa a contar com representantes oficiais, tanto Legislativo, no Executivo e no Judiciário, não se pode, à toda evidência, afastar o Ministério Público da investigação criminal, tolhendo-lhe a iniciativa da colheita da prova do fato criminoso, como parece ter pretendido o Anteprojeto.

Outra contradição manifesta existente no Anteprojeto apresentado pelo Poder Executivo Nacional foi apontada nos estudos e sugestões da Comissão do Ministério Público do Estado de São Paulo, que fala por si, nos seguintes termos:



*“Note-se que a Lei Orgânica da Magistratura (art. 33, § único, da Lei Complementar n.º 35) prevê que a investigação de crimes praticados por juízes é atribuição do próprio Judiciário, com idênticas normas em relação ao Ministério Público da União (art. 18, § único, da Lei Complementar Federal 75/93) e dos Estados (art. 41, parágrafo único, da Lei Federal 8.625/93), **afigurando-se verdadeira involução a supressão da possibilidade dessas autoridades (sanitárias, florestais, fiscais, etc.) procederem a “inquéritos” e outros procedimentos de investigação em matérias da sua especialidade.** Anote-se, à derradeira, que para o exercício da ação penal é dispensável o inquérito policial se o representante do Ministério Público possuir peças de informações contendo elementos suficientes sobre a autoria e a materialidade do crime (art. 46, § 1º, CPP).” (destaquei)*

Diante do exposto, melhor seria manter no Anteprojeto a concentração no próprio Ministério Público do poder de controlar e dirigir a investigação criminal, afastando a intervenção do Poder Judiciário<sup>78</sup>. Mas, inapelavelmente, necessária seria a alteração da redação do artigo 4º, que atribuiu à polícia a exclusividade da investigação criminal.

## X - CONCLUSÃO

O mundo contemporâneo admite a existência do crime organizado e elege a segurança pública como um dos pontos mais importantes para a plenitude da paz social e manutenção da ordem pública. E o Brasil, sem dúvida alguma, figura-se dentre as nações mais preocupadas com esse tema.

No entanto, até o presente instante, pouquíssimas medidas concretas foram tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

---

<sup>78</sup> Segundo o Anteprojeto o artigo 28 está redigido da seguinte forma: “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, após a realização de todas as diligências cabíveis, convencer-se da inexistência de base razoável para o oferecimento da denúncia, promoverá fundamentadamente, o arquivamento dos autos da investigação policial ou das peças de informação. Par. 1º. Cópias da promoção de arquivamento e das principais peças dos autos serão por ele remetidas, no prazo de 3 (três) dias, ao órgão superior do Ministério Público, sendo intimados dessa providência, em igual prazo, mediante carta registrada, com aviso de retorno, o investigado e o ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo” ... Par. 4º. A promoção de arquivamento, com ou sem razões dos interessados, será submetida a exame e deliberação do órgão superior do Ministério Público, na forma estabelecida em seu Regimento.” ...

O Plano Nacional de Segurança Pública, instituído pelo Governo Federal, publicado em 2000, consiste numa dessas poucas atitudes concretas. Aludido Plano teve o mérito de reunir instituições para o difícil combate ao crime organizado. Embora não tenha sido usada a expressão “Força Tarefa”, o Plano prevê sua formação como maneira eficaz de ação; assim constou em sua Introdução:

*“Busca-se, com o estabelecimento de medidas integradas, aperfeiçoar a atuação dos órgãos e instituições voltadas à segurança pública em nosso país, permitindo-lhes trabalhar segundo um enfoque de mútua colaboração. Somente com essa participação conjunta, este programa terá efetividade e criará condições para o desenvolvimento de ações mais eficazes. (...) Estamos convencidos de que, por meio do estreitamento da cooperação com estados, municípios, demais poderes e sociedade civil organizada - de forma firme e permanente - muito poderá ser realizado no sentido de se assegurar um dos direitos fundamentais do cidadão: o direito à segurança”.*

E, de fato, como já sustentamos anteriormente, diante da forma com que atuam as organizações criminosas - a **diversidade de atividades e a presença indispensável de funcionários públicos-**, a criação de **Força Tarefa é a única forma real de exterminar com a atuação do criminoso organizado**. Apenas com a união de *forças*, coordenadas, é que se viabiliza o encarceramento dos envolvidos, o rastreamento de todos os bens adquiridos com o produto do crime, a identificação do dinheiro lavado e, finalmente, que se identifica todos funcionários públicos infiltrados na organização.

Nos EUA, a propósito, Procuradores e Promotores de Justiça atuam com êxito nessa sistemática. Há seguidas reuniões de instituições: polícia, Fisco, e outros órgãos do Governo, para conjuntamente, através da “*Task Force*”, combaterem uma determinada organização criminosa. E, nessas oportunidades, celebram um formal contrato de cooperação, no qual fixam a maneira de atuação, o local onde estarão reunidos na missão e, o que é importante, o tempo de duração da Força Tarefa<sup>79</sup>.

Ainda numa análise crítica da iniciativa do Governo Federal no âmbito da segurança pública, necessário reclamar do Plano Nacional de Segurança quando deixa ausente

---

<sup>79</sup> Essas informações foram transmitidas pelos Promotores de Justiça Norte Americanos e Agentes do FBI, durante o Curso de “*Abordagem de Força Tarefa para Investigação e Processamento de Casos - Narcotráfico, Lavagem de Dinheiro e Corrupção*”, ocorrido em 14 e 15 de setembro de 2000.

o Ministério Público<sup>80</sup> em algumas atuações específicas importantes, como é o caso do item 1, denominado como “*Operações de Combate ao Narcotráfico*”, e também no “*Compromisso nº 3 - Repressão ao Roubo de Cargas*”. A Polícia Judiciária, a Polícia Militar, a Polícia Federal e Rodoviária, além da Receita Federal, estarão atuando conjuntamente na repressão desses delitos. Todas essas instituições, portanto, deverão produzir provas, as quais, mais tarde, poderão ser insuficientes para a deflagração da ação penal por parte do *dominus litis*. Além disso, é o órgão do Ministério Público quem melhor conhece os futuros e possíveis argumentos dos Defensores. E, sobretudo, é ainda o Promotor de Justiça ou Procurador da República quem melhor avalia a legalidade, ou ilegalidade, de uma determinada prova. Enfim, o Ministério Público deveria ter sido incluído pelo Governo Federal, não para estar na linha de frente da atuação policial, mas para, conjuntamente, discutir e orientar a busca da melhor prova.

Como mais um argumento para manter o Ministério Público, desde os primeiros instantes da repressão, ao lado de outras instituições no combate ao crime organizado, invocamos os ensinamentos dos juristas portugueses Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel M. G. Valente: “*A titularidade da investigação criminal conferida ao M.P. não lhe dá o poder de definir a política criminal, mas deve ser o motor de execução dessa mesma política definida pelos órgãos de soberania, uma vez que é elemento vivo do sistema judicial, cuja participação activa executa a política criminal se encontra consagrada como princípio constitucional*”<sup>81</sup>.

De outro lado, concluímos como legal e legítima a investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público e, sobretudo, através da instauração dos Procedimentos Investigatórios.

Entanto, **os poderes investigatórios disponíveis ao Ministério Público**, assim como à Polícia Judiciária, **são absolutamente insuficientes**.

E não há como combater eficazmente o crime organizado se não houver investimento nessa disposição e, sobretudo, **se não houver poderes suficientes para o Investigador**.

---

<sup>80</sup> Interessante observar que, em Portugal, de acordo com o magistério do Professor Canotilho, em sua obra já citada (p. 665), a quarta revisão da constituição portuguesa acrescentou mais uma competência de relevante significado político e jurídico-constitucional a da participação do Ministério Público na *execução da política criminal* definida pelos órgãos de soberania (art. 219/1).

<sup>81</sup> Obra citada, p. 88.

É sabido que o direito penal e processual penal não irão jamais solucionar a criminalidade avassaladora, tanto o ato violento isolado quanto a atuação organizada de delinquentes. Mas, **um conjunto de leis dispendo sobre os poderes de investigação poderá trazer resultados nunca antes visto**, como por exemplo aqueles vistos na Itália, após 1988, quando houve uma reforma radical na legislação processual penal e foram potencializados os poderes dos Promotores de Justiça. Entendemos, aliás, que o direito penal deixaria de ser simbólico na medida em que alcance os poderosos, aqueles que estão no topo da pirâmide. E isto só será possível após o incremento da investigação criminal.

Em 1995, na oportunidade em que foi criada a Lei nº 9.034/95, o Estado<sup>82</sup> demonstrou algum interesse em combater o crime organizado, mas o resultado dessa vontade não alcançou os desígnios da Lei e não trouxe qualquer alento aos órgãos responsáveis pela investigação criminal. Perdemos a chance de dispor sobre as formas de combate ao crime organizado e os possíveis instrumentos legais para sua repressão.

Para que fique bem evidente a **insuficiência dos poderes de requisição**, basta citar que o Promotor de Justiça pode requisitar do Escrivão de um Cartório de Registro de Imóveis uma certidão revelando o nome do proprietário de um imóvel, mas não pode requisitar diretamente da empresa de Telefonia, fixa ou móvel, a identificação do dono de uma determinada linha telefônica. Vale dizer, tem o Promotor de Justiça que oficiar ao Juiz de Direito Corregedor para que essa informação seja obtida<sup>83</sup>.

Evidentemente, salta à vista que essa informação – identificação do proprietário da linha telefônica ou de um telefone móvel - teria que estar à disposição do Promotor de Justiça, conferindo maior agilidade à investigação. Não há, *in casu*, violação da intimidade ou da privacidade.

---

<sup>82</sup> No Poder Legislativo tramita, à passos de tartaruga, o Projeto de Lei do Senado de nº 67 de 1996, o qual “define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios, destinados à prevenção e repressão dos crimes praticados por organizações criminosas”, de autoria do Senador Gilvam Borges. Conquanto existam reparos a serem feitos no Projeto (por exemplo, a indevida equiparação de organização criminosa ao crime de quadrilha ou bando previsto no artigo 288 do Código Penal - parágrafo único do art. 1º) e o Ministério Público não possa atuar distante da Polícia Judiciária, a proposta legislativa teve o mérito de eleger o Procedimento Investigatório do Ministério Público como o meio pelo qual se dará a investigação, nos seguintes moldes: “Art. 4º. O Ministério Público, na apuração de crimes praticados por organização criminosa, instaurará procedimento investigatório de natureza inquisitiva, sigilosa e informal...” Igualmente, o mesmo Projeto propõe que o Ministério Público obtenha as informações fiscais e bancárias diretamente, sem a intermediação do judiciário, ressalvando, contudo, a escuta de comunicação telefônica e de dados, as quais só poderão ser realizadas após prévia autorização do Juiz (art. 3º e parágrafo único). Como já vimos, há óbice legal para a obtenção dessas informações, posto que estariam protegidas pelo direito à privacidade do cidadão (art. 5º, inc. XII, CF). Trata-se, na verdade, de questão fechada pela Jurisprudência e pela Doutrina, as quais não permitem, mesmo ao Ministério Público Federal, o poder de conhecer, diretamente, sem intermediação do Judiciário, a movimentação do dinheiro de um cidadão investigado.

<sup>83</sup> As empresas de Telefonia apoiam-se no Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei nº 4.117/62, que impede a concessão de informações ou documentos relativos aos usuários, salvo se houver ordem judicial.

As relações das ligações feitas por um determinado aparelho de telefone, da mesma forma, também deveriam ser fornecidas diretamente ao órgão do Ministério Público, o que não vem ocorrendo. Observamos que não se trata de interceptação telefônica, mas de mero conhecimento dos telefonemas efetuados por alguém, num dado período de tempo. E, ressaltamos mais uma vez, que não há como invocar o direito à intimidade previsto no artigo 5º, inciso XII, da C.F. - “**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**”.

Ora, a obtenção das contas de telefone não revelam o conteúdo da conversa havida, mas apenas o contato ocorrido entre duas pessoas. É verdade que os registros das comunicações telefônicas não podem ser acessadas sem justa causa. Deve haver no caso concreto motivos suficientes, ou *fumus boni iuris*, para que o Promotor de Justiça, fundamentadamente, através de despacho lançado no inquérito policial, ou em seu Procedimento, requisite a informação da empresa de telefonia móvel ou não.<sup>84</sup>

Na sistemática atual, a informação buscada na empresa de telefonia terá que passar pelas mãos e pelo conhecimento dos funcionários do Cartório Judicial, antes de integrar efetivamente os autos do Procedimento Investigatório. Haverá, possivelmente, a perda do sigilo e o Investigado poderá ter tomado ciência dos passos da investigação, protegendo-se e evitando a prática criminosa.

Existem outros mecanismos úteis à investigação que têm sua aplicabilidade muitas vezes duvidosa por falha de redação da Lei, como é o caso da interceptação telefônica operada pelo próprio Ministério Público, sem a intervenção da polícia. Como já foi enfatizado, a medida tem sido deferida pelo Poder Judiciário, mas com certa vacilação e isto porque a Lei nº 9.296/96 é silente quanto a possibilidade do Promotor de Justiça monitorar a interceptação, o que ainda está a merecer reparo.

---

<sup>84</sup> Essa questão é ainda muito polêmica e, na verdade, no GAECO, do Ministério Público de São Paulo, não tem sido atendido em seus pedidos, havendo ainda Mandado de Segurança *sub - judice*. O Magistério de Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini é contrário a tese aqui exposta, consoante consta na obra “*Interceptação Telefônica*”, editora RT, 1997, páginas 103/104. Para eles os registros ou dados telefônicos só poderão ser obtidos através de ordem judicial, que deve se ater na avaliação do princípio da proporcionalidade.

A respeito dessa questão já decidi, inclusive, o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal: “Investigação criminal - Requisição para que seja apresentado o número de chamadas entre aparelhos telefônicos - Violação do art. 5º, XII, da CF - Inocorrência - Inteligência art. 5º, XII, da CF - **Incorre violação ao princípio constitucional do sigilo das comunicações telefônicas**, caso para fins de investigação criminal se pretenda **somente a obtenção dos números de chamadas entre aparelhos telefônicos**, não sendo pretendida a escuta ou a conversação telefônica entre pessoas, vez que, nessa hipótese, **incorre invasão da privacidade**.” (destaquei - - Mandado Segurança nº 238.416/4, julgado em 06.05.1993, 1ª Câmara, relator Pires Neto, Declaração de Voto Vencedor: Silva Rico, RJDTACRIM 18/167).

Da mesma forma, o Estado deve equipar os órgãos encarregados da persecução penal de equipamentos modernos, ao menos semelhantes àqueles utilizados pelos delinqüentes organizados, sob pena de persistir a humilhação dos meios operacionais de investigação.

Defendemos, pois, uma maior conscientização no âmbito Legislativo, sem o que as dificuldades hoje existentes jamais serão superadas, persistindo os entraves no combate ao crime. Sem se esquecer das indisponíveis regras que informam e protegem o Estado de Direito, **urge aperfeiçoar e rever os mecanismos legislativos disponíveis aos profissionais encarregados da investigação, distanciando-se da maneira tradicional de apuração.**

Há que se equilibrar a necessária repressão ao crime organizado, conferindo agilidade nesse mister, sem romper com o respeito ao Estado de Direito.

No Brasil não se tem buscado esse equilíbrio, pois há, sim, uma constante afirmação das garantias individuais e da preocupação em se preservar a intimidade, como se esta fosse sempre absoluta. Preocupa-se muito com a possível violência do Estado, enquanto repressor dos delitos, e resta esquecida a necessidade desse mesmo Estado ser eficiente nos meios para a elucidação da verdade do fato criminoso ocorrido.

O Direito Processual Penal brasileiro, pois, deve também basear-se na busca de proposição de uma política-criminal voltada ao combate aos crimes cometidos por organizações criminosas, sem o que o quadro atual não será modificado<sup>85</sup>.

Neste prisma, a falta de conteúdo político criminal do Processo Penal brasileiro permite ao delinqüente membro de uma organização criminosa exercitar sua habilidade para desfrutar das garantias individuais e processuais, especialmente aquelas relacionadas com a fase investigatória, e permanecer, inatingível, em patamar superior.

É sabido que existem muitas resistências quanto a ampliação dos poderes requisitórios do Ministério Público e quanto aos métodos de investigação policial. Seja porque teme-se o retorno aos tempos da ditadura, como se legislar contra o crime organizado fosse contemplar novamente a prática da tortura e outros meios perniciosos. Seja pelo simples fato de não querer potencializar o Ministério Público com funções ou poderes relevantes.

Aliás, esse quadro de inquietação e de resistência à atuação do Ministério Público já foi vivenciado pelos Prefeitos Municipais, em todo Brasil, que, de forma geral, já

---

<sup>85</sup> A esse respeito expõe, de maneira profunda, Fernando Fernandes, obra já citada p. 67/73.

tentaram por inúmeras vezes reverter a legitimidade ativa dos Promotores de Justiça na propositura de ações civis públicas versando sobre improbidade administrativa.

A conscientizamos que reclamamos não pode perder de vista a tendência mundial na atual dogmática processual penal: o crime organizado só se combate com a presença ativa do Ministério Público, desde a fase pré - processual.

Para tanto, diante do invencível volume de inquéritos policiais existentes nas diferentes Promotorias de Justiça Criminais, necessária a especialização dessas Promotorias de Justiça ou a criação de Grupos Especiais, como já ocorre em diversos Ministérios Públicos Estaduais<sup>86</sup>. Estas Promotorias, ou Grupos, devem contar com reserva de dotação orçamentária específica e suficiente para satisfazer a aquisição de equipamentos, além de viabilizar a consecução de algumas diligências. Necessário ainda dotar a Polícia Judiciária e os Promotores de Justiça Criminais, responsáveis pela coordenação da investigação criminal, de corpo técnico profissional de apoio, integrado por contadores, agentes de investigação, técnicos em “inteligência criminal” - habilitados em cruzamentos de dados, peritos criminais e técnicos em informática.

Os profissionais encarregados da investigação criminal devem ser, cada vez, especializados e, sobretudo, profissionais em seus misteres. Salientamos a constante necessidade de investimento nessa profissionalização. Não é possível admitir, por exemplo, que uma autoridade policial<sup>87</sup>, titular de um determinado Distrito Policial, e que nunca tenha se preparado para resolver um crime de sequestro, seja incumbida de negociar e apurar um delito dessa natureza, frequentemente cometido por delinquentes profissionais. Sem dúvida, o despreparo neste exemplo e em muitos outros casos, poderá determinar a perda de vidas.

Enfim, não pretendemos eleger o Ministério Público, através de seu Procedimento Investigatório, como responsável único para investigar a delinquência organizada. Mas, não podemos mais admitir que apenas a Polícia Civil, num modelo de atuação tradicional – para não dizer arcaica-, esteja incumbida de investigar, havendo, quanto a esta questão, quase unanimidade em eleger o inquérito policial como um procedimento, no mínimo, “*em crise*”. Sem hierarquia, a Polícia Judiciária deveria

---

<sup>86</sup> Em Portugal, em 1999, criou-se o DCIAP – Departamento Central de Investigação e Acção Penal, que é o órgão encarregado de coordenar, dirigir a investigação e prevenção da criminalidade violenta, altamente organizada ou de especial complexidade (arts. 9º, nº 3, e 46, nº 1, do Estatuto do M.P.). O DCIAP é integrado por magistrados do Ministério Público, por integrantes de órgãos da Polícia Criminal e funcionários da Justiça. E o Departamento conta com dotação orçamentária própria.

<sup>87</sup> Ressalvamos que na Capital de São Paulo, e só na Capital, s.m.j., existem competentes Policiais Civis designados para uma Delegacia Antisequestro.

estar atrelada à coordenação do *dominus* da ação penal e trabalhar, objetivamente, de acordo com a necessidade da futura demanda processual.

Concluimos mais. Tal como ocorre no direito comparado, a legislação processual penal deveria impor, ao menos com relação aos crimes cometidos com as características da atuação de uma organização criminosa, que o Promotor de Justiça fosse comunicado pela Polícia Militar ou pela Polícia Judiciária, imediatamente, da ocorrência do delito, possibilitando-lhe a coordenação de todo o trabalho pré-processual, cabendo à autoridade policial deliberar o *modus* de execução das provas indicadas. Tendo a ciência, *ab initio*, da ocorrência do delito, haverá a possibilidade de acionar outras instituições para participarem da investigação, se for o caso, formando-se a já mencionada Força Tarefa.

Há ainda que se efetivar meios eficazes de colaboração entre os diversos órgãos policiais e ministeriais, a fim de conferir maior homogeneização na investigação criminal, mormente porque *“o tipo de criminalidade com a qual nos temos de debater tem a qualidade ou a característica de não ter locus delicti pelo menos na interpretação clássica que a dogmática nos dá de local de crime.”*<sup>88</sup>

Impõe-se, cada vez mais, a difusão e o debate de todas essas questões, notadamente com a sociedade civil, que deve conscientizar-se da necessidade da evolução legislativa no âmbito da investigação criminal. Aliás, foi através do apoio da comunidade que o Ministério Público da Itália teve ampla e feliz atuação na denominada “Operação Mãos Limpas”.

