

O necessário aperfeiçoamento legislativo sobre o crime organizado - uma visão do PLS 150/2006

Marcus Vinicius da Silva Dantas

dantas.mvsd@dpf.gov.br

Encontra-se em fase de consulta pública, no Senado Federal, o novíssimo Projeto de Lei do Senado (PLS) n.º 150/2006, apresentado pela Senadora Serys Slhessarenko, trazendo disposições específicas sobre a repressão ao Crime Organizado, bem como regras atinentes à instrução criminal, delação premiada, acesso a dados, entre outras providências, inclusive com a definição do termo “crime organizado” para fins penais.

Em que pese a louvável iniciativa do legislador ordinário em abordar assunto de tal relevância, entendemos necessário tecer algumas considerações e propor sugestões visando tornar a lei mais combativa e eficiente, especialmente quanto à definição e tipificação do crime organizado e às disposições tendentes a regular a coleta de provas para a demonstração da atividade delituosa.

1. Crime Organizado

Como bem ressalta a exposição de motivos do projeto, é árdua a tarefa de se definir a expressão “crime organizado”. Poucas foram as legislações que ousaram fazê-lo para fins penais, considerando a dificuldade, senão impossibilidade, de se englobar em um conceito jurídico-penal todos os casos, formas e nuances com que a atividade se apresenta na realidade fática. O risco da existência de “claros” no conceito adotado permitiria posteriores alegações de atipicidade das condutas dos agentes envolvidos.

Isso porque ainda não há unanimidade na definição de quais requisitos diferenciariam um dado grupo organizado, voltado a uma ou mais atividades criminosas, que poderia configurar uma simples quadrilha, de um outro grupo criminoso com as mesmas características, mas que se encaixaria no pretense conceito de crime organizado.

A estabilidade da organização, a quantidade numérica e permanência de seus integrantes, a divisão de tarefas e a estruturação da “entidade”, a especialidade criminosa e a corrupção de agentes públicos, são características citadas como recorrentes nas organizações criminosas. Ainda assim, tais requisitos podem ou não ser identificados na atuação dos grupos criminosos, ou mesmo se apresentar de modo insuficientemente claro para permitir que se afirme, com precisão, que se está diante do fenômeno da criminalidade organizada.

Apesar disso, e buscando uniformizar as ações preventivas e repressivas dos países que vêm enfrentando os malefícios trazidos pela atividade do crime organizado, a Organização das Nações Unidas (ONU) instituiu, para aplicação em âmbito mundial, a “Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional”, também conhecida como “Convenção de Palermo”, que foi ratificada pelo Brasil e inserida no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto n.º 5.015 de 12 de março de 2004.

2. A Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)

A Convenção buscou não só definir o conceito de crime organizado (“grupo criminoso organizado”, em tradução oficial), como também relacionou os crimes afetos à criminalidade organizada, estabelecendo normas para cooperação internacional e previsões legais a serem adotadas pelos países signatários.

Vê-se que ao ser inserida em nosso ordenamento jurídico, a Convenção passou a ter força de lei ordinária e ser de observância obrigatória, mormente para efeitos internacionais, razão pela qual as propostas de criação de leis afetas ao tema no país deveriam guardar harmonia com o que dispõe o instrumento multilateral.

A questão é que, de antemão, constata-se a existência de pelo menos três disposições do projeto de lei n.º 150/2006 que vão de encontro às normas previstas na Convenção de Palermo¹ :

- a) a que trata da definição de crime organizado, inclusive em relação à quantidade de pessoas;
- b) a que trata dos tipos de crimes cometidos pelos agentes associados para se caracterizar a organização criminosa;
- c) a que trata da impossibilidade de utilização da infiltração policial entre as técnicas especiais de investigação.

3. Da Desconformidade das Disposições do Projeto de Lei do Senado n.º 150/2006 com a Convenção de Palermo /i>

Em rápida leitura de alguns dos artigos da Convenção, temos que:

“Artigo 2 Terminologia

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

- a) "Grupo criminoso organizado" - **grupo estruturado** de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de **cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção**, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;
- b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;
- c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;”

(...)