Certamente, as sugestões e conclusões aqui contidas não resolveriam, de pronto, o problema da incessante violência e da atuação das organizações criminosas, mas, sem dúvida alguma, serviriam para modificar o quadro de passividade hoje reinante no Ministério Público, além de equiparar a legislação processual penal brasileira aos melhores sistemas de investigações criminais existentes no mundo.

**Arthur Pinto de Lemos Júnior,**  
**Promotor de Justiça da Capital, designado para officiar no GAECO,**  
**Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da**  
**Universidade de Coimbra, Professor de Processo Penal no Curso Preparatório**  
**para Concursos Jurídicos – “Ductor” e na UNIP, em Campinas-SP.**

---

<sup>88</sup> Faria Costa *apud* Alberto Silva Franco, obra já citada, p. 262.





**OS GRUPOS DE  
"FORÇA-TAREFA"**



*Marcelo Batlouni Mendroni*



**Marcelo Batlouni Mendroni**

## **OS GRUPOS DE “FORÇA-TAREFA”**

### **I- FORMAÇÃO, MONITORAMENTO E SISTEMA OPERACIONAL DO GRUPO FORÇA-TAREFA**

#### **1 - Conceito:**

Os Grupos denominados *Task-Force*, - Força-Tarefa são considerados pelos Agentes Norte-Americanos o melhor sistema para o efetivo combate às Organizações Criminosas. Concebidos sob a ideologia da mútua cooperação entre os diversos órgãos de persecução detentores de atribuições variadas para a atuação na área penal, reúnem-se e passam a trabalhar em conjunto, com unidade de atuação e de esforços, com o direcionamento para a investigação, análise e iniciativa de medidas coercitivas voltadas para o desmantelamento das estruturas criminosas, utilizando-se dos mais variados instrumentos de investigação e mecanismos legais.

Trata-se de esforço concentrado, harmonioso e direcionado para o objetivo comum da luta contra a criminalidade. As Forças-Tarefas são formadas sempre em face de uma situação de crise localizada em decorrência da instalação de Organização Criminosa ou grupos criminosos operantes que abalem sobremaneira a ordem pública local - territorial.

#### **2 - Formação:**

Força-tarefa não é mais do que uma força conjunta, união de esforços, uma reunião de grupo de trabalho que tem as suas diretrizes preestabelecidas e organizadas, assim como o crime organizado, ela deve ser organizada, de forma a combater um problema pontual. Então quando se constata dentro de uma determinada região um problema crônico de criminalidade, seja ele de corrupção, seja de entorpecentes, seja de qualquer outro tipo de criminalidade, notadamente organizada, então nada mais é do que unir esforços entre os órgãos para que atuem na persecução criminal de forma a poder combater, estrategicamente, e unir esforços.

Nos Estados Unidos, normalmente integram os grupos de Força-Tarefa todas as polícias com atribuições locais:

- a) as Polícias municipais,
- b) as polícias dos condados,
- c) as polícias estaduais,
- d) e ainda as chamadas agências Federais, como FBI, DEA, US-Customs, US-Marshals, IRS etc.

Estas últimas, por terem maior poder legal e econômico normalmente mantém a gerência dos grupos. A agência Federal que toma a iniciativa da formação do grupo, normalmente é a que mais investe dinheiro, é a que a gerencia, sem no entanto prescindir do intercâmbio de idéias das demais.

Existem duas formas de a polícia fazer os agentes se incorporarem à força-tarefa: na primeira delas, o agente sai do seu âmbito de atuação policial. Vamos supor que seja um policial estadual: ele deixa de atuar nas suas atribuições normais na polícia estadual e passa a integrar exclusivamente a força-tarefa e vai receber seus vencimentos do grupo de força-tarefa.

Uma outra possibilidade é o policial trabalhar normalmente, suas tarefas normais em seu estado, mas vir fazer uma hora extra, um *plus*, e ele vai ganhar como extra da força-tarefa. Ele vai trabalhar sua carga horária normal na polícia e depois vai compor o grupo de força-tarefa além do expediente e recebendo um salário à parte.

### **3 - Força Tarefa Formal:**

O grupo forma-se através de um **contrato escrito** entre os chefes dos órgãos, com duração de tempo limitado mas prorrogável, devendo perdurar até que a situação de crise seja considerada superada ou amenizada o suficiente a ponto de poder ser combatida através dos meios normais de persecução criminal. Os chefes ou responsáveis por cada órgão público assume perante os outros o compromisso de participar com seus esforços, pessoal, materias e equipamentos disponíveis e principalmente partilhando das informações que já por acaso detenham a respeito de pessoas, situações, circunstâncias, locais etc. Formulam um contrato no qual esse compromisso e os seus tópicos tornam-se documentados, permitindo a estabilidade do Grupo.

#### **4 - Força Tarefa Informal**

Nada impede, entretanto, sejam formadas Forças-Tarefas informais, sem a necessidade de elaboração de contrato por escrito. Basta que as Forças Estatais se reunam e planejem diretrizes a serem seguidas em cooperação mútua intensificada contra um determinado problema relacionado à criminalidade em determinada região. Não havendo compromisso documentado o desfazimento torna-se mais fácil e a Força Tarefa mais instável, o que contudo não impede sejam alcançados resultados satisfatórios.

Assim, sem contrato, simplesmente os órgãos dos representantes dos Ministérios Públicos, Polícias, da Secretaria da Fazenda, do INSS, da Procuradoria do Município, etc., seja quem for que tenha necessidade de auxiliar no combate àquele problema criminal que acontece na região. Eles se reúnem de forma a traçar diretrizes, estratégias para combater o crime e se comunicar de forma constante e uniforme a ponto de conseguir algum sucesso. Então eles se organizam, ainda que informalmente, sem contrato, sem nada e passam a trabalhar em conjunto perseguindo determinada situação de criminalidade organizada.

#### **5 - Material/Equipamentos**

Cada órgão que vier integrar a Força-Tarefa participará com a estrutura que puder dispor, não só entregando agentes à participação, mas também veículos, material de investigação, armas etc.

É preciso formar uma estrutura material compatível com o combate à organização criminosa, especialmente em matéria de computadores e softwares. Existem atualmente softwares avançados como, por exemplo, para fazer interceptações telefônicas são computadores ligados ao telefone que armazenam em cd-roms toda a informação, já emitem relatórios em relação a datas, números de telefones com conexões e que fazem para nós um trabalho muito eficiente. Existem também softwares que fazem a ligação entre as quadrilhas, com endereços, nomes, apelidos, valores, territórios. Isto tudo auxilia sobremaneira a entender o formato da organização criminosa. O material de informática é portanto o mais importante. Às vezes os investigadores norte americanos usam os recursos das micro câmeras e escutas ambientais. Na Itália também se usa e

não é novidade nenhuma. Parece que nós, no Brasil, é que estamos muito atrasados em relação a essa tecnologia. Essencial é evoluir bastante nesse aspecto tecnológico, até porque a evolução do expediente probatório nos mostra claramente que a cada passo da evolução, nós vamos cada vez mais utilizar sistemas tecnológicos em produção de prova e menos a prova testemunhal.

## **6 - Integrantes/Pessoal:**

Estipulado o número de pessoas a integrarem o Grupo Força-Tarefa, os Chefes dos órgãos deverão realizar uma triagem e separar aqueles agentes interessados em participar. Dentre eles, há duas hipóteses de participação:

1) Na primeira hipótese o agente deixa de trabalhar no seu órgão de origem e dedica-se integralmente aos trabalhos da Força-Tarefa, passando inclusive a receber os seus proventos daquele Grupo;

2) Na segunda hipótese o agente não deixa as suas funções normais, permanecendo aí no seu tempo integral – normal de trabalho, ou meio período, sendo que faz “horas extras” de trabalho para a Força-Tarefa, ganhando evidentemente um *plus* salarial para essa dedicação.

## **II) DIRETRIZES:**

### **1 - Conscientização dos integrantes:**

Tratando-se de um grupo, ou de “um time”, torna-se inafastável que todos devem lutar para a obtenção do mesmo objetivo, e para isso evidentemente as forças devem ser unidas. Torna-se então intolerável a ocorrência de situações de “ciúmes”, entre integrantes das mesmas instituições e de instituições distintas. Torna-se inaceitável realizações de operações ou providências adversas e prejudiciais, umas as outras. Todos os integrantes devem ter em mente, de forma inequívoca, que trabalham para a perseguição do mesmo objetivo, e para isso, nada mais prejudicial que o trabalho desencontrado, adverso. Não se admite disputas entre os integrantes do mesmo time, situação em que o adversário evidentemente extrai vantagens. É comum e mais aconselhável que o Promotor de Justiça tome a frente para a atuação na direção da

coleta das evidências. Assim, na Força-Tarefa, é o Promotor que normalmente dirigirá os trabalhos.

É inafastável de que trata-se de atuação especial direcionada para o Combate à Criminalidade Organizada, o que exige que os Promotores de Justiça integrantes estejam conscientizados de que devem dirigir e acompanhar passo a passo as investigações realizadas, orientando os investigadores a respeito da colheita das evidências, já que a eles, Promotores, incumbirá a sustentação dos fatos perante o Poder Judiciário.

## **2 - Utilização de Legislação adequada à realidade das características do Crime Organizado:**

Trata-se de analisar o caso concreto e as mais adversas situações que este pode gerar para aplicar a legislação mais adequada à persecução penal. Explicamos melhor: No âmbito de uma investigação criminal costumeiramente depara-se com a existência de prática de diversos crimes pelos mais variados integrantes da Organização Criminosa, que, sabe-se costuma mesclar atividades ilícitas. Uma única Organização Criminosa pode, por exemplo, agir criminosamente na prática de corrupção, tráfico de entorpecentes, de armas, lavagem de dinheiro. A investigação, que a princípio terá caráter amplo e geral, deve ser direcionada e especificada para aquelas condutas que se tornem, no seu decorrer, mais facilmente comprovadas. Para isso, é praticamente impossível não haver necessidade de se lançar mão de mecanismos processuais eficientes no campo da investigação criminal.

São Exemplos:

- ⇒ Obtenção direta de dados constantes na Receita Federal
- ⇒ Escuta telefônica e/ou ambiental
- ⇒ Rastreamento de contas bancárias
- ⇒ Busca e apreensão
- ⇒ Prisão temporária
- ⇒ Aplicação de delação premiada
- ⇒ Infiltração de agentes e ação controlada
- ⇒ Obtenção de dados da Junta Comercial etc...

### 3 - Estrutura material de Combate ao Crime Organizado:

a) Instalação, nas dependências do Grupo, de **computadores interligados** em rede com os mais diversos órgãos públicos, como Fazenda Estadual, Receita Federal, Banco Central, Polícias: Federal, Civil e Militar, Detran, Cias Telefônicas, JUCESP, Tribunal de Justiça, Sistema de movimentação de autos, etc...

b) Aquisição de **equipamentos modernos** para a investigação dos Policiais próprios do Grupo. O grupo deve necessariamente contar com amplo material de apoio e de investigação - de última geração, e trabalhar em conjunto, mas sob a orientação de uma Coordenadoria.

c) Criação de **local (aluguel)** – de preferência neutro, nos moldes do sistema Norte Americano, proporcionando o trabalho, em um mesmo local:

- ⇒ de Promotores de Justiça do Estado,
- ⇒ Procuradores da República,
- ⇒ Auditores Fiscais do Estado, e da
- ⇒ Receita Federal,
- ⇒ Policiais:
- ⇒ Federais,
- ⇒ Civis e
- ⇒ Militares,
- ⇒ Contadores

A utilização de um local neutro, isso é, não pertencente nem ao Ministério Público, nem às Fazendas e nem às Polícias viabiliza um sentimento por parte dos integrantes de que todos fazem parte de um Grupo criado sem personalidade definida de um dos órgãos. Todos sentem-se iguais e afasta-se a possibilidade do sentimento de se estar “trabalhando na casa do outro”. Assim é que os diversos órgãos Públicos podem e devem unir esforços, cada qual no seu âmbito de atuação para a pré elaboração de estratégias de operações dirigidas e concentradas para o foco das operações do grupo. Todos os integrantes devem ter poder de disponibilização das informações atinentes e existentes em seus órgãos de origem, de forma a viabilizar uma atuação rápida e concentrada contra os objetos da investigação - pessoas físicas e jurídicas.



### III) SISTEMA OPERACIONAL DO GRUPO DE FORÇA-TAREFA

O Grupo denominado de “Força-Tarefa” deve coexistir em um mesmo ambiente de trabalho, onde trabalhem juntos e disponíveis em tempo integral: Promotores de Justiça, Procuradores da República, Agentes da Receita Federal, da Secretaria da Fazenda Estadual, e Policiais, Militares, Cíveis e Federais, todos sob eventual orientação de um Coordenador-Geral (recomendando-se fortemente seja um Procurador da República ou Promotor de Justiça); contando ainda com:

⇒ “Centro de Processamento e Análise das Informações”,

⇒ Assessoria de Imprensa e

⇒ um corpo (sub-escritório) de Advogados, contratados-terceirizados para a Defesa do Grupo em toda e qualquer causa jurídica extra-apuração dos fatos relativos à investigação da Organização Criminosa.

Considerando-se o alto grau de organização das chamadas “Empresas Criminosas”, não se conhece atualmente melhor forma de combatê-las que a União das forças do Estado pré-determinadas e com objetivo definido e concentrado.

- Ministérios Públicos (Estadual e Federal): Âmbito de coordenação das investigações e providências jurídicas; (quando participar da Força Tarefa devem assumir a sua liderança porque se constituem no elemento de ligação entre a investigação e o processamento)

- Polícias, Federal, Estadual e Militar: Operacionalização;

- Setor de Inteligência – com pessoal especializado em recebimento, ordenação e sistematização, cruzamento e análise de dados, contendo especialistas em diversas áreas, isto é “*experts*” em perícias diversas, computação, contabilidade, telefonia e comunicações em geral etc.

- Secretaria da Fazenda, Receita Federal e INSS: Obtenção de dados e Fiscalização dos Impostos: Pessoas Físicas e Jurídicas ligadas ao Crime Organizado;

- Auxílio de Procuradores e Agentes do Banco Central, para centralização e apuração de movimentos bancários;

#### IV - PRESSUPOSTOS PARA O COMBATE

1 - Os Promotores de Justiça devem traçar **(definir) uma estratégia de atuação** desde o início das investigações preliminares. A situação do combate às organizações criminosas exige de seus integrantes que sejam formulados os passos a serem tomados, após prévio estudo de suas consequências. Devem então acompanhar passo a passo toda a investigação realizada até obter o panorama geral da Organização Criminosa (Campos principais de atuação (crimes), seus Chefes, principais operacionais, agentes públicos envolvidos e seus cargos;

a) Investigação de Campo: Determinação dos integrantes que fazem parte da chefia da Organização Criminosa, (Chefe e Sub-Chefes - e gerentes); Coleta de informações a respeito das áreas de atuação (ramificações); identificação dos bens dos integrantes da chefia e de seus “testas-de-ferro” também chamados de “Laranjas”;

b) Obtenção de documentação referente a dados pessoais dos integrantes da chefia da Organização Criminosa, dos negócios (normalmente em nome dos testas-de-ferro” e das atividades de ambos; depoimentos por escrito, gravações, fotografias interceptações telefônicas, e filmagens; Processamento e conferência das informações; (obtenção de todos os documentos possíveis que se relacionem, como Declarações de I.R., dados da Secretaria da Fazenda, contas de telefone, de luz, água, gás, cadastro da JUCESP, contas bancárias etc...; cruzamento dos dados;

2 - Em seguida incumbe aos Promotores realizar **estudo dos dados e documentos coletados** para então definir os principais pontos de ataque jurídico para em seguida movimentar a máquina do Estado de forma concentrada e concomitante, valendo-se para tanto de tudo o quanto dispuserem, dentro e fora do Grupo de Força-Tarefa. É o início da atividade jurídica propriamente dita, normalmente com início também da atividade jurisdicional, na medida em que se requer: Quebra de sigilo bancário, Fiscal (I.R.), escutas telefônicas etc... Tudo o quanto não houver necessidade de deferimento pelo Juízo já deve haver sido solicitado antes pelo próprio M.P., diretamente aos órgãos detentores das informações, para previa análise e planejamento;

Na luta contra o Crime Organizado, não se deve jamais perseguir a prática de atividade de um executor (avião) com a simples intenção de puní-lo sob pena de se levantar suspeitas e desde logo se encontrar resistências das mais variadas espécies. Isso pode ser feito com o propósito de buscar mais informações a respeito das atividades principais e da identificação dos integrantes da chefia. As atividades de investigação devem ser concentradas nas pessoas da chefia da Organização Criminosa e por vezes nos gerentes - principalmente dos de postos mais altos (de maior confiança dos chefes). Deve-se atacar os atos dos integrantes da chefia de forma direcionada e concentrada, em relação aos crimes mais graves que lhes possam ser imputados e SEMPRE em relação aos seus bens e seu dinheiro. Secundariamente o mesmo tipo de atuação pode ser utilizado contra os gerentes. Não se pode esquecer que o objetivo é sempre atacar a existência da Organização Criminosa, e com a finalidade de destruí-la. Perseguir um ou outro crime de forma isolada pode não interessar à estratégia como um todo, podendo inclusive chegar a prejudicá-la em seu intuito;

O lançamento de contra-informações para dentro da Organização Criminosa é sempre uma boa estratégia, desde que bem executada, isso é, sem provocar desperte de suspeitas. Esse tipo de técnica ajuda a promover a sua implosão, fazendo com que uns integrantes atuem contra os outros, promovendo a desunião entre eles.

**3 -** Buscar sempre as **vias mais sigilosas** de veiculação de informações e documentos;

**4 -** Utilizar sempre a(s) **legislação(ões) mais viáveis**, procurando sempre atingir os bens e o dinheiro dos Chefes;

**5 -** Saber lidar com a **Imprensa**. Evidentemente que a veiculação das ações através da Imprensa pode trazer fatores favoráveis e desfavoráveis. Importante então é saber utilizá-la de forma a proporcionar a conscientização da população dos males causados pela existência e atuação das organizações criminosas. O vazamento de informações sigilosas a destempo causam no mais das vezes prejuízos irreparáveis à investigação e devem ser tomadas medidas rígidas para o seu impedimento;

## **V) RECOMENDAÇÕES PARA A ORGANIZAÇÃO DE UM GRUPO FORÇA-TAREFA**

*(Fonte: Departamento de Justiça dos EUA e HIDTA – North Texas)*

### **1 - Funções de Planejamento**

- ⇒ Desenvolver a estrutura da Força-Tarefa
- ⇒ Decidir a composição da Força-Tarefa (formado por Promotores Federais, Estaduais, Polícias Federal, Civil, Militar, Receita Federal, Secretaria da Fazenda do Estado, INSS, Procuradores do Município etc.)
- ⇒ Estabelecer Comissões de Trabalho
- ⇒ Decidir sobre as obrigações dos membros da Força-Tarefa (nível de autoridade, quem vai fazer o que e quando)

### **2 - Papel do Líder**

- ⇒ Providenciar treinamento para os membros quanto às suas funções (se necessário cursos, treinamentos no local de trabalho, visitas a outras Forças-Tarefas etc.)
- ⇒ Desenvolver estratégias para a Força-Tarefa
- ⇒ Estabelecer uma avaliação do Risco
- ⇒ Trabalhar de acordo com as orientações dos órgãos
- ⇒ Reconhecer as limitações do orçamento
- ⇒ Planejar a estrutura financeira da Força-Tarefa
- ⇒ Haverá necessidade de se ter um órgão fiscal
- ⇒ Desenvolver procedimentos financeiros
- ⇒ Políticas de pessoal, controle de pessoal etc.
- ⇒ Recrutar a participação de pessoal da área judicial e de policiamento na Força Tarefa
- ⇒ Quem liderará ou “patrocinará” a Força-Tarefa?
- ⇒ Tipo de apoio financeiro para a Força-Tarefa? (requerimentos, salários, veículos, horas extras, equipamento, relatórios etc.)
- ⇒ Papéis gerais de cada órgão (memorandos de entendimento/contratos de trabalho etc.)
- ⇒ Estabelecer a Sede-escritório
- ⇒ Localização e espaço

⇒ Móveis e bens

⇒ Equipamento técnico – rede de computadores

### **3 - Recomendações de Organização**

De 0 a 60 dias:

⇒ Desenvolver estratégias e planejar como a Força-Tarefa irá funcionar

⇒ Estabelecer relacionamentos com os órgãos participantes

⇒ Desenvolver contatos com outras Forças Tarefas

⇒ Obter treinamento e gerenciamento financeiro

⇒ Desenvolver Memorandos de Entendimento (participação da Força-Tarefa, compartilhar bens etc.)

⇒ Desenvolver Contratos de Trabalho

De 60 a 120 dias:

⇒ Aperfeiçoar a Avaliação de Risco, estratégia e grupos individuais

⇒ Desenvolver um orçamento geral e prioridades de recursos financeiros

⇒ Política de compras

⇒ Controle de inventário

⇒ Recursos para pessoal e equipamento

⇒ Desenvolver a planta do espaço da Sede para a Força-Tarefa

⇒ Necessidades da Força-Tarefa

⇒ Orçamento

⇒ Requerimentos do órgão

⇒ Considerações a respeito de locação/construção

De 120 a 180 dias:

⇒ Estabelecer relacionamentos com a comunidade e os líderes políticos

⇒ Início real das atividades da Força-Tarefa

⇒ Desenvolver objetivos gerais da Força-Tarefa

⇒ Começar a fazer acompanhamento das realizações do primeiro ano até o momento (manter estatísticas de tudo)

⇒ Desenvolver um diretório de políticas e procedimentos

De 180 a 360 dias:

⇒ Mudar para a Sede

⇒ Começar a preparar a Avaliação de risco, estratégia, iniciativas e orçamentos do ano seguinte

⇒ Iniciar a revisão e avaliação dos membros da Força-Tarefa

⇒ Desenvolver programas de treinamento avançado

#### **4 - Outras Recomendações**

##### **De recursos financeiros**

⇒ Buscar fontes adicionais de financiamento e recursos financeiros (Doações, contribuições de órgãos etc.)

⇒ Não se comprometer muito financeiramente com base somente na possibilidade de obter recursos financeiros futuros

⇒ Estabelecer prioridades financeiras gerais para a Força-Tarefa

⇒ Relocar recursos financeiros conforme o necessário para sustentar necessidades gerais

##### **Questões de pessoal**

⇒ Garantir que todo o pessoal esteja apoiando diretamente a Estratégia da Força-Tarefa

⇒ Coordenação e cooperação entre o pessoal

⇒ Importância de um plano geral abrangente para a Força-Tarefa

VINCULAÇÃO  
NORMATIVA DOS  
DELITOS CONTRA A  
ORDEM TRIBUTÁRIA  
E LAVAGEM  
DE DINHEIRO

*José Antonio Farah Lopes de Lima*





***José Antonio Farah Lopes de Lima***

# **VINCULAÇÃO NORMATIVA DOS DELITOS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E LAVAGEM DE DINHEIRO**

## **1) INTRODUÇÃO**

A preocupação com a proeminência alcançada por atividades ilegais nos mais diversos países tornou-se tema central de inúmeras discussões realizadas mundialmente. Alguns crimes, antes restritos a determinadas regiões, ganharam características transnacionais, causando prejuízos que ultrapassam as fronteiras nacionais. Deste modo, os Estados passaram a dispensar especial atenção ao tema, principalmente a partir dos anos oitenta.

O crime de lavagem de dinheiro, bem como os demais crimes relacionados a ele –narcotráfico, corrupção, terrorismo, fraude financeira e sonegação fiscal– inclui-se nesta categoria. É um delito de caráter mundial cuja repressão depende de, entre outros fatores, um esforço conjunto por parte dos países na implementação de novas modalidades penais e na coordenação de políticas nacionais voltadas para o seu combate.

Nesse sentido, inúmeros organismos internacionais têm buscado incentivar a adoção de medidas mais efetivas no trato da questão, cujos objetivos são: evitar que setores da economia sejam utilizados nos processos de lavagem de dinheiro e sensibilizar a sociedade para o fato de que não se pode atribuir o controle das operações ilegais somente aos órgãos repressores do Estado. Assim, as leis já promulgadas por vários países têm procurado conferir maior responsabilidade a intermediários –como bancos e instituições financeiras–, por terem como atividade principal ou acessória a movimentação de médias e grandes quantidades de dinheiro e, desta forma, poderem ser utilizados como canais para a lavagem de dinheiro.

No Brasil, a aprovação da Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, representa um avanço nesse sentido, pois institui medidas que facilitam os procedimentos investigatórios, define obrigações, pessoas físicas e jurídicas sujeitas a estas, sanções e atribuições dos órgãos governamentais fiscalizadores, além de criar, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) - órgão especializado no combate à lavagem de dinheiro em âmbito nacional e internacional. O COAF é o órgão de inteligência financeira no Brasil. Seu trabalho está em consonância com as orientações que vêm sendo adotadas internacionalmente pelos organismos encarregados de promover o combate à lavagem de dinheiro. Seu funcionamento segue o modelo de uma Unidade de Inteligência Financeira (FIU), que segundo o Grupo de Egmont é a “agência nacional, central, responsável por receber e requerer, analisar e distribuir às autoridades competentes as denúncias sobre informações financeiras referentes a operações suspeitas, bem como requeridas pela legislação e normas nacionais para impedir a lavagem de dinheiro”.

Este estudo, através de uma abordagem mais empírica do que teórica, pretende estabelecer um nexo jurídico entre o delito contra a ordem tributária e o delito de lavagem de dinheiro, construído com base em fundamentos de Lógica Jurídica, bem como propor medidas que tornem mais eficiente o combate não somente às modalidades mais audaciosas do crime organizado, mas também às suas ilícitas conexões, buscando fortalecer a participação e intercâmbio das agências estatais competentes na complexa luta contra a lavagem de dinheiro e sonegação fiscal, adotando uma ação coordenada para a consecução deste fim.

## **2) CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO - CONCEITO E ASPECTOS PRINCIPAIS**

Conceitualmente, a lavagem de dinheiro constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados a atos ilícitos.

A lavagem de dinheiro –*money laundering* para os ingleses, *geldwashe* para os alemães, *riciclagio* para os italianos, *blanchiment d’argent* para os franceses e belgas, *blanqueo de capitales* para os espanhóis e *branqueamento de capitais* para os portugueses – também conceituada como ocultação de bens, direitos e valores

provenientes de crimes, constitui hoje um complexo processo sócio-econômico, ocorrente em quase todas as nações do mundo, cuja valoração normativa é recente<sup>1</sup>.

Relaciona-se profundamente ao delito de lavagem de dinheiro a criminalidade organizada praticada por *colarinhos brancos*, como também o tráfico de drogas e armas, os paraísos fiscais, além da ampla utilização da informática e das telecomunicações.

O crime organizado, que será analisado com maior profundidade posteriormente, está relacionado com o conceito de organizações criminosas, que são grupos estruturados e com divisão de tarefas, que buscam de forma ilegítima o poder político e/ou econômico, através da corrupção, da violência, da intimidação, da fraude e de outros meios assemelhados, assegurando o controle de mercados lícitos e/ou ilícitos. Já *colarinho branco* se refere aos profissionais atuantes no mundo jurídico-empresarial, com vínculo direto ou indireto àquelas organizações, possuidores do *know-how* necessário à legitimação da origem ilícita dos ativos *sujos*, através do uso da tecnologia e de artimanhas jurídicas.

Interessante a constatação de que a reciclagem de dinheiro está se tornando um segmento autônomo da criminalidade, uma especialidade criminosa, passando a ser cada vez mais um segmento terceirizado do mercado criminoso, proporcionada por *experts*, hábeis na dissimulação da origem ilícita de ativos, bem como gestores de riscos inerentes às *operações*. Se descobertos pelos agentes repressores, proporcionam a seus clientes defesas jurídicas sofisticadas, de modo que estes não sejam atingidos pela justiça penal. São, portanto, especialistas das áreas financeira, jurídica e econômica.

Entre outras formas, grandes quantias de dinheiro de origem ilegal penetram nas estruturas político-estatais –através de suborno e da corrupção de funcionários públicos e financiamento de campanhas de políticos desonestos–, nos sistemas financeiros –mediante investimentos no mercado de capitais ou por intermédio da evasão de divisas para paraísos fiscais no exterior–, e no processo econômico –por via da aquisição do controle e/ou da criação de empresas com fins lícitos.

---

<sup>1</sup> A primeira legislação incriminando especificamente este delito data de 1986, nos E.U.A.

Como conseqüência, produz-se um elevadíssimo ônus para toda a sociedade<sup>2</sup>, tais como:

- a) a deslegitimidade e descrédito da representação democrática tradicional;
- b) a desmoralização da administração pública, com a corrupção de seus servidores, reforçando a tese negativa de que o aparelho estatal só serve para os poderosos e para fins pessoais ou políticos;
- c) a impunidade dos criminosos poderosos, desagregadora de valores e geradora de descrença no sistema judicial, particularmente, no sistema penal;
- d) a sonegação fiscal, retirando grandes receitas tributárias necessárias à implementação de políticas públicas e, destarte, contribuindo para o incremento das desigualdades sociais;
- e) crises no sistema financeiro, quando por sua volatilidade esses ativos ilícitos abandonam inopinadamente o país, na busca de maiores lucros ou por receio de medidas repressivas, desestabilizando o sistema e provocando quebras e desemprego.

Cabe ao Estado o desafio de combater à lavagem de dinheiro com respeito às garantias constitucionais que norteiam um Estado Democrático de Direito. A norma jurídica adotada pelo Estado brasileiro para enfrentar esta grave questão é a Lei nº 9.613/98. Mesmo considerada incompleta, como será visto *a posteriori*, consubstancia significativo avanço por parte do nosso Parlamento. Outrossim, com a recente aprovação da Lei Complementar 105/2001<sup>3</sup>, que possibilita ao COAF o acesso a informações financeiras quanto às pessoas e operações sujeitas à Lei n. 9613/98, acreditamos que este órgão de inteligência financeira terá melhores condições de trabalho para examinar e identificar as atividades ilícitas previstas na Lei de Lavagem de Capitais.

Quanto ao delito da lavagem de capitais, resumidamente podemos dizer que superada a primeira etapa, qual seja, praticado o crime antecedente e assegurada a aquisição do lucro sujo, a meta passa a ser a de como usufruir com segurança e tranqüilidade dos ganhos ilegais, legitimando-os e tornando-os de difícil rastreamento e recuperação por

---

<sup>2</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. “Lavagem de dinheiro”, Ed.Malheiros, 1999, p. 23.

<sup>3</sup> Lei 105/2001, art. 2º, parágrafo sexto: “O Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, de que trata o art. 14 da Lei 9.613, de 03 de março de 1998, as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida Lei.”

parte dos órgãos estatais investigativos e persecutórios que têm como missão atuar preventiva e repressivamente a estes ilícitos econômico-financeiros.

Acreditamos que a flexibilização do sigilo bancário propiciará ao Estado uma atuação mais efetiva quanto à prevenção e repressão ao delito de lavagem de dinheiro, que representa um *plus* à repressão aos delitos antecedentes à lavagem de capitais, entre os quais, a sonegação fiscal, representando, assim, um reforço punitivo ao delito contra a ordem tributária.

Após esta abordagem sumária sobre o delito de lavagem de dinheiro, passemos à análise do crime fiscal, para podermos construir uma norma jurídica que vincule os dois delitos, com todas as suas consequências à ordem econômica, particularmente, às esferas tributária e financeira.

### **3) CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL**

A norma que define o crime de sonegação fiscal, tecnicamente, *crime contra a ordem tributária*, é a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, em seus artigos 1º a 3º. A tipificação criminal consiste basicamente no ato de suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e acessório, mediante determinadas condutas. Os crimes podem ser praticados por particulares (arts. 1º e 2º) ou por funcionários públicos (art. 3º). O bem jurídico tutelado é a ordem tributária. Esta especial criminalização dentro do Direito Penal Econômico objetivou resguardar a administração pública contra a sonegação fiscal, delito a partir do qual se retiram recursos tributários necessários à implementação de políticas públicas, contribuindo gravosamente para o incremento das desigualdades sociais, cada vez mais agudas neste país. Neste crime, para além do custo social do ilícito, acrescenta-se, nas palavras de Aniyar de Castro<sup>4</sup>, um “custo moral, que é muito importante, porque os grandes empresários, que são os que cometem estes delitos, são geralmente líderes da comunidade, espelho e exemplo do povo, grandes defensores de um bom equipamento social para a prevenção da delinquência juvenil e geral, ou exercem outras atividades similares”.

Esta lei é pouco aplicada no Brasil, bem como criticada pelo que estabelece em

---

<sup>4</sup> Lola ANIYAR DE CASTRO, *Criminologia da Reação Social*, tradução de Ester Kosovski, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, p.83 (nota do Editor).

seu artigo 14 (revogado pelo art. 98 da Lei 8.383/91 e restabelecido pelo art. 34 da Lei 9.249/95): “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º e 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

Realizando um apanhado histórico, verifica-se que a Lei 4.729/65 previa a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito fiscal, somente se este fosse feito antes do início da ação fiscal na esfera administrativa. Desta forma, sonegar impostos era uma atividade de grande risco, pois uma vez descoberta a conduta ilícita, era imediatamente dado início à persecução penal e a probabilidade de punição tornara-se bastante significativa. Assim, a possibilidade de extinção de punibilidade com o pagamento do débito –detectada pela fiscalização a fraude fiscal e de se estar na iminência da propositura da ação penal– conferia maior rigor à legislação. Com a vigência do art. 14 da Lei 8.137/90 e, posteriormente, do art. 34 da Lei 9.249/95, diante da propositura da ação penal (antes que ocorra a prescrição), o sonegador pode ainda quitar seu débito e livrar-se definitivamente do processo criminal. Deste modo, há inegável estímulo à prática do ilícito, na medida em que, se for eventualmente detectada a fraude, o empresário poderá sempre utilizar-se do pagamento do tributo devido na etapa investigativa para evitar a ação penal pública. Assim, passa a ser um “risco normal do negócio” praticar crimes contra a ordem tributária no país. Outrossim, trata-se de um privilégio concedido aos mais poderosos economicamente, que cometem crimes que atentam contra a coletividade, enquanto nunca se cogitou de benefício idêntico para os que cometem crimes patrimoniais individuais sem violência à pessoa - furto, apropriação indébita, estelionato etc.

Atualmente, como forma de se incrementar a receita pública visando o aumento do salário mínimo brasileiro, o Congresso Nacional aprovou três leis que permitem ao Fisco um combate mais efetivo à sonegação fiscal.

A primeira lei possibilita o cruzamento de dados do tributo CPMF, cobrado sobre operações financeiras em geral, com dados do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas e Físicas.

A segunda permite o acesso do Fisco aos dados bancários de contribuintes suspeitos da prática de sonegação fiscal, suspeita esta plenamente fundamentada, através de um procedimento administrativo, sem necessidade de prévia autorização judicial.

O terceiro altera o Código Tributário Nacional para combater a elisão fiscal – brechas legais usadas pelas empresas para evitar –de forma legal – o pagamento de tributos. O fisco poderá considerar nulo qualquer negócio jurídico que tenha por finalidade implícita o não pagamento devido de tributos, que de outra maneira seria determinado com a realização de outra forma de negócio jurídico.

Importante observarmos que o combate à sonegação fiscal no Brasil aumenta não por uma questão cultural, ou seja, por se considerar tal ilícito extremamente grave, dentro de uma das sociedades mais desiguais do mundo, e sim unicamente por uma questão conjuntural, de política orçamentária –aumento do salário mínimo sem recursos para tal–, demonstrando-se o grau de consciência ética da nação –ou de seus representantes. Enfim, pelo menos tais medidas tendem a reduzir a sonegação fiscal, devido ao maior controle por parte do Fisco, possibilitando não só verbas para o pagamento do salário mínimo desejado, como também um sistema tributário mais justo, já que muitos dos que hoje não pagam impostos passam a fazê-lo, reduzindo-se, em tese, a carga dos assalariados, por exemplo, que são descontados imediatamente na fonte.

#### **4) ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – CONCEITO E CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS**

Abordamos neste item a questão do crime organizado e da organização criminosa porque estes conceitos serão fundamentais para a vinculação jurídica entre os delitos contra a ordem tributária e de lavagem de dinheiro, sendo este um dos objetivos que procuraremos atingir.

Antes de analisarmos o conceito de crime organizado, interessante notar brevemente sua evolução histórica. Hoje, a questão da criminalidade organizada assumiu um tal grau de complexidade que tornou obsoleta e acanhada os procedimentos protetivos e repressivos de outrora. Defrontamo-nos atualmente com uma alteração substancial na qualidade dos crimes praticados por organizações criminosas e na quantidade dos ganhos ilícitos deles decorrentes. Esta transformação ocasionou uma profunda mudança nos esquemas de aproveitamento dos produtos do crime.

As *empresas criminosas* evoluíram na busca dos ilícitos mais rentáveis economicamente. No início, atuavam prioritariamente nas atividades de extorsão e nos crimes

*sem vítimas*, como o fornecimento de bebidas ilegais, a prostituição e os jogos de azar. Com o passar do tempo, optaram preferencialmente pelos lucrativos tráfico de armas e de entorpecentes. E, modernamente, destacam-se pela administração e aquisição de negócios lícitos como forma de investir os ganhos ilícitos, otimizando-os, e, sobretudo, tornando-os *limpos*, inclusive como estratégia para prática de ilícitos mais sofisticados, tais como os crimes contra a economia popular, o sistema financeiro e a ordem tributária, tradicionalmente cometidos por criminosos de *colarinhos brancos*, ou seja, criminosos poderosos econômica e politicamente<sup>5</sup>.

Existe uma grande dificuldade por parte da doutrina – nacional e internacional - em se conceituar o que seja *crime organizado*, ou o que seja *organização criminosa*. Há uma grande quantidade de propostas de conceituação, doutrinárias e jurisprudenciais, que ressaltam a dificuldade da empreitada. Nos Estados Unidos, que possui um conceito expresso em lei, o próprio governo reconhece ser a definição usada pelo Departamento de Justiça um dos motivos da ineficácia dos programas destinados a combater o crime organizado.

De qualquer modo, é importante conhecer as principais características deste tipo de criminalidade contemporânea, com o objetivo de procurar um conceito com o qual se possa trabalhar, pois esta dificuldade conceitual, muito mais do que um problema teórico-científico, é uma questão prática que envolve, em última instância, a sobrevivência do próprio Estado<sup>6</sup> e, porque não, da própria sociedade.

Indispensável à caracterização de crime organizado a presença de uma estrutura organizacional estável, operando de forma sistemática, com divisão de tarefas, visando a obtenção de vantagens diversas (econômicas, políticas, sociais, etc.) por meios ilícitos/lícitos, com suporte tecnológico e gestão similares às grandes empresas.

O estudo a respeito das organizações criminosas por parte da criminologia é de fundamental relevância para a compreensão e delimitação do que seja crime organizado, bem como sua atuação na sociedade moderna, de modo que se possa determinar com certa precisão uma política criminal para seu urgente enfrentamento. Assim, o aparelho estatal repressor deve redefinir suas prioridades institucionais quanto

---

<sup>5</sup> MAIA, Rodolfo Tigre. “Lavagem de dinheiro”, p. 25.

<sup>6</sup> Se pensarmos em como a criminalidade organizada fere a soberania de um país como a Colômbia, por exemplo, verificaremos que esta observação é pertinente e, de modo algum, exagerada.



ao combate à criminalidade, redirecionando seus maiores recursos materiais/pessoais para o enfrentamento da realidade do crime organizado, priorizando-se o trabalho de inteligência nas investigações das organizações criminosas, bem como a organização de forças-tarefas institucionais, com integrantes do Ministério Público, Polícia, Fisco, COAF, Banco Central, entre outras instituições, para que se enfrente profissional, coordenada e *organizadamente* a criminalidade organizada.

Passemos à tentativa de se conceituar *crime organizado*. Raúl Zaffaroni<sup>7</sup> afirma que “os Estados, como sabemos, são as principais fontes do crime organizado; usam também os crimes organizados como pretexto para a flexibilização da totalidade do sistema penal. Ou seja, criam o fenômeno e imediatamente declaram guerra ao fenômeno por eles criado (...) A demolição do Direito Penal liberal, através da necessidade da guerra, é um fenômeno por eles criado. É um novo discurso de Direito Penal pragmático, discurso que tem grande sucesso nos Estados Unidos. (...) Segundo o Direito Penal pragmático, qualquer consideração de tipo ético, moral, para limitar o pólo repressivo do Estado é uma consideração teórica (...)”.

Pelo que podemos observar, o que Silva Sanchez<sup>8</sup> denomina de “Derecho Penal de dos velocidades”, Zaffaroni considera como a dicotomia Direito Penal pragmático em contraposição ao Direito Penal liberal. Este, para tutelar bens jurídicos em relação à criminalidade clássica (mais garantista), aquele, para combater a nova criminalidade organizada (menos garantista).

Devemos fazer o seguinte questionamento: será que podemos aceitar a complexidade da criminalidade organizada como situação impeditora de se conceituar um tipo penal à esta nova situação criminal vivida pela sociedade? Sem uma tipificação penal, mesmo que imperfeita, será possível investigar, processar e condenar as organizações criminosas que praticam delitos ainda não tipificados, como os delitos informáticos, ou de difícil comprovação, como o delito de lavagem de dinheiro praticado por uma organização criminosa transnacional? Entendemos que não devemos nos acomodar diante da complexidade do fenômeno da criminalidade organizada, e sim nos esforçar por construir um conceito que, mesmo imperfeito, tipifique especificamente esta organização criminosa, impondo a esta reprimendas de maior rigor.

---

<sup>7</sup> XV Congresso Internacional de Direito Penal, Mesa Redonda Sobre Crime Organizado, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 8, outubro/dezembro de 1994, Ed. RT, São Paulo, 1994, p.149.

<sup>8</sup> Silva Sanchez, Jesus-Maria. El Derecho Penal Ante La Globalizacion Y La Integracion Supranacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 24, p. 65.

Em um primeiro momento, o artigo 1º da Lei n. 9.034/95 serviu de base para esta tentativa de conceituação (que veremos, restou infrutífera). Esta lei dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas<sup>9</sup>.

Diz o art. 1º:

“Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”.