Artigo 3 Âmbito de aplicação

1. Salvo disposição em contrário, a presente Convenção é aplicável à prevenção, investigação, instrução e julgamento de:

- a) Infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção*; e b) Infrações graves, na aceção do Artigo 2 da presente Convenção**;

sempre que tais infrações sejam de carácter transnacional e envolvam um grupo criminoso organizado;

* Participação em grupo criminoso organizado, lavagem de dinheiro ou de produto de crime, corrupção e obstrução à justiça, respectivamente.

** Infrações cuja pena máxima cominada, de privação de liberdade, seja igual ou superior a 4 (quatro) anos.

Enquanto o projeto de lei define que a associação criminosa deva ter estrutura organizacional hierárquica e divisão de tarefas, além da estabilidade (art. 2º, *caput*, do PLS 150/2006), a Convenção de Palermo prevê apenas que o grupo formado para a prática de infração seja não eventual, dispensando-se os requisitos de que as funções sejam formalmente definidas, que haja estrutura elaborada e que haja continuidade de sua composição.

Também em contraposição ao disposto na Convenção, a proposta da Casa Legislativa sugere que no mínimo 05 (cinco) pessoas se associem para integrar o grupo criminoso organizado, enquanto o acordo internacional regra que apenas o mínimo de 03 (três) pessoas participem da associação.

Em seguida, a proposta relaciona uma série taxativa de crimes sem os quais a prática do crime organizado não se aperfeiçoaria. A Convenção, por seu turno, prevê que o crime organizado se configura quando voltado para a prática de todo e qualquer crime cuja pena máxima privativa de liberdade seja igual ou maior que quatro anos, além dos delitos específicos de participação no grupo criminoso, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução à justiça.

Por fim, temos que dentre as chamadas técnicas especiais de investigação, a Convenção permite que a infiltração policial seja utilizada se os princípios fundamentais e o ordenamento jurídico dos países assim o permitirem, sendo que o projeto de lei veda totalmente a diligência, fundado mesmo, segundo a exposição de motivos, nas próprias disposições e princípios constitucionais.

Percebe-se, pois, certa incongruência entre o que prevê a Convenção e o que dispõe a proposta de lei ordinária, que deve ser aperfeiçoada.

4. Da Necessidade de se Harmonizar o Direito Interno com o Direito Internacional

Acreditamos serem as disposições da Convenção de Palermo as melhores soluções, não só para uniformizar as ações nacionais e internacionais, mas também para evitar a atipicidade de condutas no caso de grupos delinquentes com todas as características de crime organizado, mas que não apresentem estruturação e divisão de tarefas, ou possuam rotatividade de seus “quadros” e cometam outras infrações além daquelas relacionadas no PLS 150/2006.

Muito embora o texto da Convenção tenha sua aplicabilidade voltada ao combate à criminalidade transnacional, seria inconcebível que o país dispusesse de duas legislações tratando de um mesmo assunto (crime organizado) com regras e conceitos diferentes. O conflito de leis seria inevitável, especialmente nos crimes de repercussão internacional.

Embora haja uma decisão do STF, do ano de 1977 (RE n.º 80.004-SE - RTJ 83/809) autorizando que uma nova lei nacional derogue normas trazidas por acordos e tratados internacionais, ao fundamento da soberania da vontade popular, os doutrinadores há muito discutem sobre o equívoco de tal orientação, entre eles o Prof. Valério de Oliveira Mazzuoli no excelente artigo “Supremo Tribunal Federal e os Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas”, publicado no sítio da Internet “Página do Advogado”², do qual se transcreve o seguinte excerto:

“...a doutrina da Excelsa Corte, cremos, peca pela imprecisão. Admitir que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite é permitir que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-partes, o que não é permitido e tampouco compreensível. Seria fácil burlar todo o pactuado internacionalmente se por disposições legislativas internas fosse possível modificar tais normas. Não raras as vezes, o objetivo de um tratado internacional é o de justamente incidir sobre situações que deverão ser observadas no plano interno dos Estados signatários.”