Este artigo, mesmo que implicitamente, considera crime oriundo de organização criminosa como aquele praticado por quadrilha ou bando, ou seja, organização criminosa seria a quadrilha ou bando que pratica um ou mais crimes. O legislador não estabeleceu qualquer requisito adicional para se determinar a existência de uma organização criminosa: bastaria a presença dos requisitos exigíveis para o crime de quadrilha, descrito no art. 288 do Código Penal, desde que associados à efetiva prática de ao menos um delito. Se ocorresse apenas a tentativa de prática de determinado crime por alguma quadrilha, o tipo aplicável a este caso permaneceria sendo o previsto no art. 288 do CP, não se aplicando aqui a Lei 9.034/95.

Entre a escolha de uma fórmula genérica e uma definição mais precisa, optou o legislador pela primeira opção, recebendo inúmeras críticas da doutrina, que preferia uma conceituação específica, que trouxesse menos insegurança nas relações sociais e redutora do arbítrio judicial, na aplicação da lei ao caso concreto.

De qualquer modo, já teríamos inegavelmente, a partir de 1995, um ponto de partida para o sistema jurídico reprimir penalmente a organização criminosa. Observemos os elementos do tipo de crime de quadrilha, base para a tipificação do crime organizado. O ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello sintetiza inúmeros aspectos deste delito<sup>10</sup>:

“(...) crime de quadrilha – elementos de sua configuração típica.

- O crime de quadrilha constitui modalidade delituosa que ofende a paz pública. A configuração típica do delito de quadrilha ou bando deriva da conjugação dos seguintes elementos caracterizadores:

---

<sup>9</sup> Esta tese de conceituação inicial do que seja organização criminosa pela Lei n. 9.034/95 é defendida por Rodolfo Tigre Maia, em *O Estado desorganizado contra o crime organizado*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997.

<sup>10</sup> HC 72.992, STF, primeira Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello.

- a) concurso necessário de pelo menos quatro pessoas;
- b) finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de delitos e
- c) exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa.

- A existência de motivação política subjacente ao comportamento delituoso dos agentes não descaracteriza o elemento subjetivo do tipo consubstanciado no art. 288 do CP, eis que, para a configuração do delito de quadrilha, basta a vontade de associação criminosa – manifestada por mais de três pessoas -, dirigida à prática de delitos indeterminados, sejam estes, ou não, da mesma espécie.

- O crime de quadrilha é juridicamente independente daqueles que venham a ser praticados pelos agentes reunidos na *societas delinquentium*. O delito de quadrilha subsiste autonomamente, ainda que os crimes para os quais foi organizado o bando sequer venham a ser cometidos.

- Os membros da quadrilha que praticarem a infração penal para cuja execução foi o bando constituído expõem-se, nos termos do art. 69 do Código Penal, em virtude do cometimento desse outro ilícito criminal, à regra do cúmulo material pelo concurso de crimes”.

Mesmo ciente de que esta conceituação inicial de organização criminosa como sendo a quadrilha que efetiva a prática de pelo menos um delito é pobre e muito aquém da complexidade do fenômeno da criminalidade organizada, principalmente quanto aos delitos econômicos, consideramos ser indispensável partirmos de alguma conceituação de tipo penal para adoção de política criminal de enfrentamento à esta criminalidade, devendo ocorrer um aperfeiçoamento do conceito de crime organizado por parte da doutrina criminalística e uma evolução legislativa quanto ao tipo penal do delito praticado por organização criminosa.

Muitos doutrinadores discordam desta conceituação de organização criminosa ligada à prática efetiva de um delito por uma quadrilha. Raul Zaffaroni, durante VI Congresso Internacional de Direito Penal (organizado pelo IBCCRIM em outubro de 2000), afirmou “não haver possibilidade de tipificar penalmente organização criminosa, devido à complexidade do fenômeno, nada tendo a ver este ente com os grupos de quadrilha ou bando”.

Dada a gravidade deste fenômeno criminal no Brasil, e a ineficácia da Lei 9.034/95, justamente pela falta de um conceito mais bem elaborado e preciso sobre o que seja organização criminosa, o Poder Executivo propôs, a partir desta constatação, um Projeto de Lei para se incluir no Código Penal brasileiro, o seguinte artigo:

#### “ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Art.288A. Associarem-se três ou mais pessoas em grupo organizado, por meio de entidade ou não, de forma estruturada e com divisão de tarefas, valendo-se de violência, intimidação, corrupção, fraude ou de outros meios assemelhados, para o fim de cometer crime:

Pena- reclusão, de 05 (cinco) a 10 (dez) anos e multa.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 à metade se o agente promover, instituir, financiar ou chefiar a organização criminosa”.

#### JUSTIFICATIVA DO PROJETO DE LEI

*“Forma grave de insegurança para a sociedade tem decorrido da reunião de três ou mais pessoas em grupo organizado, que de forma estruturada e com divisão de tarefas, tem por fim a prática de crime, sendo necessário que se distinga esta modalidade de realização de delitos da figura tradicional da quadrilha ou bando.*

*Recentes fatos indicam a necessidade de se acrescentar ao Código Penal figura típica específica relativa a organização criminosa, impondo reprimendas com maior rigor.*

*No tipo penal proposto, além da forma estruturada e da divisão de tarefas faz-se referência a outro dado do modus operandi do grupo organizado, qual seja, atuar por meio de violência, intimidação, corrupção ou fraude, tendo por meio entidade jurídica ou não.*

*Assim sendo, segundo a orientação de congressos patrocinados pela ONU, busca-se definir os dados elementares invariáveis, sem estender demais sua caracterização para compreender, por seus dados mínimos, grupos organizados, que colocam em risco a segurança social”.*

Com a assunção (*de lege ferenda*) deste conceito preciso e elaborado de organização criminosa ao nosso ordenamento jurídico-penal, visualiza-se não somente um enfrentamento mais eficaz à criminalidade clássica, mas principalmente junto à criminalidade

econômica organizada, entre estes, grupos financeiros que fraudam o sistema financeiro nacional, e grupos de sonegadores, que fraudam o sistema tributário nacional.

Não deixaremos de observar que perdeu o legislador pátrio excelente oportunidade de tornar eficaz a Lei que regula os meios de prevenção e repressão a ações praticadas por organizações criminosas – Lei n. 9.034/1995, pois ao alterá-la, através da Lei n. 10.217 de 11 de abril de 2001, ou seja, após seis anos de vigência e não aplicabilidade pelos órgãos jurisdicionais daquele dispositivo legal, com todas as críticas que recebera, persistiu no erro e manteve o tipo penal aberto, prescrevendo em seu artigo primeiro o seguinte:

“Art. 1º – Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilhas ou bando **ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo**”.

Deste modo, permanecendo inalterada a intenção do legislador de manter um tipo penal sobre organização criminosa extremamente aberto, continua tal instituto de pouca aplicação, devido à insegurança jurídica e à possibilidade da ocorrência de decisões arbitrárias pelos órgãos jurisdicionais, quando da aplicação desta lei ao caso concreto.

De qualquer modo, baseando-nos na visão de um “Direito Penal de duas velocidades” elaborada por Silva Sanchez, entendemos que inevitavelmente um Direito Penal a enfrentar este tipo de criminalidade organizada deverá ser menos garantista, dotando o Estado de ferramentas mais eficazes a prevenir e reprimir este tipo de criminalidade econômica dos atuais tempos de globalização.

Finalmente, após esta breve análise crítica da conceituação de crime organizado, tem-se a oportunidade de se vincular –com maior segurança e precisão– os delitos fiscais ao crime de lavagem de dinheiro, conforme exposto a seguir.

## **5) RELAÇÃO ENTRE O CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE DINHEIRO**

Após uma breve visão dos fenômenos delituosos da lavagem de dinheiro e criminalidade organizada, é chegado o momento de inserir de forma sistematizada o delito contra a ordem tributária neste novo contexto de criminalidade econômica.

A sociedade brasileira já possui, desde 03 de março de 1998, uma tutela penal quanto aos delitos de ocultação e lavagem de bens, direitos e valores. É a Lei 9.613, que cuida da prevenção à utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, bem como cria o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, dando outras providências.

Sem se tirar o mérito desta lei, sendo indubitavelmente um avanço em termos de ordenamento penal no Brasil, devemos fazer algumas críticas à mesma, particularmente no que diz respeito à sua omissão quanto ao delito de sonegação fiscal.

De acordo com a criminologia, as condutas típicas de ocultação e lavagem de dinheiro constituem uma evolução substancial do crime de receptação. Neste delito, o enquadramento da conduta típica reflete a necessidade de se perseguir a ilicitude do crime antecedente, mesmo que distante e livre deste. Assim, o bem jurídico tutelado na receptação equivale ao bem jurídico do crime antecedente, ou seja, a objetividade jurídica da receptação equivale à do crime de que é parasitário.

Porém, com a real constatação de que as condutas de receptação desprendiam-se de tal modo de seus crimes antecedentes a ponto de ofenderem outros bens jurídicos tuteláveis, necessitou-se o enquadramento de forma especial de determinadas condutas que, em tese, já se subsumiriam ao tipo de receptação. Deste modo, a tipificação da conduta de ocultação ou lavagem deriva de uma sofisticação e evolução da receptação. Este “novo” delito ofende precipuamente a ordem financeira e a ordem econômica, não deixando de ferir também a ordem tributária.

Com as normas penais incriminadoras desta nova Lei (9.613/98), o objetivo do legislador foi manter a segurança, a boa-fé e o equilíbrio das relações econômico-financeiras, nacional e internacionalmente, ameaçadas seriamente com estas práticas.

Mas o Parlamento Nacional não considerou que este ilícito fosse consequência de qualquer antecedente, como ocorre em países como E.U.A, Bélgica, França, Itália e Suíça, que vinculam a lavagem de capitais a qualquer ilícito antecedente – chamadas legislações de terceira geração.

Deste modo, o legislador delimitou o campo de ilicitude da nova regra legal. Mesmo que o delito de lavagem seja considerado autônomo, guarda íntima relação com o crime antecedente, já que a adequação típica das novas condutas somente se estabelece diante da prova da origem ilícita dos recursos lavados e desde que tal ilicitude decorra dos tipos prescritos nos incisos do artigo 1º da nova Lei.

Ao eleger os delitos que comporiam o universo dos crimes antecedentes, base da configuração do delito de lavagem de dinheiro, levou-se em consideração quais os delitos que geravam uma grande movimentação de riquezas, ameaçadores das ordens financeira e econômica nacional e transnacional.

A lei de lavagem de ativos provenientes de crimes –lavagem de dinheiro– tipifica penalmente as condutas de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: I- de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes; II- de terrorismo; III- de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV- de extorsão mediante seqüestro; V- contra a Administração Pública; VI- contra o sistema financeiro nacional; VII- praticado por organização criminosa”. Assim, esta lei consubstancia um *plus* na repressão aos crimes que produziram os ativos ilícitos cuja reciclagem se pretende coibir.

Pelo legislador, este universo abrange toda a criminalidade geradora de recursos de grande monta, cuja movimentação ilícita lesiona os interesses públicos, particularmente as ordens financeira e econômica.

E quanto à sonegação fiscal, delito que retira vultosos recursos tributários necessários à implementação de políticas públicas, contribuindo para o incremento das desigualdades sociais? De acordo com os autores do projeto desta lei, “(...) o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal”.

Assim, o legislador que criou a Lei ordinária referente à lavagem de dinheiro não considerou o crime contra a ordem tributária como crime-base para aquele ilícito. Forçoso aqui é lamentar tal exclusão.

Pela Exposição de Motivos justificadora de tal omissão, considera-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, nos meios econômicos, de valores oriundos de atividade ilícita que representam, no momento de seu resultado, um aumento patrimonial do agente e que, por isso, o projeto não inclui entre os crimes antecedentes os delitos que não apresentam agregação ao patrimônio do agente, como seria o caso da sonegação fiscal. Não haveria, pela prática sonegatória, aumento e sim manutenção do patrimônio em decorrência do não-pagamento (de forma fraudulenta) da obrigação fiscal.

Para inferirmos se o delito contra a ordem tributária deve ou não ser crime-base do delito de lavagem de dinheiro, devemos responder a duas questões: os crimes fiscais geram produtos criminosos, adequando-se às elementares do novo tipo penal e, em caso positivo, é expressivo o montante de valores ou bens ilegais gerados por esses crimes, a ponto de, quando do processo de reinserção destes valores nos sistemas financeiro e/ou econômico formais, ocorrer uma efetiva lesão ao aparelho econômico-financeiro?

Ao analisarmos a situação real dos crimes fiscais, veremos que tanto as duas questões anteriores são positivas como a premissa adotada para a exclusão do delito fiscal, justificada na Exposição de Motivos, é equivocada.

Assumiu-se que se lava ou oculta apenas a parcela lucrativa, o *plus* da atividade criminosa, adicional ao patrimônio do infrator. O objeto material do crime seria somente os valores tidos como produtos do delito, de um ponto de vista externo e de adição patrimonial.

Sabemos que esta premissa não corresponde à realidade.

Vimos que lavagem de dinheiro é o processo por meio do qual se oculta a origem ilícita, a existência, a propriedade ou a aplicação dos produtos que se originam da atividade delituosa. De outra forma, todo o dinheiro gerado de forma criminosa precisa ser “lavado” para se dar uma aparência regular a um patrimônio de origem ilegal. A lavagem de dinheiro é a forma pela qual o dinheiro ilícito é reinserido formalmente no sistema, dissimulando-se sua origem criminosa.

Quanto aos crimes fiscais, não se discute o grande interesse que tem o sonegador de fazer inserir em suas relações ostensivas legais a parcela que suprimiu ou reduziu fraudulentamente do tributo devido à Fazenda. Qual seria a utilidade de se organizar uma contabilidade paralela (“caixa-dois”) se os recursos ali contabilizados não puderem, num certo momento, serem utilizados legitimamente? Mais do que isto, como se agregam formalmente os recursos do *caixa-dois* senão por meio de processos que legitimem aparentemente a origem ilícita de tais recursos?

A ilicitude da conduta não decorre da existência ou inexistência de acréscimo patrimonial obtido com o crime-base ao delito de lavagem de dinheiro. O ponto fundamental aqui é saber se o delito anterior produziu ou não uma massa de valores ilícitos que precisam passar pelo processo de “lavagem”. O contribuinte sonegador, ao deixar de cumprir com a obrigação tributária devida, através de uma conduta



fraudulenta, não altera, em princípio, sua situação patrimonial, mas, a partir do momento em que possui ilicitamente em seu patrimônio algo que pertence a outro sujeito de direito, no caso, o Estado, macula a parcela tributária sonegada, que permanece virtualmente em seu patrimônio.

A premissa da exclusão do delito fiscal como antecedente à lavagem se equivoca quando estabelece a sonegação fiscal como sendo uma conduta puramente omissiva – deixar de pagar mediante fraude tributo devido -, pois, na verdade, a maioria dos tipos elencados na Lei 8.137/90 prevê condutas comissivas, com a utilização de técnicas contábeis e fiscais cada vez mais sofisticadas, que têm como objetivo a supressão ou redução de tributo devido. A reinserção dos valores sonegados na empresa ou no patrimônio particular do contribuinte constitui, substancialmente, típica operação de lavagem de dinheiro.

Como exemplo, podemos descrever a seguinte situação: valores obtidos a partir da contabilidade paralela da empresa são remetidos para certo paraíso fiscal, através de uma conta CC5. Opera-se a primeira etapa da lavagem de dinheiro, ou seja, a *conversão*: tendo como momentos anteriores a captação de ativos oriundos da prática de crime de sonegação fiscal, busca-se, nesta fase, a ocultação inicial da origem ilícita, com a separação física entre os criminosos fiscais e os produtos de seus crimes. Esta é obtida através da imediata aplicação destes ativos ilícitos no sistema financeiro – no caso, um paraíso fiscal - para lograr sua conversão em ativos lícitos. Observe-se que a conversão não envolve necessariamente o sistema financeiro e pode ocorrer através da pura e simples aquisição de mercadorias ou negócios.

O segundo momento do processo é a *dissimulação*: os grandes volumes de dinheiro sonegados, inseridos no paraíso fiscal, na etapa anterior, para disfarçar sua origem ilícita e para dificultar seu rastreamento pelas agências estatais de repressão, tais como o COAF, que atua como inteligência financeira brasileira, devem ser diluídos em incontáveis estratos, disseminados através de operações e transações financeiras variadas e sucessivas, no país e no exterior, envolvendo multiplicidade de contas bancárias de diversas empresas nacionais e internacionais, com estruturas societárias diferenciadas e sujeitas a regimes jurídicos os mais variados. Por outro lado, pretende-se com a dissimulação estruturar uma nova origem do dinheiro sujo, aparentemente legítima. Aqui, consubstancia-se a lavagem de dinheiro propriamente dita, qual seja, tem por meta dotar ativos etiológicamente ilícitos de um disfarce de legitimidade.

Esta etapa tornou-se extremamente complexa e dinâmica diante da crescente sofisticação dos meios de telecomunicações, que possibilitam a célere movimentação de ativos financeiros em escala mundial<sup>11</sup>.

A etapa final é a *integração*. Esta se caracteriza pelo emprego dos ativos criminosos no sistema produtivo, por intermédio da criação, aquisição e/ou investimento em negócios lícitos ou pela simples compra de bens. Não se trata esta etapa propriamente de lavagem de dinheiro, que a esta altura já está *limpo*, mas de uma fase subsequente, melhor designada sob o nome de reciclagem.

A premissa de que se valeu o legislador para excluir a sonegação fiscal dos crimes antecedentes à lavagem de dinheiro é falsa, já que, conforme verificamos, a sonegação é delito material que gera, em última análise, um enriquecimento ilícito, mesmo que este não se configure por agregação patrimonial, mas por atividade fraudulenta que criminaliza parcela do patrimônio do agente.

A própria conduta descrita no *caput* do artigo primeiro da Lei n. 9.613/98 já tornaria possível a subsunção do delito contra a ordem tributária entre os crimes antecedentes à lavagem de capitais, se se considerar que os valores fraudulentamente ocultados da Fazenda são considerados como provenientes de atividade criminosa.

Para inferirmos se o delito contra a ordem tributária deveria ou não ser crime-base do delito de lavagem de dinheiro, precisaríamos responder a duas questões: se os crimes fiscais gerariam produtos criminosos e se seriam expressivos os montantes de valores ou bens ilegais gerados por esses crimes fiscais, a ponto de provocar lesões ao aparelho econômico-financeiro quando de sua reinserção no sistema formal. A primeira questão já foi respondida. Resta saber se tais recursos ilícitos, em seu processo de branqueamento, geram ao sistema econômico e financeiro os riscos expressivos que demandam a natureza dos novos crimes.

A resposta também é afirmativa. Segundo estimativas oficiais, levando-se em consideração que pelo menos 3% do PIB mundial tem origem criminosa, a média anual de dinheiro sujo no Brasil é estimada em R\$ 30,7 bilhões<sup>12</sup>. Além deste número, nos primeiros cinco meses do ano 2000 as autuações da fiscalização federal por

---

<sup>11</sup> Para maiores detalhes deste tipo de operação envolvendo paraísos fiscais, ver matéria do jornal O Estado de São Paulo, de 24 de julho de 2000 – *Paraísos fiscais atraem correntistas brasileiros*.

<sup>12</sup> Dado extraído da matéria *Brasil na rota da lavagem de dinheiro*, de 03 de abril de 2000, da Revista Eletrônica do STJ.

sonegação fiscal somaram a quantia de R\$ 11,3 bilhões de reais<sup>13</sup>. Ligando estes dois números, investigações realizadas nas contas CC5 demonstram que boa parte dos recursos que por ali transitam é proveniente da contabilidade paralela das empresas (caixa-dois), bem como de outras manobras de sonegação fiscal.

Com esta constatação, verifica-se que *lavagem de dinheiro* é uma técnica delitiva especializada, colocada à disposição tanto do crime organizado convencional, quanto da sociedade não-marginal, como é o caso dos *colarinhos brancos*. De qualquer modo, o crime de lavagem permanece o mesmo, seja reintroduzindo no mercado formal valores provenientes do tráfico de armas e entorpecentes, seja legitimando o patrimônio sonegado à Fazenda, ameaçando o sistema econômico-financeiro dos países atingidos.

Deve-se destacar que o mesmo raciocínio utilizado para o crime fiscal é válido para o crime previdenciário, já que neste delito o empregador, ao sonegar a contribuição social devida ao INSS, macula igualmente parte de seu patrimônio<sup>14</sup>.

Por todos os argumentos apresentados, concluímos ter havido omissão grave do legislador, havendo a necessidade do Parlamento rever sua decisão de não incluir expressamente o delito contra a ordem tributária no rol dos crimes antecedentes ao de ocultação de bens e lavagem de dinheiro, uma vez que os crimes fiscais demandam também processos de lavagem nocivos ao sistema econômico e financeiro, justificando, destarte, a intervenção dos mecanismos investigativos criados pela nova lei, com a atuação organizada e coordenada das agências de inteligência financeira - COAF- e fiscal dos entes federativos na prevenção e repressão a estes delitos.

De qualquer modo, enquanto a omissão legislativa não for sanada, existe uma única possibilidade de se considerar o crime fiscal como antecedente do delito de lavagem de dinheiro: se praticado por organização criminosa, de acordo com o inciso VII do artigo 1º da Lei 9.613/98.

A inclusão deste inciso amplia o leque dos crimes antecedentes ao delito de lavagem de dinheiro, na medida em que o conceito de organização criminosa adotado por

---

<sup>13</sup> Dado extraído da matéria *Turma do calote*, publicada na revista *Veja*, de 05 de julho de 2000, p. 127.

<sup>14</sup> Através da Lei n. 9.983/2000, introduziu-se no Código Penal o art. 337-A, que trata da sonegação de contribuição previdenciária, dentro do TÍTULO XI – DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Deste modo, este tipo penal se enquadra indubitavelmente no art. 1º, inciso V, da Lei n. 9.613/1998, tornando-se tipo antecedente à lavagem de capitais.

nossa legislação – Leis n. 9.034/1995 e 10.217/2001 - exige como substrato mínimo tão-somente a existência de “quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”.

Deste modo, extrapolando a vontade do legislador, o fato é que, se os delitos contra a ordem tributária (arts. 1º a 3º da Lei nº 8137/90) forem cometidos por organização criminosa, poderá estar caracterizada a lavagem de dinheiro quando da ocultação ou dissimulação dos valores sonegados.

Assim, delitos fiscais de supressão ou redução de tributos a partir de condutas ilícitas previstas no art. 1º da Lei 8.137/90, praticados de forma estruturada e contínua, executados por dois empresários, em co-autoria com um “consultor tributário” e um contador, responsáveis pelo “planejamento da evasão fiscal”, podem configurar pressu-postos à lavagem de dinheiro praticados por organização criminosa. Reforçará este entendimento a comprovação de outros delitos praticados por esta organização, tais como evasão de divisas, delitos financeiros, corrupção, falsificação de documentos etc.

Com a defesa desta tese, vincula-se o delito fiscal com o crime de lavagem de dinheiro, dentro do contexto de criminalidade econômica organizada.

Deve-se destacar que esta matéria é muito recente tanto em termos mundiais como em termos nacionais, não existindo até este momento qualquer jurisprudência brasileira que endosse esta tese.

## **6) CONSTRUÇÃO DAS NORMAS PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA RELATIVAS AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO COM O ANTECEDENTE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA<sup>15</sup>**

Construiremos neste item a norma jurídica - do ponto de vista lógico - que configura o delito de lavagem de dinheiro decorrente do crime contra a ordem tributária.

As normas jurídicas são construções de significados a partir de textos positivados e estruturadas conforme a lógica dos juízos condicionais, compostas por proposições prescritivas.

---

<sup>15</sup> Este item tem como fundamento conceitual aulas de Lógica Jurídica ministradas pelos Professores Paulo de Barros Carvalho e Eurico Marcos Diniz de Santi no I Curso de Especialização em Direito Tributário da Escola Fazendária do Estado de São Paulo, de março a junho de 2000.

Para que uma mensagem deôntica tenha sentido completo, é mister que tenha uma proposição-antecedente, que descreve a possibilidade de um evento do mundo, implicando uma proposição-tese, no conseqüente. Toda norma jurídica assim diz: dado o antecedente, então *deve-ser* o conseqüente. Este *deve-ser* expressa um ato de vontade do legislador, que implica uma consequência a um determinado antecedente hipotético que se concretiza no mundo fático.

A proposição-antecedente descreverá um evento de possível concretização, pertencendo, portanto, ao campo do possível, da realidade tangível, pois, do contrário, a relação jurídica entre dois ou mais sujeitos prescrita no conseqüente da norma nunca acontecerá, sendo esta regra totalmente ineficaz, ou seja, sem produção de efeitos jurídicos.

O operador deôntico *deve-ser*, que liga o antecedente ao conseqüente da norma jurídica é um operador neutro, não modalizado. Porém, dentro do conseqüente da norma encontraremos um outro *deve-ser* modalizado nas formas *proibido*, *permitido* e *obrigatório*. Este último *deve-ser* tem caráter intraproposicional e aproxima dois ou mais sujeitos em torno de uma conduta que deve ser cumprida por um e exigida por outro. O *deve-ser* simplificadaamente pode ser entendido como uma estrutura sintática que articula internamente enunciados deônticos: antecedente e conseqüente. Por outro lado, também atua intraproposicionalmente no conseqüente da norma jurídica.

Detalhando-se o conseqüente, tem-se que a proposição-tese funciona como prescritora de condutas entre sujeitos. Assim, o prescritor da norma é uma proposição relacional, entre dois sujeitos de direito, em torno de uma conduta regrada como proibida, permitida ou obrigatória. Destaca-se que esta conduta deve ser possível, pois não faz sentido prescrever comportamento obrigatório, permitido ou proibido se o destinatário da norma estiver impedido de realizar tais condutas.

Segundo Lourival Vilanova<sup>16</sup>, *o direito-norma, em sua integridade constitutiva, compõe-se de duas partes*. A norma primária é aquela que prescreve um dever, a partir da concretude do fato previsto no antecedente da norma. A norma secundária prescreve uma sanção, aplicada pelo ente estatal, caso ocorra o descumprimento da conduta estatuída na norma primária. Observamos que dentro desta concepção, não existirão normas jurídicas sem as correspondentes sanções que lhes dêem força,

---

<sup>16</sup> Lourival Vilanova, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, Ed. Max Limonad, 1997, p. 111.

que lhes reafirmem. Verifica-se que a norma secundária é um conseqüente lógico da norma primária, pois descaberá sanção quando do adimplemento do dever prescrito na norma primária.

A organização lógico-interna das normas primária e secundária será a mesma. Em ambas teremos um antecedente implicando deonticamente um conseqüente. A diferença será semântica, pois o antecedente da norma secundária apontará sempre para uma conduta violadora do dever previsto no conseqüente da norma primária. Pode-se também dizer que a norma primária é de índole material, enquanto a norma secundária, sancionatória, seria de caráter formal-processual.

O nosso objetivo aqui é construirmos, a partir da estrutura lógico-formal da norma jurídica, a norma primária que dá origem a obrigação tributária, a norma secundária que estabelece a sanção penal pela configuração do delito contra a ordem tributária, e um outra norma, também secundária, reforçadora da norma anterior, que estabelece a sanção penal pelo delito de lavagem de dinheiro proveniente do delito fiscal.

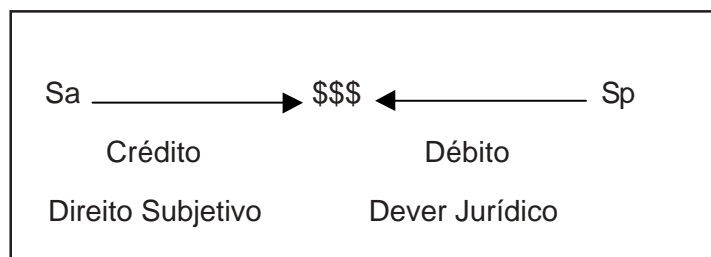
Adota-se como norma jurídica uma mensagem deontica de sentido completo, a partir de uma estrutura hipotética condicional. Assim, dado um fato F qualquer, deveser uma conduta comissiva ou omissiva de um sujeito S ante outro sujeito S'.

Reduzindo o campo de atuação das normas jurídicas gerais ao da incidência tributária, verifica-se que estas normas definem a incidência do tributo, descrevendo fatos e estipulando sujeitos da relação jurídica, bem como bases de determinação do *quantum debeatur*. Nesta norma de incidência, a hipótese trará a previsão de um fato, enquanto a consequência prescreverá a relação jurídica fruto da subsunção do acontecimento à hipótese de incidência. Deste modo, a incidência se caracteriza pela ocorrência do fato jurídico tributário, fato de a situação abstratamente descrita na hipótese de incidência se concretizar, dando nascimento à obrigação tributária, que simplesmente é o efeito jurídico prescrito como consequência da subsunção do fato jurídico à hipótese descrita na norma jurídica.

Obrigação tributária, portanto, é o vínculo abstrato que surge pela imputação normativa, segundo o qual uma pessoa, credor ou sujeito ativo, tem o direito subjetivo de exigir de outra, denominada sujeito passivo ou devedor, o cumprimento de prestação de índole pecuniária. É a própria relação jurídica tributária de natureza patrimonial inerente à regra-matriz de incidência tributária.

Concretizando-se o fato previsto no descritor da regra-matriz de incidência, instala-se uma relação jurídica de conteúdo patrimonial – a obrigação tributária. Compõe-se esta de três elementos: sujeitos ativo, passivo e objeto.

Graficamente:



Temos com este gráfico a total caracterização da obrigação tributária. O sujeito ativo tem o direito subjetivo de exigir a prestação pecuniária, e, em contrapartida, o sujeito passivo tem o dever jurídico de cumpri-la. Ao direito subjetivo de que está investido o sujeito ativo de exigir o objeto, denomina-se crédito. E ao dever jurídico que a ele se contrapõe, de prestar o objeto, designa-se débito. Deste modo, a toda obrigação corresponde um crédito.

A norma primária é aquela que prescreve um dever, a partir da concretude do fato previsto no antecedente na norma. A norma secundária prescreve uma sanção, aplicada pelo ente estatal, caso ocorra o descumprimento da conduta estatuída na norma primária.

### • CONSTRUÇÃO DA NORMA PRIMÁRIA

Dado um fato F qualquer, deve-ser uma conduta comissiva ou omissiva de um sujeito S ante outro sujeito S'. Por exemplo, dada a saída de mercadoria de um estabelecimento, deve-ser o pagamento do ICMS.

### • CONSTRUÇÃO DA NORMA SECUNDÁRIA SANCIONATÓRIA RELATIVA À SONEGAÇÃO FISCAL<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Tomando como referência o artigo 1º da Lei n. 8.137/90.

Dada a supressão ou redução fraudulenta do tributo devido, deve-ser o *ius puniendi* do Estado em relação ao sonegador fiscal, pela prática do delito contra a ordem tributária.

### • **CONSTRUÇÃO DA NORMA SECUNDÁRIA SANCIONATÓRIA RELATIVA À LAVAGEM DE DINHEIRO PROVENIENTE DE SONEGAÇÃO FISCAL**

Dada a ocultação ou dissimulação de bens provenientes de sonegação fiscal, praticada por organização criminosa, deve-ser o *ius puniendi* do Estado em relação ao “lavador” de capitais, pela prática do delito de lavagem de dinheiro, tendo como crime-antecedente a sonegação fiscal, praticada por organização criminosa.

Nota-se que esta última norma serve como um reforço do *ius puniendi* em relação ao sonegador fiscal que também lava dinheiro, pois este infrator será duplamente punido, ou seja, será sancionado tanto pelo crime principal – contra a ordem tributária - como pelo crime acessório – lavagem de dinheiro.

Com a pretensão punitiva o Estado procura tornar efetivo o *ius puniendi*, exigindo do autor do delito sujeição à sanção penal, materializada através da sentença condenatória.

## **7) AÇÕES GOVERNAMENTAIS DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO**

Estabelecida a vinculação normativa entre os delitos fiscal e lavagem de dinheiro, passemos ao segundo objetivo deste estudo: propor ações coordenadas entre as inteligências fiscal e financeira para um combate mais eficaz àqueles delitos econômicos.

### **7.1) As unidades financeiras de inteligência**

O combate à lavagem de dinheiro teve início nas nações desenvolvidas, estendendo-se, posteriormente, a outros países. No intuito de tornar esse combate mais efetivo, foram criadas as Unidades Financeiras de Inteligência, mundialmente conhecidas por FIU.

Na reunião do Grupo de Egmont realizada em Roma, em 1997, definiu-se Unidade Financeira de Inteligência como “*agência nacional, central, responsável por receber (e na medida do possível requerer), analisar e distribuir às autoridades competentes as denúncias sobre as informações financeiras com respeito a presumidos*



*procedimentos criminais requeridas pela legislação ou normas nacionais para impedir a lavagem de dinheiro”.*

As FIU podem ser de natureza judicial, policial, mista (judicial/policial) ou administrativa e sua principal função é estabelecer um mecanismo de prevenção e controle do delito de lavagem de dinheiro através da proteção dos setores financeiros e comerciais passíveis de serem utilizados em manobras ilegais.

### ***As FIU e o Grupo de Egmont***

Em 1995, FIU's de diversos países criaram o Grupo de Egmont, cuja finalidade primeira é promover um fórum onde as FIU possam discutir seus planos de ação contra a lavagem de dinheiro no intuito de, por meio da troca de experiências, realizarem com mais eficácia e coordenação suas funções operacionais.

Atualmente, esse grupo congrega 48 FIU, dentre as quais destacam-se:

#### **FINCEN** (Estados Unidos) – *Financial Crimes Enforcement Network*

A função do FINCEN é a de prover uma rede de inteligência e de análise de múltiplas fontes com grande amplitude dentro do governo para auxiliar na detecção, investigação e persecução de delitos relacionados à lavagem de dinheiro em âmbito nacional e internacional. Conta com a colaboração de outras agências federais, estaduais, locais e estrangeiras.

#### **SEPBLAC** (Espanha) – *Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias*

O SEPBLAC foi criado no âmbito do Banco de España, mas tem autonomia no exercício de suas funções. Além de prestar auxílio a órgãos judiciais, esta FIU tem a função de receber comunicações, analisá-las, promover investigações e encaminhar questões aos órgãos competentes, caso haja indícios de que estão relacionadas a operações de lavagem de dinheiro.

#### **TRACFIN** (França) – *Traitement du Renseignement et Action Contre les Circuits Financiers Clandestins*

O TRACFIN é uma central de informações, criada no âmbito do Ministério da Economia francês, encarregada de receber comunicações e submetê-las a análises periciais, a fim de constatar se há ilegalidade em operações realizadas por organismos financeiros ou outras entidades.

No Brasil, este órgão central de inteligência financeira é o **COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras**, criado no âmbito do Ministério da Fazenda pela Lei nº 9.613, de 1998.

### ***Características das FIU***

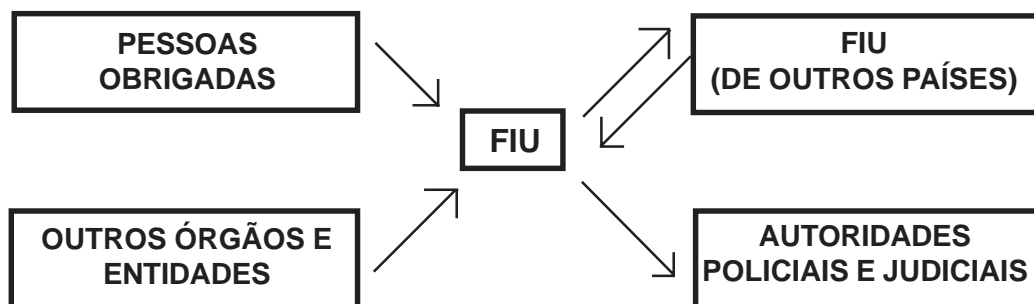
Há uma tendência internacional de que as FIU:

- estejam integradas a outros órgãos da administração para um maior intercâmbio de informações;
- contem com o aporte de especialistas em cada uma das áreas de sua competência;
- ofereçam garantia de confidencialidade;
- possuam elementos técnicos necessários para poder dar tratamento adequado e imediato às informações; e
- tenham função regulamentar e/ou de fiscalização, podendo firmar convênios e estabelecer acordos entre organismos internacionais similares.

### ***Intercâmbio de Informações***

Sabendo-se que as unidades financeiras de inteligência funcionam como uma espécie de “filtro”, capaz de receber, analisar e transformar as informações em dados sobre atividades suspeitas, fica evidente a importância do inter-relacionamento entre as FIU – e entre elas e as autoridades competentes – para o sucesso de uma operação de combate à lavagem de dinheiro.

O processo, resumidamente, ocorre da seguinte forma: a partir do exame de indícios que permitem comprovar a existência de um delito, as FIU remetem a informação à autoridade competente, que dá início aos procedimentos cabíveis. O esquema abaixo mostra como são repassadas as informações pelos sujeitos obrigados e por órgãos e entidades.



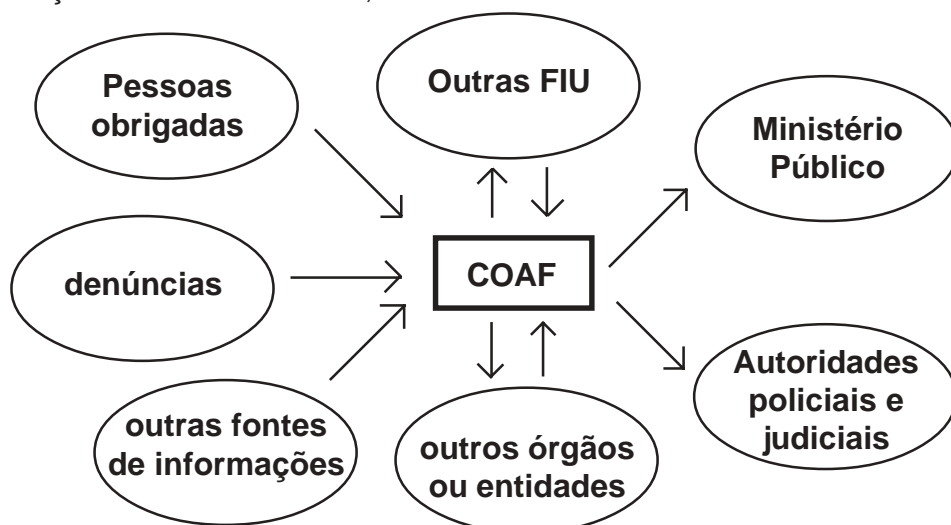
## 7.2) COAF- Conselho de Controle de Atividades Financeiras

O COAF, de acordo com o art. 14 da Lei 9.613/98, tem a incumbência de disciplinar e aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas de lavagem de dinheiro, devendo, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores.

O COAF comunicará às autoridades competentes a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos na Lei de lavagem de dinheiro, ou de fundados indícios de sua prática.

O compromisso do Conselho é reforçar (e contribuir com) a eficácia global das medidas de prevenção/repressão e promover o objetivo primordial da Lei de Lavagem de Dinheiro que é o de resguardar a ordem política e socioeconômica, tendo em vista que esse crime representa uma ameaça não só à integridade e estabilidade dos Estados e de seus sistemas financeiros, mas também à própria democracia.

Sabendo-se que a lavagem de dinheiro é o complemento de inúmeras práticas delituosas graves (entre elas a sonegação fiscal) e que essa operação só é possível com o trânsito dos recursos ilícitos pelos setores regulares da economia, fica evidente a importância do trabalho desenvolvido pelo COAF em conjunto com os demais entes reguladores, *fiscalizadores* e operativos, visando fixar procedimentos que dificultem a realização de ações criminosas. O esquema abaixo mostra como se processa o fluxo de informações em torno do COAF, interna e transnacionalmente.



## 8) PROPOSTA DO TRABALHO

Este trabalho, após relacionar os crimes de lavagem de dinheiro e sonegação fiscal, bem como descrever as medidas legais e as ações governamentais para o combate a estes delitos, tem por finalidade propor uma ação coordenada e um efetivo intercâmbio de informações entre a agência de inteligência financeira brasileira - COAF - e as inteligências fiscais dos entes federativos, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Este intercâmbio objetiva uma maior eficiência nas investigações de fraudes de natureza penal-tributária, seja no combate à lavagem de dinheiro, seja no combate à sonegação fiscal, pois, como vimos, extrapolando a vontade do legislador, o fato é que, se os delitos contra a ordem tributária forem cometidos por organização criminosa, poderá estar caracterizada a lavagem de dinheiro quando da ocultação ou dissimulação dos valores sonegados.

Outrossim, propomos a criação de um *Grupo de Trabalho Crimes Fiscal- Lavagem de Dinheiro*, que elaborará:

I – critérios objetivos para seleção dos casos de crimes de lavagem de dinheiro que deverão ser priorizados na ação conjunta entre os Fiscos (Inteligências Fiscais) e o COAF;

II – criação de cadastro nacional de pessoas físicas denunciadas por crime de lavagem de dinheiro e as respectivas empresas;

III – reavaliação das normas para a concessão de inscrição cadastral ou da alteração do quadro societário das empresas, com vistas a obstar a participação de interpostas pessoas;

IV – procedimentos padronizados no encaminhamento de informações ao COAF, bem como em relação às diligências para fins probatórios;

V – aperfeiçoamento das Inteligências Fiscais, com a finalidade de promover procedimentos especiais de investigação e comprovação de fraudes fiscais estruturadas por grupos organizados ligados à lavagem de dinheiro.