Aprovando um tratado internacional, o Poder Legislativo se compromete a não editar leis a ele contrárias. Pensar de outra forma seria admitir o absurdo. Aprovado o tratado pelo Congresso, e sendo este ratificado pelo Presidente da República, suas disposições normativas, com a publicação do texto, passam a ter plena vigência e eficácia internamente. E de tal fato decorre a vinculação do Estado no que atine à aplicação de suas normas, devendo cada um dos seus Poderes cumprir a parte que lhes cabe nesse processo: ao Legislativo cabe aprovar as leis necessárias abstendo-se de votar as que lhe sejam contrárias; ao Executivo fica a tarefa de bem e fielmente regulamentá-las, fazendo todo o possível para o cumprimento de sua fiel execução; e ao Judiciário incumbe o papel preponderante de aplicar os tratados internamente bem como as leis que o regulamentam, afastando-se da aplicação de leis nacionais que lhes sejam contrárias.”

Além disso, os artigos 26 e 27 da “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”, de 1969³, não só obrigam o Estado a cumprir todos os termos dos acordos internacionais, como também impedem que os governos se eximam de cumpri-los quando o direito interno disponha contrariamente às suas normas⁴.

5. Condicionamento da Realização de Diligências Investigatórias a Prévia Autorização Judicial

Além das constatações acima, há no projeto de lei apresentado algumas disposições, referentes à instrução criminal, especialmente na fase investigatória, que com absoluta certeza retirará a necessária eficiência e agilidade dos órgãos responsáveis pela persecução criminal na elucidação de crimes.

É que o parágrafo único do art. 3º e *caput* do art. 9º condicionam a obtenção de dados cadastrais, documentos e informações eleitorais, comerciais e de provedores de internet a prévia autorização judicial, trazendo novas “amarras” às já incontáveis dificuldades enfrentadas pelas polícias judiciárias no exercício de seu mister.

Com efeito, deve ser observado que é obrigação da autoridade policial “*colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias*” (art. 6º, inc. III do CPP), devendo representar ao juiz apenas quando envolvidas questões referentes a bens jurídicos protegidos em lei (sigilo e inviolabilidade do domicílio), o que não é o caso de dados cadastrais, documentos e informações eleitorais, comerciais e de provedores de internet.

A jurisprudência tem, inclusive, atestado a veracidade de tal premissa, conforme acórdãos colacionados:

(TRF da 3ª Região; Agravo de Instrumento – 146690; Processo: 2002.03.00.003153-2; UF: SP; Órgão Julgador: Sexta Turma; Relator: Juiz Mairan Maia; Decisão: Provido. Unânime; Data da decisão: 21/05/2003 Documento: TRF300072533; Fonte: DJU DATA: 13/06/2003 PÁGINA: 397)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SIGILO DE DADOS. IDENTIFICAÇÃO DE USUÁRIOS DE TELEFONIA CELULAR. DISPONIBILIZAÇÃO DE DADOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INSTRUÇÃO DE INQUÉRITOS CIVIS E CRIMINAIS. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A Constituição Federal assegura a proteção à honra, à intimidade, à vida privada, bem como ao sigilo de dados, ex vi do art. 5º, X, XI. Referidos dispositivos tutelam a esfera íntima do indivíduo em suas relações pessoais e sociais, como também os denominados dados e informações sensíveis da pessoa.
2. Os valores constitucionalmente tutelados não apresentam natureza absoluta, devendo ceder nos casos e situações em que a lei prevê, ou quando o próprio titular do bem jurídico protegido o divulga ou renuncia à proteção possibilitada pelo ordenamento.
3. Os dados relativos à identificação do usuário do aparelho celular referem-se tão-

somente à sua identificação e endereço, não sendo, portanto, dados sensíveis do indivíduo, aos quais se possa impor a obrigação de sigilo por parte da prestadora em face de requisição formulada pelo Parquet, e, em especial, quando a conduta imputada ao usuário do aparelho estiver sendo objeto de apuração em inquérito civil ou criminal.

4. A Constituição Federal atribui ao Ministério Público a função de zelar pela "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis". Concomitantemente às diversas atribuições, o art. 26, §2º, da Lei n.º 8.625/93 prevê a responsabilização por eventual uso indevido das informações a que tem acesso.