## 9) CONCLUSÃO

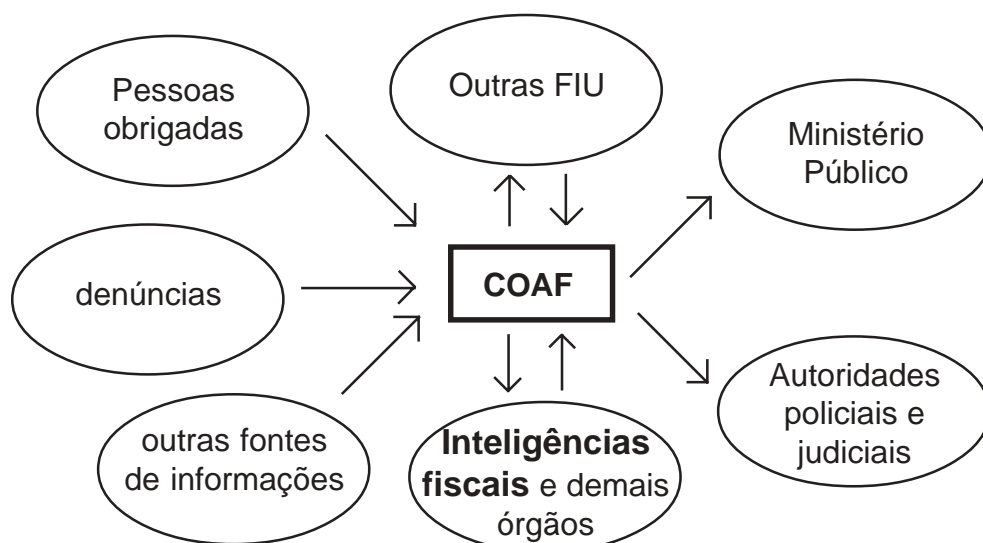
Este estudo pretendeu estabelecer um nexó jurídico entre o delito contra a ordem tributária e o delito de lavagem de dinheiro, bem como propor medidas que tornem mais eficiente o combate àqueles crimes, buscando fortalecer a participação e

intercâmbio das agências estatais competentes, adotando uma ação coordenada para a consecução deste fim.

De acordo com Mr. Stanley E. Morris, ex- Diretor da FINCEN – US Financial Crimes Enforcement Network<sup>18</sup>: “ *The most significant procedural adjustment has been the effort to improve coordination and communication among the multiple governmental entities who have responsibility for aspects of the anti-money laundering effort. Law enforcement agencies from Justice and Treasury now meet regularly with prosecutors and regulators to share experiences and develop new policies and approaches. Anti-money laundering task forces have been set up in order to bring together the skills from multiple Federal, State and local agencies*”.

Também, de acordo com Nunez<sup>19</sup>, “ a Justiça penal se exerce sobre tipos tradicionais, delitos convencionais, mas sua atuação é virtualmente inoperante em relação aos autores de atos gravemente prejudiciais para a coletividade que se estruturam na organização política e econômica, por falta de tipificação penal adequada e pelas dificuldades probatórias, de tais comportamentos, derivados da habilidade de atuação de seus autores e da própria complexidade dos delitos econômico – financeiros...”

Após a apresentação das propostas relacionadas neste estudo, poderíamos esboçar um novo modelo de fluxo de informações, agora com a participação integrada das Inteligências Fiscais dos entes federativos junto ao COAF:



<sup>18</sup> The Internacional Conference on Money Laundering, Brasília – Brazil - 1999

<sup>19</sup> NUNES, Juan Antonio Martos. Derecho Penal Economico. 1987

Deste modo, acreditamos que estas propostas vão ao encontro das afirmações supracitadas, tanto pelo fortalecimento do esforço conjunto e coordenado dos entes responsáveis pelo combate à sonegação fiscal e à lavagem de dinheiro, quanto pela maior possibilidade de êxito probatório perante a Justiça Penal.

**José Antonio Farah Lopes de Lima,**

**Agente Fiscal de Rendas,**

**Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra**

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 1998.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Reação Social*, tradução de Ester Kosovski, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, Malheiros, 1999.
- Cartilha sobre Lavagem de Dinheiro elaborada pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – 1998.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo, Saraiva, 11ª edição, 1999.
- COPI, Irwing. *Introdução à lógica*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo, Mestre Jou, 1981.
- CORREA, Antonio. *Dos crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- COSTA JR., Paulo José, DENARI, Zelmo. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. São Paulo, Saraiva, 1998.
- FARIA JR., César. *Crimes contra a ordem tributária*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 5, janeiro/março 1994, p. 70.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo, Atlas, 1988.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio e GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. Ed. RT, 3ª edição, 2000.
- LOVATTO, Alecio Adão. *Crimes Tributários: aspectos criminais e processuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro (Lavagem de ativos provenientes de crime)*, Ed. Malheiros, São Paulo, 1999.
- MAIA, Rodolfo Tigre. *O Estado desorganizado contra o crime organizado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Atlas, 1998.
- PIMENTEL, Manuel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.
- RIOS, Rodrigo Sanches. *O crime fiscal*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de.  *Lançamento Tributário*. São Paulo, Max Limonad, 1999.
- TENÓRIO, Igor. *Direito penal tributário*. São Paulo. Bushabsky, 1973.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Breve estudo sobre a ação penal relativa a crimes contra a ordem tributária*.
- VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo, Max Limonad, 1997.

**A  
RESPONSABILIDADE  
PENAL DA PESSOA JU-  
RÍDICA**

*Gianpaolo Poggio Smanio*





***Gianpaolo Poggio Smanio***

## **A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA**

A realidade dos crimes econômicos e ambientais em nossa sociedade, com a participação cada vez maior das empresas para sua efetivação, bem como o crescimento econômico e a globalização, acarretando uma verdadeira desnacionalização e principalmente, a despersonalização dos fenômenos relativos às pessoas jurídicas, trouxeram a discussão mundial sobre a necessidade de sua responsabilização penal.

Este tema é um dos mais relevantes e polêmicos da atualidade do Direito penal, trazendo diversas formas de abordagem pela doutrina, que primeiramente analisaremos. Dividimos as posições doutrinárias em três: aqueles que não admitem a responsabilização penal das pessoas jurídicas, os que apenas admitem a aplicação de medidas especiais e aqueles que admitem a responsabilização penal.

### **1. O princípio “*societas delinquere non potest*”**

O Direito romano não admitia a responsabilização penal da pessoa jurídica, cunhando a expressão supra-referida, que é um dos alicerces do Direito penal clássico.

No final do século XVIII impõe-se a *teoria da ficção* de Feuerbach e Savigny, segundo a qual a pessoa jurídica é pura ficção jurídica e como tal não pode ser objeto de autêntica responsabilidade penal, que somente pode recair sobre os reais responsáveis pelo delito, que são os homens que estão por trás das pessoas jurídicas. Este pensamento ainda é adotado nos dias de hoje por ampla doutrina.

Os dois principais fundamentos para não reconhecer a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica são *a falta de capacidade de ação e de culpabilidade*.

A doutrina contrária à responsabilização penal desdobra os principais argumentos, apontando o *princípio da personalidade das penas*, ou seja, somente é punível aquele

que executou materialmente o ato criminoso, ou o *princípio da individualidade da responsabilidade criminal*, significando que a responsabilidade criminal recai única e individualmente sobre os autores das infrações, ou, ainda, o *princípio da intransmissibilidade da pena e da culpa*, segundo o qual, as penas não deverão ultrapassar, em nenhum caso, da pessoa que praticou a conduta, como barreiras insuperáveis para a criminalização dos entes coletivos.

Na doutrina alemã, Jescheck entende neste sentido:

“las personas jurídicas y las asociaciones sin personalidad únicamente pueden actuar a través de sus órganos, por lo que ellas mismas no pueden ser penadas. Además, respecto a ellas carece de sentido la desaprobación éticosocial que subyace em la pena, pues sólo contra personas individuales responsables cabe formular um reproche de culpabilidad, y no contra los miembros del grupo no participantes, o contra uma masa patrimonial.”<sup>1</sup>

Igualmente, Roxin:

“Tampoco son acciones conforme al Derecho penal alemán los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo “órganos” humanos pueden actuar com eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquéllos y no a la persona jurídica.”<sup>2</sup>

Na doutrina italiana, Pagliaro:

“Anziché parlare di condotta della persona giuridica, basta considerare la condotta della persona fisica che funge da suo organo ( es.: amministratore di società ). È sempre uma persona fisica, anche se qualificata da um certo rapporto com lénte, a porre la condotta illecita.

In questo senso può dirsi che le persone giuridiche non sono idonee a compiere uma condotta penalmente illecita.”<sup>3</sup>

<sup>1</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal, parte general. Granada: editorial Comares, 4ª ed. , p.205.

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general. Traducion Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, p.258-259.

<sup>3</sup> PAGLIARO, Antonio. Principi di diritto penale, parte generale. Milano: Giuffrè editore, 6ª ed., p. 161.

No Direito brasileiro, René Ariel Dotti:

“No sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída, exclusivamente, às pessoas físicas. Os crimes ou delitos e as contravenções não podem ser praticados pelas pessoas jurídicas, posto que a imputabilidade jurídico-penal é uma qualidade inerente aos seres humanos.”<sup>4</sup>

No mesmo sentido, Duek Marques:

“As sanções impostas aos entes coletivos, previstas na nova legislação, não podem ter outra natureza senão a civil ou a administrativa, porquanto a responsabilidade desses entes decorre da manifestação de vontade de seus representantes legais ou contratuais. Somente a estes poderá ser imputada a prática de infrações penais.”<sup>5</sup>

## 2. A responsabilização da pessoa jurídica por meio de medidas especiais

A irresponsabilidade penal da pessoa jurídica encontra outra vertente doutrinária que entende ser necessária uma criação intermediária entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, para neutralizar a periculosidade que determinadas pessoas jurídicas podem trazer para o sistema social.

Esta posição defende a adoção de *medidas preventivas especiais*, que fariam parte de um “*Direito de intervenção*, que seria um meio termo entre Direito Penal e Direito Administrativo, que não aplique as pesadas sanções de Direito Penal, especialmente a pena privativa de liberdade, mas que seja eficaz e possa ter, ao mesmo tempo, garantias menores que as do Direito Penal tradicional, para combater a *criminalidade coletiva* (...)”<sup>6</sup>

As *medidas especiais* que seriam aplicadas para as pessoas jurídicas diferem das *medidas de segurança*, que são aplicadas quando o sujeito manifesta *periculosidade*

<sup>4</sup> DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: Revista brasileira de ciências criminais, vol. 11, 1995, p.201.

<sup>5</sup> DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. In: Boletim IBCCrim, n. 65, edição especial, abril, 1998, p. 7.

<sup>6</sup> HASSEMER, Winfried, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal, coordenador: GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 71.

*criminal*, ou seja, a capacidade de cometer fatos considerados delituosos, embora não tenha a capacidade penal para responder penalmente pelos mesmos.

Para os defensores desta visão, a pessoa jurídica não tem capacidade para praticar crime e, portanto, não pode oferecer periculosidade criminal, não sendo cabível em relação a ela a aplicação de medida de segurança.

O Direito de intervenção para as pessoas jurídicas é visto no Direito português como *Direito de mera ordenação social*, situado entre o Direito penal e o Direito civil, onde são possíveis as aplicações de sanções como a multa, por exemplo, mas sem que isso implique em sanção penal.

Castro e Souza, analisando a questão, defende:

“situando-se, porém, o direito civil e o direito de mera ordenação social no âmbito do eticamente indiferente, compreende-se que a violação das suas normas possa ser levada a cabo, tanto por pessoas singulares, como colectivas, pelo que se lhes poderá reconhecer capacidade de acção nestes domínios e negar-lha no direito criminal.”<sup>7</sup>

Mir Puig defende que as medidas especiais que podem ser aplicadas às pessoas jurídicas podem ser: a dissolução da entidade, a mera intervenção na empresa, o fechamento desta, a suspensão de suas atividades ou a proibição de realizá-las no futuro.<sup>8</sup>

Reputamos que as medidas especiais, de carácter ordenatório, administrativo ou civil, podem ser utilizadas para a prevenção dos ilícitos praticados pelas pessoas jurídicas, mas são insuficientes para responder à realidade criminal econômica e ambiental de nossos dias, devendo ser aplicadas juntamente com medidas de carácter penal, fazendo parte de um sistema jurídico-penal novo, apto a atuar de forma eficaz no combate à criminalidade contemporânea, à lavagem de dinheiro, à criminalidade organizada etc.

Neste sentido, a análise de Fausto de Sanctis:

“Por fim, a responsabilidade civil ou administrativa não pode impedir a responsabilidade penal dos entes coletivos. Em primeiro lugar, porque essa tipo de responsabilidade possui, respectivamente, o escopo de reparar

---

<sup>7</sup> CASTRO E SOUZA, João. As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “direito de mera ordenação social”. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 113.

<sup>8</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, parte general. Barcelona, 1998, p. 174.

o dano causado ou meramente preventivo (no sentido de se impedir maiores prejuízos à coletividade), enquanto a responsabilidade penal possui o de punir os atos que causam perturbação da ordem pública. Em segundo lugar, não se pode deixar de mencionar a possibilidade de decisões de cunho administrativo serem objeto de ingerências políticas, o que tem levado ao descrédito desse tipo de sanção. Acrescente-se que, dotado o ato administrativo de autoexecutoriedade, não é incomum abusos no exercício desse poder.”<sup>9</sup>

### 3. O reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica

O Direito penal tradicional traz conceitos dogmáticos incompatíveis com a responsabilização penal da pessoa jurídica. As noções de conduta e de culpabilidade são formuladas de acordo com a pessoa humana, sendo impróprias para as pessoas jurídicas. O Direito penal clássico é feito com a visão individualista, herdada do iluminismo, como uma limitação ao poder do Estado.

Entretanto, a realidade social em relação à criminalidade vem forçando a superação dos dogmas clássicos, com a adequação do sistema penal para apresentar soluções face à nova criminalidade econômica, ambiental e, enfim, social.

Klaus Tiedemann analisa a realidade criminal nos diversos países, anotando:

“De una parte, la sociología nos enseña que la agrupación crea un ambiente, um clima que facilita a incita a los autores físicos ( o materiales ) a cometer delitos em beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales ( que pueden cambiar y ser reemplazados ), sino también, y sobre todo, a la agrupación misma. De outra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos de los negocios, en los que quedan comprendidos aquéllos contra el consumidor, los atentados al medio ambiente y el crimen organizado, se instalan en sistemas y medios tradicionales del Derecho Penal ante dificultades tan grandes que una nueva aproximación parece indispensable.”<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> SANCTIS, Fausto Martin de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1999, p.45.

<sup>10</sup> TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el derecho comparado. In: Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal, coordenador: GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 27.

Há necessidade de criarmos um novo sistema teórico, apto a resolver os conflitos supra-individuais existentes na atualidade e sequer imaginados pela visão tradicional. Diga-se de passagem, que a mudança não é exclusiva do Direito penal, mas sim de todo o Direito, frente aos novos desafios do convívio social.

E um dos principais aspectos da mudança está exatamente no reconhecimento da capacidade penal da pessoa jurídica. Todas as correntes doutrinárias reconhecem a importância da pessoa jurídica na criminalidade dos dias atuais. Desde a efetuação do crime, até na sua ocultação, como a lavagem de dinheiro proveniente do tráfico ilícito de entorpecentes, o que constitui, por si só, crime. As diferenças ocorrem apenas quanto à forma de atuação do Direito face a esta realidade.

Historicamente, a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi admitida na Idade Média e por um período da Idade Moderna, especificamente entre os séculos XIV e XVIII. Depois, caiu em desuso, voltando a firmar-se na segunda metade do século XIX, com a *teoria da realidade* de Gierke, em contraposição à teoria da ficção. Para a teoria da realidade, a pessoa jurídica é um autêntico organismo, realmente existente, ainda que de natureza distinta do organismo humano. A vontade da pessoa jurídica é distinta da vontade de seus membros, que pode não coincidir com a vontade da pessoa jurídica. Assim, a pessoa jurídica deve responder criminalmente pelos seus atos, uma vez que é o verdadeiro sujeito do delito.

Na esteira de David Baigún<sup>11</sup>, apontamos o sistema da dupla imputação, como uma das modificações necessárias ao Direito penal:

“Este sistema, que se cobija ya bajo el nombre de doble imputación, reside esencialmente em reconocer la coexistencia de dos vías de imputación cuando se produce un hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; de una parte, la que se dirige a la persona jurídica, como unidad independiente y, de la otra, la atribución tradicional a las personas físicas que integran la persona jurídica.”

A adoção do sistema de dupla imputação, na hipótese de delitos praticados pelas pessoas jurídicas, permite que em relação às pessoas físicas não ocorra mudança,

---

<sup>11</sup> BAIGÚN, David. Naturaleza de la acción institucional en el sistema de la doble imputación. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: De las penas, Coordinadores: Baigún, Zaffaroni, García-Pablos e Pierangeli. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 25-59.

continuando o sistema penal tradicional com os conceitos e garantias individuais historicamente fixados. Entretanto, em relação às pessoas jurídicas poderá ser firmado um novo sistema, rápido e eficaz, conforme exige a realidade da criminalidade empresarial.

Partimos do pressuposto de que a pessoa jurídica está apta a praticar ações, independentes das ações das pessoas físicas que a integram. Isto é reconhecido pelo Direito na atualidade, para a responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica. Portanto, o reconhecimento da vontade própria dos entes coletivos já está assentado, restando apenas a discussão da utilização do Direito penal para esta realidade.

Conforme Fausto de Sanctis:

“( ... ) as pessoas jurídicas possuem vontade própria e se exprimem pelos seus órgãos. Essa vontade independe da vontade de seus membros e constitui uma decorrência da atividade orgânica da empresa.

Conclui-se, portanto, que diante dessa vontade própria é possível o cometimento de infrações, de forma consciente, visando à satisfação de seus interesses.”<sup>12</sup>

Consideramos também que a ação praticada pela pessoa jurídica, chamada de ***ação institucional***, tem natureza diversa da ação praticada pelos seres humanos. Deste modo, o dolo e a tipicidade devem ser analisados de forma diferenciada.

A ação institucional decorre de um fenômeno de inter-relação, entre cada um dos participantes e a própria instituição, sendo resultado de uma confluência de fatores que é independente da vontade dos seus membros ou diretores ou mesmo sócios.

Ainda, baseados em David Baigún, afirmamos que a formação da conduta da pessoa jurídica tem um tríplice aspecto: o *normativo*, o *organizacional* e o *interesse econômico*.<sup>13</sup>

A *decisão institucional* é um produto normativo estipulado no estatuto social, de acordo com a legislação vigente em cada país, onde há uma divisão de funções internas, de administração, e externas, de representação, havendo uma fixação de atribuições e responsabilidades. Ou seja, a decisão institucional deverá ser conforme os seus estatutos determinem.

---

<sup>12</sup> SANCTIS, Fausto Martin de. Op. Cit., p.40.

<sup>13</sup> BAIGÚN, David. Op. Cit. p. 35.

A *organização* está diretamente relacionada com a ordem normativa, entretanto, manifesta-se autonomamente, posto que engloba a coletividade humana que integra a empresa, bem como, um sistema de comunicação institucionalizado, um sistema de poder e o conseqüente conflito interno, ou seja, o estabelecimento de um sistema de controle interno.

O *interesse econômico* está na gênese das empresas, ou seja, na própria razão da sua formação, constituindo ao mesmo tempo seu objetivo. O que precisamos demonstrar é a sua interação com os componentes normativos e organizacional para a produção da ação institucional.

O interesse econômico da empresa é um fator que está presente na condutas de todos os indivíduos que integram a instituição, enquanto agentes da sua organização, constituindo o verdadeiro motor da ação institucional. Além disso, o interesse econômico institucional passa a ser independente dos interesses econômicos individuais, no sentido de que a empresa passa a ter um interesse econômico próprio, alienado dos seus integrantes. O denominador comum do funcionamento dos mecanismos estatutários normativos e organizacionais é o interesse econômico.

Após esta análise, evidenciamos que a ação institucional existe independentemente da ação das pessoas físicas e tem formação e características próprias e diferenciadas, dentro das quais deverá ser analisado o elemento subjetivo, ou seja, o dolo e a culpa, e a conseqüente tipificação da conduta institucional.

João Marcello de Araújo Júnior discorre neste sentido:

“A doutrina inglesa, holandesa e americana, tendo à frente, principalmente, John Vervaele, de Utrecht, sustenta que, se a pessoa jurídica tem capacidade de ação para contratar, tem também capacidade para descumprir, por exemplo, criminosamente o contratado, logo tem capacidade de agir criminosamente. Além do mais, principalmente no que se refere ao Direito Penal Econômico, ilícitos existem em que a lei prevê, exclusivamente a conduta da empresa. É o que acontece, entre outros exemplos, com os crimes contra a livre concorrência. Quem exerce a concorrência desleal é a empresa. A ação da pessoa natural que atua por conta e no proveito dela é expressão do agir da empresa, pois quem pratica a ação é a própria empresa.”<sup>14</sup>

<sup>14</sup> ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Societas delinquere potest – revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina*. In: *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*, coordenador : GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 89.



Firmada a capacidade de ação da pessoa jurídica, resta estabelecer a possibilidade de imputação penal, ou a **culpabilidade institucional**.

Dentro do sistema da dupla imputação, a culpabilidade deve ser vista como a *culpabilidade do fato*. Não há dúvidas quanto à individualidade da culpa para o Direito penal, ou seja, cada indivíduo deve ser analisado de acordo com a sua situação pessoal, as suas circunstâncias pessoais, dentro das suas diferenças. Entretanto, conforme Shecaira, “não se pode deixar de lembrar que essa culpa só existe pelo cometimento de um ato em particular. Na realidade, o ponto de partida da intervenção penal na órbita mais geral do direito é a prática de um fato delituoso previamente descrito em um tipo penal.”<sup>15</sup>

A análise do renomado autor continua:

“Não há que se negar que, uma vez constatada a culpabilidade em face da lesão a certo bem jurídico protegido pela norma penal, a conseqüência imediata é a intervenção estatal através da pena. Esta será aplicada – sempre - como uma última instância de controle social, observados os princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima, vigentes no Estado Democrático de Direito. O parâmetro para a aplicação da pena é, pois, delimitado pelo próprio princípio da culpabilidade, posto que a pena só há de ser implementada quando necessária e útil.”<sup>16</sup>

Dentro desta visão, a culpabilidade da pessoa jurídica surge sem problemas teóricos, possibilitando ao Direito penal realizar a imputação aos graves delitos praticados pelos entes coletivos.