5. Legitimidade da requisição pelo Ministério Público de documentos necessários à instrução de inquéritos e demais procedimentos de sua competência. Precedentes jurisprudenciais.

(TRF da 4ª Região; Apelação em Mandado de Segurança nº 2004.71.00.022811-2/RS; Relator : Des. Federal Néfi Cordeiro; Apelante : Celular CRT S/A; Advogado : Paulo Roberto Cardoso Moreira de Oliveira e outros; Apelado : União Federal; Advogado : Luis Henrique Martins dos Anjos; Decisão: Deu-se Provimento, unânime; Data da decisão: 07 de junho de 2005; DJU DATA: 22/06/2005 PÁGINA: 999)

MANDADO DE SEGURANÇA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. SIGILO TELEFÔNICO. PEDIDO DE INFORMAÇÃO. CADASTRO DE USUÁRIO DE OPERADORA DE TELEFONIA MÓVEL. DELEGACIA DE POLÍCIA FEDERAL. INQUÉRITO. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DIREITO DE INTIMIDADE. NÃO-VIOLAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA.

1. Havendo inquérito policial regularmente instaurado e existindo necessidade de acesso a dados cadastrais de cliente de operadora de telefonia móvel, sem qualquer indagação quanto ao teor das conversas, tal pedido prescinde de autorização judicial.

2. Há uma necessária distinção entre a interceptação (escuta) das comunicações telefônicas, inteiramente submetida ao princípio constitucional da reserva de jurisdição (CF, art. 5º, XII) de um lado, e o fornecimento dos dados (registros) telefônicos, de outro.

3. O art. 7º da Lei nº 9296/96 – regulamentadora do inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal – determina poder, a autoridade policial, para os procedimentos de interceptação de que trata, requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público. Se o ordenamento jurídico confere tal prerrogativa à autoridade policial, com muito mais razão, confere-a, também, em casos tais, onde pretenda-se, tão-somente informações acerca de dados cadastrais.

4. Não havendo violação ao direito de segredo das comunicações, inexistente direito líquido e certo a ser protegido, bem como não há qualquer ilegalidade ou abuso de poder por parte da autoridade apontada como coatora.

(Tribunal Regional Federal da 3ª Região; Agravo de Instrumento – 148261; Processo: 200203000048775; UF: SP; Órgão Julgador: Sexta Turma; Relator: Juiz Mairan Maia; Decisão: Improvido. Unânime; Data da decisão: 21/05/2003 Documento: TRF300072534; Fonte: DJU DATA:13/06/2003 PÁGINA: 397)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. VIOLAÇÃO AO ART. 128 DO CPC. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. CADASTRO DE USUÁRIOS DE TELEFONIA CELULAR. LEGALIDADE. LEI N.º 11.058/02. COMPATIBILIDADE. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DA MEDIDA.

1. Decisão restrita aos lindes do pedido formulado. Legalidade do direcionamento da tutela jurisdicional almejada pelo autor às partes efetivamente responsáveis pelo seu cumprimento, pois, sendo o magistrado investido de poder geral de cautela, lhe é facultada a adoção das medidas que reputar adequadas à preservação do bem jurídico perseguido.

2. Imprescindibilidade de identificação dos usuários de telefonia móvel celular, visando à instrução de inquéritos civis e criminais, a qual não implica violação ao sigilo de dados

assegurado constitucionalmente, posto não envolver informações sensíveis do indivíduo, às quais se possa impor a obrigação de sigilo por parte das prestadoras.

3. Inexistência de conflito entre a decisão agravada e a Lei n.º 11.058/02 que veio a regular a matéria posteriormente. A Lei aplica-se a todos indistintamente. No entanto, na existência de litígio, a decisão judicial faz lei entre as partes, à qual devem se curvar, mormente quando não verificada qualquer incompatibilidade com o texto legal.

4. Receio de dano irreparável consubstanciado na desmedida utilização de aparelhos celulares dentro de presídios, como instrumento associado à prática de condutas ilícitas, notadamente rebeliões.