João Marcello de Araújo Júnior ressalta:

“A admissão da capacidade de agir conduz, necessariamente, à da capacidade de culpa. Podemos entretanto agregar que a teoria do risco da empresa, conseqüente da culpa na própria organização e atuação, legitima a responsabilidade penal da pessoa jurídica e justifica a atribuição a ela, cumulativa ou isoladamente, do crime cometido por seus representantes em proveito da empresa. É esta a teoria da vantagem

---

<sup>15</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 78.

<sup>16</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. Cit., p. 80.

econômica, que fundamenta o juízo de reprovação pelo crime. Trata-se, assim, de uma categoria nova que a jurisprudência portuguesa e as propostas da Comunidade Européia chamam de “responsabilidade própria da empresa” (...) <sup>17</sup>

#### 4. A responsabilidade penal da pessoa jurídica no Direito brasileiro

A Constituição Federal determinou expressamente a aplicação de sanções penais e administrativas às pessoas jurídicas que praticarem condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, no seu artigo 225, §3º. Este dispositivo já foi citado no item 2.6.2 supra, onde analisamos as *obrigações constitucionais expressas de tutela penal*, impostas pelo constituinte, tendo em vista a relevância do bem jurídico, que deverá ser protegido pelo direito penal.

Walter Claudius Rothenburg ao analisar o referido dispositivo constitucional entende:

“O artigo 222, §3º, é até mais incisivo: para os estritos fins de tutela ao ambiente natural, equiparam-se pessoas jurídicas às físicas, ambas igualmente sujeitas a sanções quer penais, quer administrativas.”<sup>18</sup>

O legislador ordinário está obrigado a estipular as sanções penais cabíveis às pessoas jurídicas que praticarem crimes ambientais, por força da norma constitucional em questão, que adotou importante posicionamento renovador, de acordo com as orientações da Comunidade Internacional.

A Organização das Nações Unidas, em seu VI Congresso para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, reunido em Nova York em julho de 1979, no tocante ao tema do delito e do abuso de poder, recomendou aos Estados membros o estabelecimento do princípio da responsabilidade penal das sociedades. “Isto significa que qualquer sociedade ou ente coletivo, privada ou estatal, será responsável pelas ações delitivas ou danosas, sem prejuízo da responsabilidade individual de seus diretores.”<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. Op. Cit., p.. 91-92.

<sup>18</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. A pessoa jurídica criminoso. Curitiba: Juruá editora, 1997, p. 24

<sup>19</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. Cit., p. 45.

Em relação aos demais crimes praticados pela pessoa jurídica, a Constituição Federal não foi explícita, mas permitiu que a legislação infra-constitucional estipulasse as sanções penais cabíveis, para a chamada criminalidade econômica, conforme a seguinte redação do seu artigo 173, §5º:

“Art. 173 ( ... )

§5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”

As sanções penais são compatíveis com as pessoas jurídicas, conforme verificamos, de um modo geral, com exceção evidente da pena privativa de liberdade, devendo o legislador ordinário adequar as sanções civis, penais e administrativas à natureza dos entes coletivos, sem que isso prejudique a eventual sanção individual dos dirigentes.

Novamente Walter Claudius Rothenburg, analisando o referido dispositivo constitucional:

“Fora de dúvida, entretanto, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica está prevista constitucionalmente e necessita ser instituída, como forma, inclusive, de fazer ver, ao empresariado, que a empresa privada também é responsável pelo saneamento da economia, pela proteção da economia popular e do meio ambiente, pelo objetivo social do bem comum, que deve estar acima do objetivo individual, do lucro a qualquer preço. Necessita ser imposta, ainda, como forma de aperfeiçoar-se a perquirida justiça, naqueles casos em que a legislação mostra-se insuficiente, para localizar, na empresa, o verdadeiro responsável pela conduta ilícita.”<sup>20</sup>

O legislador ordinário, deu cumprimento à determinação constitucional explícita de reconhecer a responsabilização criminal da pessoa jurídica no que se refere aos crimes ambientais, através da lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que em seu artigo 3º assim dispõe:

“Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração

---

<sup>20</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. Cit. p. 20.

seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

Portanto, a nossa legislação ambiental estipulou a responsabilidade criminal da pessoa jurídica no âmbito dos crimes ambientais, determinando para tal responsabilização dois requisitos:

*a) que a decisão sobre a conduta seja cometida por seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado.*

Neste passo, a nossa lei considerou a ação institucional de acordo com a sua normatização interna e seu caráter organizacional, conforme expusemos. A decisão deve ser tomada por quem estatutariamente poderia fazê-lo em nome da empresa e seguindo sua determinação organizacional interna.

*b) que a infração seja cometida no interesse ou benefício da pessoa jurídica.*

Mais uma vez, a legislação reputou a ação institucional dentro dos seus caracteres elementares, ao exigir o interesse econômico da empresa como finalidade da conduta infracional praticada.

***Gianpaolo Poggio Smanio,  
Promotor de Justiça da Cidadania,  
Mestre e Doutor em Direito (PUC-SP),  
Professor da ESMP de São Paulo e do  
Complexo Jurídico “Damásio E. de Jesus”***



**MÁFIAS  
INTERNACIONAIS**



*Roberto Teixeira Pinto Porto*



**Roberto Teixeira Pinto Porto**

## **MÁFIAS INTERNACIONAIS**

### **A COSA NOSTRA**

A Cosa Nostra, a mais famosa e temida organização criminosa do mundo, nasceu na Sicília, e começou a adquirir contornos de organização criminosa na década de 40, inicialmente alicerçada pelos conceitos de bondade, honestidade e justiça, aplicados na defesa dos mais fracos contra os abusos dos poderosos, em uma região onde esses conceitos eram omissos por parte do Estado. Nessa época, encontrávamos mafiosos como Genco Russo, todo poderoso da região de Mussomeli, e Vito Cássio Ferro, da região de Bisacquino, ambos vivendo sem qualquer poder econômico, já que os lucros obtidos pela máfia eram gerados através de atividades pouco lucrativas, como o contrabando de cigarros.

A máfia siciliana é estruturada de forma piramidal, comandada por um chefe (ou representante) de cada família, como são denominados os grupos mafiosos, encontramos nas camadas inferiores os chamados soldados, que muitas vezes, na Sicília, se tornaram bem mais influentes que seus representantes, como foram os casos de Tommaso Buscetta, soldado da família de Porta Nuova, e de Vincenzo Rimi de Alcamo, soldado da família de Alcamo, na década de 50. Entre os soldados e o representante, verificamos o líder de uma unidade de dez membros, chamado de capodecina, e o líder de vários decine, chamado de capomandamento. Na escala hierárquica, os cargos de representante municipal e representante regional também exercem grande poder, assim como os conselheiros.

Com o passar dos anos, a associação dos uomini d'onore (conforme o vice-secretário geral da ONU Pino Arlacchi<sup>1</sup>, a palavra máfia é uma criação literária, os verdadeiros “mafiosos” são chamados simplesmente de uomini d'onore – homens de respeito) conquistou apoio popular. De início, a Cosa Nostra não possuía nenhuma

---

<sup>1</sup> ARLACCHI, Pino: Adeus a Cosa Nostra – As Confissões de Tommaso Buscetta, Editora Ática, 1997.

feição da organização que veio a se tornar, pois tornou-se extremamente violenta somente na década de 70, principalmente com a ascensão da família dos corleoneses, liderada por Totó Rina, o homem mais poderoso e violento da Cosa Nostra.

Já no ano de 1957, verificamos que algumas famílias passaram a utilizar-se de grande violência para resolução de conflitos internos, tendo então sido criada uma Comissão para disciplinar a vida interna da Cosa Nostra Siciliana, análoga aquela criada nos Estados Unidos 25 anos antes, em decorrência de sangrenta guerra entre as famílias mafiosas norte americanas.

Nos Estados Unidos, na década de 30, foi criada uma única Comissão para dirimir conflitos internos entre as famílias mafiosas. Similarmente, na Sicília, foram inicialmente criadas, a partir da sugestão do mafioso norte americano Joe Bonnano, uma Comissão para cada província da Sicília. As deliberações das Comissões eram inapeláveis e obrigatoriamente executadas.

Cinco anos após, mais precisamente em dezembro de 1962, com o assassinato de um membro da Comissão, o mafioso da família Della Noce de nome Calcedônio Di Pisa, iniciou-se uma grande batalha entre as famílias mafiosas da Sicília, que perdurou por dois anos. Nesse período, saíram fortalecidos os mafiosos Pipo Calò, Michele Greco e Totó Riina, que comandariam a Cosa Nostra durante os anos posteriores, período marcado pela violência. Desse comando, surgiram assassinatos que marcariam a história da Cosa Nostra, como o do General Dalla Chiesa, morto em setembro de 1982, do Juiz Giovanni Falconi, símbolo na luta contra a máfia, assassinado no ano de 1992 na periferia de Palermo, do capitão da polícia militar Emanuele Basile, assassinado em maio de 1980, do deputado La Torre e do Juiz Terranova.

A Cosa Nostra ingressou no mercado de entorpecentes no ano de 1970, mas a droga tornou-se sua principal atividade em meados de 1978, quando os denominados “Chefões” tornaram-se riquíssimos, adquirindo mansões, barcos e carros de luxo. Como bem salientado por Pino Arlacchi<sup>2</sup>, a necessidade de expandir o lucrativo comércio de drogas obrigou os membros da Cosa Nostra a admitirem em suas famílias pessoas até então consideradas desqualificadas, indivíduos não mafiosos, portanto pouco confiáveis. Essa “abertura” e a corrida pela fortuna acabaram por desestabilizar a

---

<sup>2</sup> ARLACCHI, Pino: Adeus a Máfia – As Confissões de Tommaso Buscetta, Editora Ática, 1997.



Cosa Nostra. A rígida hierarquia deixou de ser obedecida e as famílias passaram a agir sem o consentimento das Comissões, enfraquecendo, sobremaneira, a organização. Por sua vez, o domínio dos corleoneses, liderados pelo mafioso Totó Riina, e seus métodos extremamente autoritários e violentos, gerou grande insatisfação e desconfiança entre os representantes. Constantes atentados utilizados como forma de intimidação acabaram despertando indignação na população e conseqüente reação por parte das autoridades, que iniciaram um processo de investigação até então jamais visto naquele país. No curso das investigações, 280 mafiosos tornaram-se colaboradores da Justiça, possibilitando a prisão e condenação de “Chefões” da Cosa Nostra, até então considerados inatingíveis.

Somente através da denominada “Conexão Pizza”, a justiça italiana, no ano de 1987, mandou a julgamento 474 mafiosos, dos quais mais de 340 foram condenados, dentre as quais, pessoas que comandavam o tráfico de heroína nos Estados Unidos.

A “Operação Mãos Limpas”, como ficou mundialmente conhecida, demonstrou que enorme quantidade de políticos e funcionários do governo estavam de alguma forma envolvidos com a Cosa Nostra. No ano de 1993, o líder dos “homens de honra”, o poderoso Riina, foi preso em uma captura considerada espetacular. Após a sua prisão, outros líderes, como Nitto Santapaola e Giuseppe Madonia, foram capturados e colocados em presídios de segurança máxima, recebendo tratamentos diferenciados, por questões óbvias como, por exemplo, apenas uma visita mensal, com duração de uma hora, suspensão de toda e qualquer atividade recreativa e laborativa, duas horas diárias ao ar livre e comida preparada na própria cela, para evitar tentativas de envenenamento.

Alguns dos líderes da Cosa Nostra, como Bernardo Provenzano e Matteo Messina Denaro, fugiram das “guerras da justiça” e encabeçam a lista dos homens mais procurados do mundo.

Apesar do fim dos “tempos dourados”, a Cosa Nostra sobrevive, contando atualmente com aproximadamente 5.000 membros, organizados em 180 organizações<sup>3</sup>. Segundo panorama publicado pelo IBGF, realizam conexões com os Cartés Colombianos, Máfia Russa, famílias mafiosas na Alemanha, Brasil, Bélgica, França, Grã Bretanha e com organizações nos Estados Unidos. O comércio de

---

<sup>3</sup> PELLEGRINI, Angiolo e DA COSTA JR, Paulo José: *Criminalidade Organizada, Jurídica Brasileira*, 1999.

entorpecentes ainda é a maior e mais lucrativa de suas atividades, gerando grande volume de dinheiro lavado em países como o Brasil, onde a legislação é branda comparada a países como Japão, Itália e EUA.

## **A COSA NOSTRA AMERICANA**

A Cosa Nostra Americana possui a mesma estrutura e métodos de sua matriz, a Cosa Nostra Siciliana. Fundada na década de 20, por italianos que mal sabiam ler e escrever, a máfia americana, em pouco tempo, ganhou notoriedade no mundo do crime, principalmente, por sua rígida organização e métodos violentos.

Hoje, a Cosa Nostra Americana divide-se em 25 famílias, instaladas nas principais cidades dos EUA: em Nova York, onde cinco famílias comandam as operações (famílias Gambino, Colombo, Luchese, Genovese e Bonanno), Chicago, Las Vegas, Los Angeles, Boston, Denver, Saint Louis, dentre outras.

As famílias mafiosas americanas são coordenadas por apenas uma Comissão, criada em 1930 pelo mafioso Lucky Luciano, ao contrário da Cosa Nostra Siciliana, onde foram criadas várias comissões regionais.

Os requisitos de ingresso nas famílias americanas não são tão rígidos, permitindo que indivíduos não sicilianos participassem da organização, inclusive ocupando cargos de destaque, como os famosos napolitanos Frank Costello e Vito Genovese.

Aproveitando-se de uma economia aquecida, os líderes das famílias ganharam muito dinheiro com o tráfico de drogas, restaurantes, prostituição e jogos de azar, valores incomparáveis aos aferidos por seus companheiros de organização na Sicília. Chefões famosos como Carlo Gambino, líder da família Gambino, a mais poderosa e numerosa de Nova York e Joe Bonanno, líder dos Bonanno, viveram sob muito luxo, algo recriminado por seus companheiros de Cosa Nostra Siciliana.

Segundo a jornalista Claire Sterling<sup>4</sup>, a Cosa Nostra Americana sobreviveu a todas as outras cadeias criminosas, e “continua arrecadando 20% da cobertura de todas as construções novas em Nova York”. Relatórios do FBI demonstram que esta organização

---

<sup>4</sup> STERLING, Claire: A Máfia Globalizada, Editora Revan, 1997.

criminosa não se intimidou com as recentes derrotas na Justiça americana, como a condenação à prisão perpétua de John Gotti, e continuam exercendo suas atividades, hoje quase todas voltadas ao tráfico de entorpecentes.

Todavia, graças a um eficiente programa de proteção a testemunhas, os Estados Unidos e a Itália tem conseguido grandes avanços na luta contra a Cosa Nostra. Nesse sentido, o mais conhecido dos mafiosos colaboradores da Justiça, Tommaso Buscetta<sup>5</sup>, declarou, em setembro de 1992, em Washington, que colaborava com a Justiça como uma maneira de honrar a memória de Giovanni Falconi, eterno símbolo da luta contra a máfia.

## **CAMORRA e 'NDRANGHETA**

A Camorra, máfia que atua predominantemente na região italiana da Campânia, assumiu contorno de organização criminosa na década de 1960, quando atuava no contrabando de cigarros. Só a partir da década de 80 é que passou a lidar com tráfico de entorpecentes, atividade muito mais lucrativa e que deu outra dimensão à organização, até então considerada pequena.

A Camorra, ao contrário de outras máfias, sempre procurou desenvolver suas atividades isoladamente. Somente com o início de atividades ligadas ao tráfico de entorpecentes essa organização passou a manter relação com as demais máfias, principalmente com a Cosa Nostra.

Hoje, a Camorra conta com aproximadamente 6.500 membros, divididos em mais de 100 grupos, a sua grande maioria situados nas províncias de Nápoles, Caserta e Salerno. No comando desses grupos mafiosos estão alguns dos homens mais procurados do mundo, como Francesco Schiavone, foragido desde 1993 e Giuseppe Polverino, foragido desde março de 1992.

Alguns líderes da Camorra já exerceram atividades no Brasil, como Francesco Toscanino, que morou durante anos na zona Norte de São Paulo, e Umberto Ammaturo, hoje grande colaborador da Justiça Italiana, que morou na cidade de Juquitiba/SP, de onde comandava o tráfico de entorpecentes do Brasil para a Itália.

---

<sup>5</sup> ARLACCHI, Pino: Adeus a Cosa Nostra – As Confissões de Tommaso Buscetta, Editora Ática, 1997.

A Camorra se tornou famosa no cenário internacional por seus métodos violentos. A sua existência é marcada por sanguinolentas disputas internas, dentre as quais ressaltamos a disputa entre as famílias Niccoletta e seu grupo mais rival, os sodalícios dirigidos pelo mafioso Valentino Gionta, na década de 80.

Já a 'Ndrangheta, organização criminosa que atua predominantemente na região da Calábria, conta hoje com aproximadamente 5.500 membros, formando mais de 150 facções.

A 'Ndrangheta atua tradicionalmente ligada a grandes seqüestros e tráfico de entorpecentes. Considerada uma organização violenta, foi responsável, dentre outros atentados, pelo homicídio do famoso Magistrado Scopelliti, conhecido por sua luta no combate às máfias.

A máfia calabresa possui uma característica única, qual seja, o isolamento dos seus grupos sem a submissão a um conselho provincial ou regional superior, como verificamos em outras organizações criminosas. Em decorrência dessa falta de união entre as famílias, na década de 70, ocorreram verdadeiras guerras entre grupos rivais, culminando no assassinato de grandes líderes como Mico Tripodo e Giorgio de Stefano, em novembro de 1977. Só no ano de 1991 é que, através da intermediação da cosa nostra, os mafiosos calabreses se uniram e formaram duas câmaras decisórias objetivando uma estrutura em forma piramidal, dando poderes concretos à cúpula para gerir e reorganizar a organização e, sobretudo, por fim às denominadas vinganças familiares ou de sangue, como eram chamadas.

No Brasil, a Polícia Federal descobriu depósitos do mafioso calabrês Giuseppe Morabito na conta do famoso tesoureiro de campanha do então candidato à Presidência da República Fernando Collor de Melo, Paulo César Farias. Morabito, foragido desde março de 1993, é hoje um dos mafiosos mais procurados no mundo.

## **MÁFIA RUSSA**

A máfia Russa ganhou grande dimensão no cenário mundial após a queda da União Soviética. O enorme índice de desemprego e a escassez de produtos básicos criaram um forte mercado negro, ambiente propício à expansão de atividades ilícitas.

Hoje, a máfia Russa é a organização criminosa que mais cresce no mundo, contando com três milhões de membros organizados em aproximadamente 5.000 bandos.

Estes bandos contam com uma hierarquia rígida, sob o comando de um único chefe, a par do sistema estabelecido pela máfia japonesa.

As organizações criminosas russas mantêm freqüentes conexões internacionais com a máfia siciliana, cartéis colombianos e a máfia americana, fornecendo, principalmente, armas do ex-exército vermelho e material nuclear. Atuam, também, no ramo da prostituição, tráfico de drogas e venda de produtos falsificados.

Segundo levantamento realizado pelo Coronel Angiolo Pellegrini e pelo professor Paulo José da Costa Jr.<sup>6</sup>, as organizações criminosas mais importantes na Rússia são a chechene e a máfia dos antigos esportistas. A primeira é basicamente formada por criminosos chechenes que exploram, principalmente, o tráfico de drogas na região norte do país; a segunda, formada basicamente por antigos esportistas, tem por característica a não aplicação de violência, utilizando-se, para tanto, de outros grupos mafiosos.

Após o colapso do comunismo e a conseqüente ascensão das organizações criminosas, o território russo tem despertado especial atenção dos organismos responsáveis ao combate a este tipo de criminalidade. Nos Estados Unidos, o FBI (Federal Bureau of Investigation) conta com um setor específico destinado ao estudo das organizações criminosas russas.

Na década de 1990, inúmeros integrantes das máfias russas migraram para o território norte-americano em busca da expansão de suas atividades, em um território onde consideravam que a Justiça era extremamente benevolente. Muitos apresentavam-se como refugiados políticos soviéticos, sendo acolhidos e até ajudados pelo governo dos EUA.

Em pouco tempo, as quadrilhas russas fizeram contato com outras organizações criminosas que atuavam em território norte-americano, como a *cosa nostra*, que se beneficiou de inúmeros acordos com os mafiosos russos, aproveitando-se de seus métodos violentos e dando-lhes em troca proteção, inclusive policial.

Segundo a jornalista Claire Sterling<sup>7</sup>, o resultado do trabalho em conjunto entre os

---

<sup>6</sup> PELLEGRINI, Angiolo e DA COSTA JR, Paulo José: *Criminalidade Organizada*, Jurídica Brasileira, 1999.

<sup>7</sup> STERLING, Claire: *A Máfia Globalizada*, Editora Revan, 1997

grupos mafiosos russo e italiano surgiram golpes que se tornaram mundialmente famosos: como o escândalo do imposto da gasolina, onde empresas fantasmas burlavam o fisco norte-americano em milhões de dólares, e o tráfico de rublos, que chegou a desestabilizar, pela tamanha proporção, o governo de Boris Yeltsin.

Segundo estimativas da ONU, cerca de 40% dos negócios privados russos estão de alguma maneira sob influência da máfia, o que nos dá uma real dimensão do crescimento dessa organização criminosa.

## **AS TRÍADES**

As tríades chinesas, organização criminosa fundada em 1911, organizou-se e expandiu-se na década de 1980. Atualmente controla boa parte do tráfico de heroína no mundo provenientes do denominado Triângulo de Ouro, formado pelos países Tailândia, Birmânia e Laos.

As tríades possuem uma estrutura tradicional, rígida, formada por sete patamares, possuindo no topo o chefe e sub-chefe e na base os denominados soldados ou membros ordinários, como também são chamados. Os demais degraus da hierarquia são formados por seguranças, administradores financeiros, chefe de recrutamento e os alferes.

Os membros dessa organização criminosa, no passado, submetiam-se a uma cerimônia de iniciação denominada Hung Mun, comandada sempre por um membro chamado de mestre de incenso. Hoje, essa cerimônia foi praticamente abolida da organização, que conta com seis principais grupos, segundo o Instituto Brasileiro Gionani Falconi (IBGF):

- ⇒ Sun Yee On: aproximadamente 64 mil membros
- ⇒ 14 K: aproximadamente 30 mil membros
- ⇒ Federação Wo: aproximadamente 28 mil membros
- ⇒ United Bamboo: aproximadamente 20 mil membros
- ⇒ Bando dos Quatro Mares: aproximadamente 5 mil membros
- ⇒ Grande Círculo

Estes mafiosos costumam andar em elegantes ternos, óculos escuros e carros de luxo, ao contrário dos mafiosos sicilianos que não gostam de serem percebidos. Esta tendência de demonstrar riqueza como forma de poder é, sem dúvida, uma característica das máfias orientais. Nesse sentido, os Yakuzas tatuam o corpo inteiro e também gostam de ostentar riqueza.

A máfia chinesa é simbolizada por um triângulo cujas extremidades representam a terra, o homem e o céu. Estas forças da natureza coadunam-se com os métodos violentíssimos empregados pelos integrantes dessa organização.

As Tríades chinesas se espalharam pelo mundo, contando, inclusive, com ramificações no Brasil, onde exploram o tráfico de drogas, extorsão e a prostituição. Só para se ter uma idéia da dimensão dessa organização criminosa, hoje estes mafiosos são responsáveis por dois terços do abastecimento mundial de heroína, montante que rende bilhões de dólares por ano.

No Brasil, verificamos a atuação da máfia chinesa desde 1994, quando foram apreendidos fotos de mafiosos tatuados em um apartamento localizado no bairro de Vila Gumercindo.

De lá para cá, esta atuação tem crescido de maneira assustadora, despertando especial atenção da Polícia e Ministério Público do Estado de São Paulo. Impedidos de ingressar nos EUA e Canadá, onde a fiscalização é extremamente rigorosa, imigrantes ilegais chineses estão se estabelecendo na América do Sul, principalmente no Brasil, Argentina e Paraguai. Nestes países, os crimes envolvendo organizações criminosas da China tem sido freqüentes.

Na Argentina, segundo o jornal Clarín de Buenos Aires, desde 1971 a máfia chinesa já foi responsável por 20 mortes, algumas delas de grande repercussão, como o conhecido “massacre de Villa Crespo”, onde um casal chinês foi esfaqueado até a morte e seu filho de nove anos teve sua mão decepada, em um sinal típico de vingança da máfia. Após nove meses de investigação, dois integrantes de uma organização mafiosa com base em Taiwan foram presos, quando foi apurado que o principal negócio do grupo era a imigração ilegal para os EUA e Canadá.

O Paraguai também tem recebido grande quantidade de imigrantes ilegais provenientes da China. Estes chineses, muitas vezes através de passaportes falsos, ingressam no Paraguai e se estabelecem, em sua grande maioria, na Ciudad Del

Este, onde exercem o comércio. Dados publicados pelo jornal O Estado de São Paulo, do dia 22 de junho de 1998, noticiam que organizações mafiosas chinesas estão cobrando a denominada “taxa de proteção” destes comerciantes.

Estimativas da Polícia Nacional do Paraguai informam que a máfia chinesa fatura US\$ 9 milhões por mês na fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina. Grande parte deste dinheiro é proveniente da extorsão de comerciantes situados na Ciudad Del Este, no Paraguai, onde se concentram 7 mil lojas que só no ano de 1997 movimentaram cerca de US\$ 3 bilhões.

No Brasil, os casos envolvendo organizações criminosas chinesas tem crescido de maneira assustadora. Mafiosos chineses vem extorquindo dinheiro de patrícios estabelecidos no país, proprietários de restaurantes, lojas e avícolas. Além de extorsão, grupos mafiosos estão praticando crimes de contrabando, seqüestro e tráfico de heroína.

Dados registrados pelo Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado – GAECO, do Ministério Público de São Paulo, apontam que só no ano de 2000, foram lavradas pela Polícia Civil pelo menos 15 ocorrências envolvendo atividades criminosas ligadas a organizações mafiosas chinesas.

Valendo-se de um sistema de leis penais considerado extremamente brando, tendo como parâmetro as medidas adotadas pelos Códigos Penais japonês, italiano e chinês, mafiosos do mundo inteiro, inclusive chineses, tem encontrado no Brasil um campo propício de atuação, somente comparado a Rússia, país onde mais se constatou atividade de grandes grupos mafiosos do mundo inteiro.

## **CARTÉIS COLOMBIANOS**

Os cartéis colombianos apresentam uma característica marcante: a centralização de atividades ligadas, sempre, ao tráfico de entorpecentes. Os integrantes dessa organização criminosa cultivam e exportam grande parte da droga consumida no mundo.

Possuem uma estrutura semelhante a empregada pela cosa nostra, com os grupos divididos em famílias (chamadas de cartéis) que controlam determinadas regiões da Colômbia. Os cartéis mais importantes são os de Cali e Medellín que realizam conexões



com as grandes máfias do mundo inteiro (Cosa Nostra Americana, Yakuza, Tríades e Máfia Siciliana).

Nos últimos vinte anos, o Brasil tem sido utilizado como rota necessária da droga (cocaína e maconha) que é produzida na Colômbia e, posteriormente, é distribuída pela Europa e África. Da Colômbia, a droga geralmente passa pela Bolívia e ingressa no Brasil através da divisa da cidade de Porto Suarez, ligada a cidade de Corumbá, no Mato Grosso do Sul. De lá, a droga segue por via aérea às grandes capitais do país, ou através da rodovia BR-262. Outra alternativa muito utilizada pelos cartéis colombianos para ingresso da droga no Brasil são as cidades de Tabatinga e Vila Bitencourt, na fronteira do Amazonas com a Colômbia, bem como a cidade brasileira de Benjamin Constant, na fronteira do Peru com o estado do Amazonas.

Boa parte da droga consumida nos EUA é proveniente dos cartéis colombianos que ingressam no território norte-americano, comumente, por via marítima. Outra via de ingresso da droga colombiana nos EUA, por terra, é através do México, por onde passam grandes quantidades de cocaína e heroína consumidas naquele país. Para tanto, os cartéis colombianos contam com a colaboração das máfias mexicanas, principalmente dos cartéis de Tijuana (mais violenta das organizações criminosas do México), Cartel Juarez, Grupo do Golfo e o cartel de Sonora, que atende principalmente a demanda da Califórnia e Arizona.

Segundo dados do Instituto Brasileiro Giovanni Falcone, presidido pelo professor Walter Fanganiello Maierovitch, calcula-se que 70% da cocaína, maconha e heroína consumidas nos EUA passam pelo corredor mexicano, provenientes da Colômbia.

No Rio de Janeiro, na década de oitenta, a polícia civil detectou que 80% das drogas distribuídas pelo Comando Vermelho eram provenientes dos cartéis colombianos.

O Comando Vermelho nasceu no Rio de Janeiro em meados de 1980, parodiando as organizações de esquerda da luta armada, inclusive nas táticas de guerrilha urbana e rigidez de comando, também observada nos cartéis da Colômbia. Essencialmente, ligado ao tráfico de entorpecentes em larga escala, o Comando Vermelho tem estreita semelhança com as máfias colombianas, principalmente no que podemos chamar de ação seletiva – tráfico de entorpecentes, contrabando de armas e seqüestros de grandes empresários. As demais atividades são formas de fazer dinheiro para financiar compras de entorpecentes.

Nesse sentido, segundo obra escrita pelo jornalista Carlos Amorim<sup>8</sup>, em um levantamento realizado no ano de 1993 pelo governo do Estado do Rio de Janeiro, estimou-se que só o faturamento de doze pontos de vendas de drogas na favela do Jacarezinho era de quase quatro bilhões de cruzeiros. No Morro da Mineira, este montante era de um bilhão por mês. Hoje, o governo do Rio estima que o Comando Vermelho possui algo em torno de seis mil e quinhentos homens. Calcula-se, ainda, que outras dez mil pessoas trabalham diretamente ligadas as atividades dessa organização, em tarefas de distribuição e contatos. Mais de trezentos mil vivem dos rendimentos do comércio ilegal de entorpecentes.

Tanto nos cartéis colombianos como no Comando Vermelho a estratégia de atuação foi a mesma: aplicar parte da renda da venda de drogas em melhorias para a comunidade, como a construção de redes de esgotos e segurança, o que a polícia nunca deu. Assim, membros dos cartéis colombianos e do Comando Vermelho chegaram a conquistar apoio popular, a ponto de alguns “chefões” serem considerados verdadeiras “celebridades”, como por exemplo o traficante José Carlos dos Reis Encinha, o Escadinha, todo poderoso do morro do Juramento, e Paulo Roberto de Moura Lima, o famoso Meio-Quilo, do Morro do Jacarezinho, ou Pablo Escobar, também chamado de Don Pablito, violento chefe do Cartel de Medellín, morto em 2 de dezembro de 1993 pela polícia colombiana (após acumular uma fortuna estimada em US\$ 3 bilhões).

Os cartéis colombianos financiam grupos de guerrilheiros (através do denominado “pagamento de impostos”) que protegem as regiões de cultivo de entorpecentes. O maior destes grupos, as Farc (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), conta com aproximadamente 15 mil soldados, fortemente armados com mais de 10 mil fuzis AK-47, contrabandeados do Oriente Médio. Calcula-se que as Farc, no ano de 1999, assumiram posições estratégicas com o objetivo de proteger o plantio de 120 mil hectares de cocaína, podendo este número, no ano 2000, chegar a 200 mil hectares.

Na tentativa de desestabilizar o crescimento dos cartéis, o governo colombiano, contando com apoio financeiro dos EUA, prepara uma contra-ofensiva, o que, segundo reportagem publicada pelo jornal “Folha de São Paulo”<sup>9</sup>, pode gerar a maior guerra civil já vista naquele país. É que as Farc receberam dos cartéis colombianos, só no

---

<sup>8</sup> AMORIM, Carlos: Comando Vermelho, Record, 1993.

<sup>9</sup> Folha de São Paulo de 20 de agosto de 2000, pg A21.

ano de 1999, US\$ 500 milhões decorrentes do tráfico de drogas, tendo sido este dinheiro empregado no treinamento de guerrilheiros. Ainda segundo essa reportagem, o Brasil corre o risco de, pressionados, os cartéis colombianos transferirem grande parte dos laboratórios de cocaína para a selva amazônica. Para tentar impedir esse ingresso em território nacional, a Polícia Federal brasileira esta montando uma operação denominada “Cobra”, que prevê a instalação de bases de controle em sete municípios da região fronteira.

Estima-se que pelo menos 1 milhão de colombianos dependem do plantio de coca, o que nos dá uma idéia do poderio que os cartéis exercem naquele país.

## YAKUZA

A Yakuza, a mais poderosa organização criminosa do mundo, tem suas origens no século XVIII e descende das gangues que aterrorizavam o antigo Japão rural. Nasceu para satisfazer a necessidade do vício de uma sociedade que enfrenta, diariamente, uma jornada de dez a doze horas de trabalho, em média. Ao final desta cansativa jornada, os trabalhadores rumam em massa para inúmeros bares, restaurantes, salas de massagem e clubes, onde, geralmente, permanecem até o horário do último coletivo para um subúrbio distante, local onde moram em apartamentos minúsculos. Grande parte do dinheiro gasto nestes estabelecimentos vai para a Yakuza.

Muito embora a máfia japonesa tenha nascido em meados do século XVIII, somente nas décadas recentes é que foram fundadas as mais poderosas gangues que guardam pouquíssimas semelhanças com as atividades de seus ancestrais, atuando no ramo de contrabando de armamento, tráfico de drogas, pirataria da informática e prostituição.

Hoje, a Yakuza é dez vezes maior que a máfia americana, contando com aproximadamente 60 mil integrantes (a máfia americana possui aproximadamente dois mil integrantes) infiltrados em todas as camadas sociais.

A palavra Yakuza, literalmente, significa “perdedores” em um jogo de cartas denominado Hanafuda, o que emprestava um tom romântico aos fundadores desta organização. Todavia, como já mencionado, hoje, este significado não corresponde

ao estilo de vida dos Yakuza, que gostam de ser percebidos em grandes carros de luxo, com cigarros pendurados nos lábios, figuras semelhantes aos gângsteres de filmes americanos.

Ao contrário da Cosa Nostra, organização criminosa fundada em 1960 com o intuito de defender a Sicília, cuja existência havia sido esquecida pelo Estado italiano, a Yakuza visou desde sua origem o enriquecimento ilícito, fator ponderante na sua distinção com as demais máfias.

Outra característica da Yakuza, esta semelhante a Cosa Nostra, é a rígida hierarquia entre seus membros. Ao invés de *famílias*, como são chamados os grupos na Cosa Nostra, os integrantes da Yakuza se dividem em gangues. Dentre as sete maiores gangues do Japão podemos destacar a Yamaguchi-gumi, sediada em Kobe/Osaka, a Inagawa-kai, Sumiyoshi-kai, Aizu Kotetsu de Kyoto e a Boryo-kudan de Tóquio.

A estrutura da organização Yakuza, desde o início, mantém-se inalterável e se baseia na relação oyabun-kobun (pai-filho), de hierarquia entre o chefe e o soldado. A obediência é total e inquestionável.

Um dos maiores exemplos das normas inflexíveis de comportamento destacadas na Yakuza é o *yubitsume*, ritual em que o erro considerado grave obriga o infrator a repará-lo decepando um de seus dedos.

Por meio de dados publicados pela revista *NEWSWEEK*, calcula-se que o capital acumulado a cada ano pelas máfias do mundo inteiro atinja o montante de US\$ três trilhões. Parte deste montante, relativo aos lucros obtidos pelas máfias orientais, lideradas pela Yakuza, são “lavados” no Brasil.

Cumprе salientar que, conforme os autores José Arbex Jr. e Cláudio Júlio Tognolli<sup>10</sup>, “o sistema de lavagem de dinheiro proporciona o faturamento anual de US\$ 750 bilhões, somando-se os lucros de todas as máfias mundiais”. Ainda segundo esta obra, em 1993, o Brasil foi elencado no relatório anual do Departamento de Estado dos EUA em primeiro lugar em uma lista de quarenta países pelos quais as máfias estendem seus investimentos.

“As instituições financeiras no Brasil são cada vez mais usadas como elos

---

<sup>10</sup> ALBEX JR, José e TOGNOLLI, Cláudio Julio, O Século do Crime, Boitempo, 1996.

*entre os produtores de cocaína da Colômbia e os maiores distribuidores de drogas levadas aos Estados Unidos”.*

Segundo a Divisão de Grupos Criminais do Departamento Nacional de Polícia do Japão, o movimento da máfia japonesa no Brasil e nos demais países da América Latina está relacionado com as modificações sofridas pelo código penal japonês, em 1992, que passou a ser mais rigoroso para com os grupos organizados, que agora estariam buscando outro campo de atuação. Recentes levantamentos demonstram que os yakuzas estão utilizando-se de território coreano para produção de cannabis e cocaína.

Demonstrando o movimento da Yakuza em território brasileiro, no mês de fevereiro de 1993, em Shizuoka, região central do Japão, o traficante Takahiro Shiba foi detido com 6 kg de cocaína, afirmando que a droga pertencia ao Yakuza Hitoshi Tanabe, líder de uma das facções da Yamaguchi-gumi, que teria enviado o entorpecente do Brasil, de onde estaria estabelecendo ligações entre os cartéis colombianos e a Yakuza japonesa.

Hitoshi Tanabe possui o corpo inteiro tatuado, característica dos yakuzas (estas tatuagens representam serpentes, dragões e samurais), e não tem a falange do dedo mínimo. As autoridades japonesas acreditam que o líder mafioso se encontra escondido no Estado do Paraná, de onde comanda boa parte da “lavagem” do dinheiro adquirido com o tráfico de entorpecentes e com o envio de mulheres brasileiras para casas de prostituição no Japão. Estas mulheres, convidadas para fazerem shows no exterior, são drogadas e forçadas a prostituírem-se.

Segundo artigo publicado no jornal “*Folha de São Paulo*”, no dia 20 de fevereiro de 1994, escrito pela jornalista Thaís Oyama, a máfia japonesa estaria ameaçando empresas no Brasil. Segundo este artigo, o Departamento Nacional de Polícia do Japão concluiu uma pesquisa sobre a atuação da Yakuza no exterior, constatando que pelo menos três empresas brasileiras tinham sido vítimas de chantagem por parte da máfia japonesa. Este número certamente não reflete a realidade, já que, ainda, segundo a mesma pesquisa, 90,8% das empresas que sofreram ações criminosas limitaram-se a comunicar o fato à sua sede e apenas 39% delas procuraram a polícia.

Grande parte do dinheiro arrecadado pela Yakuza vem sendo depositado no Brasil, em vários bancos e em diferentes contas. Este dinheiro chega ao país geralmente através de ordens de pagamento, contrabandeadas através de grandes empresas do

ramo de transporte de valores.

No Brasil, existem empresas especializadas na lavagem de dinheiro, cobrando uma taxa de até 26% sobre o montante, o que demonstra que este país vem se transformando em um paraíso de lavagem de dinheiro, como as conhecidas ilhas do Caribe, onde, segundo a Interpol italiana, 60% dos imóveis pertencem a famílias mafiosas.

***Roberto Teixeira Pinto Porto,***

***Promotor de Justiça***

# MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Procurador-geral de Justiça**  
José Geraldo Brito Filomeno

**Corregedor-geral do Ministério Público**  
Agenor Nakazone

## Conselho Superior do Ministério Público

José Geraldo Brito Filomeno  
(presidente)  
Agenor Nakazone  
José Roberto Garcia Durand  
Marilisa Germano Bortolin  
Antonio de Padua Bertone Pereira

Paulo Mário Spina  
Nelson Gonzaga de Oliveira  
Evelise Pedroso Teixeira Prado Vieira  
Maria Cristina Barreira de Oliveira  
Lúcia Maria Casali de Oliveira  
João Antonio Bastos Garreta Prats

## Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

### Membros Natos

Gomides Vaz de Lima Júnior  
José Roberto Garcia Durand  
Clóvis Almir Vital de Uzeda  
Jobst Dieter Horst Niemayer  
Guido Roque Jacob  
Luiz Cesar Gama Pellegrini  
Herberto Magalhães da Silveira Júnior  
René Pereira de Carvalho  
Francisco Moraes Ribeiro Sampaio  
Newton Alves de Oliveira  
José Ricardo Peirão Rodrigues  
Luiz Antonio Forlin  
José Roberto Dealis Tucunduva  
Eduardo Francisco Crespo  
Oswaldo Hamilton Tavares  
Fernando José Marques  
Irineu Roberto da Costa Lopes  
Regina Helena da Silva Simões  
Antonio Paulo Costa de Oliveira e Silva  
Roberto João Elias  
Claus Paione

### Membros Eleitos

Vera Lúcia Nogueira Franco Moysés  
José Reynaldo de Almeida  
Amaro Alves de Almeida Neto  
Maria Tereza do Amaral Dias de Souza  
Walter Paulo Sabella  
João Francisco Moreira Viegas  
Paulo Ortigosa  
Fernando Carlos Rudge Bastos  
Sérgio de Araújo Prado Júnior  
Paulo do Amaral Souza  
Maria Aparecida Berti Cunha  
Paulo Roberto Grava Brazil  
Pedro Antonio Bueno Oliveira  
Pedro Luiz de Melo  
Márgino Alves Barbosa Filho  
José Domingos da Silva Marinho  
Nelson Lacerda Gertel  
Shiozo Tanaka  
Mário Pedro Paes  
Paulo Hideo Shimizu

## Conselho do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

José Geraldo Brito Filomeno  
(presidente)  
Agenor Nakazone  
Amaro Alves de Almeida Neto

Nelson Gonzaga de Oliveira  
Arthur de Oliveira Costa Filho  
Silvana Buogo  
Jocimar Guimarães