5. Presença dos pressupostos autorizadores da concessão da medida initio litis.

Aliás, seria um contra-senso à reclamada celeridade dos procedimentos investigatórios a espera por respostas dos sucessivos requerimentos que deverão ser dirigidos ao judiciário para a obtenção de dados no interesse das apurações criminais, como, por exemplo, de atos constitutivos de empresas e informações societárias de eventuais envolvidos na prática de crimes, nas juntas comerciais (“documentos e informações comerciais”, que atualmente são obtidos mediante simples solicitação da autoridade policial).

A proposta, dispondo contrariamente ao que nos ensina a prática diária, engessarà ainda mais o exercício da persecução criminal. Esta, ao invés de ter seu campo de atividades tolhido, deve sim ser devidamente regulamentada.

Ademais, não se pode olvidar que a polícia judiciária é uma das instituições que mais controle sofre no exercício de suas atribuições. Não só controles internos, exercidos pelas chefias e corregedorias, mas também os externos, exercidos pelos juízes, Ministério Público, advogados, organismos sociais de direitos humanos, imprensa e pela sociedade em geral.

Destarte, à exceção da obtenção de meios de prova protegidos pelo sigilo e previstos em legislações específicas, deve a lei dispor que a autoridade policial obtenha dados cadastrais, documentos e informações eleitorais, comerciais e de provedores de internet através de simples requerimento, por meio de ofício, o que, com certeza, tornará as investigações criminais mais rápidas e dinâmicas.

6. Sugestões Para o Aperfeiçoamento da Redação do Texto do Projeto de Lei no Estado em que se Encontra

Finalmente, e apenas para argumentar, caso o projeto fosse à sanção sem a observância dos princípios e sugestões acima apresentados, cremos que seria de todo pertinente que se procedesse a alguns acréscimos e retificações no projeto.

Entre eles estão:

a) no art. 2º, *caput* - definição de crime organizado

Em relação aos meios empregados para a obtenção de “vantagem de qualquer natureza”, além do “emprego de violência, ameaça, fraude, tráfico de influência ou atos de corrupção”, deveria ser incluído também todo e qualquer ato em desacordo com a lei (incluídos os atos omissivos, quando a lei obriga a declaração), de forma a abrangar as mais variadas condutas.

No caso do tráfico ilícito de armas, por exemplo, a atividade de transporte é lícita e o objeto em si não é proibido, desde que atendidos os preceitos legais e regulamentares (declaração e autorização, que não se confunde com “fraude”). Sugestão de redação:

“Art. 2º - Promover, constituir, financiar, cooperar ou integrar (...) para obter, direta ou indiretamente, com o emprego de violência, ameaça, fraude, tráfico de influência, atos de

corrupção ou atos em desacordo com a legislação, vantagem de qualquer natureza, praticando um ou mais dos seguintes crimes:

.b) no art. 2º, inciso III – crime de contrabando ou tráfico ilícito de armas de fogo, acessórios, artefatos, munições, explosivos ou materiais destinados à sua produção

Além do fato de que a lei a que o projeto faz remissão (Lei n.º 9.437, de 20 de fevereiro de 1997) foi revogada pelo Estatuto do Desarmamento (Lei n.º 10.826, de 23 de dezembro de 2003), seria necessário incluir as novas disposições em vigor acerca do assunto, tais como os crimes de comércio ilegal (que abrange o tráfico local) e de tráfico internacional de arma de fogo (art. 17 e 18 da Lei n.º 10.826/03), bem como incluir previsão relacionada aos produtos controlados pelo Exército (dispostos no Regulamento para Fiscalização para Produtos Controlados do Exército, R-105, Decreto n.º 3.665/00).

Dentre os produtos controlados, e que não se confundem com acessórios, estão os equipamentos de proteção balística (coletes, escudos e capacetes), equipamentos de visão noturna (óculos e periscópios) e substâncias químicas e venenosas de interesse bélico. Sugestão de redação (inclusão do inciso “III-A” ou renumeração de todos os incisos):

“Art. 2º - (...)

III – contrabando ou descaminho;

III-A - comércio ou tráfico internacional de armas de fogo, munições e acessórios, ou contrabando de explosivos, artefatos, equipamentos e demais produtos controlados pelo Exército em legislação específica, além de peças, componentes ou materiais destinados à sua produção (Lei n.º 10.826, de 23 de dezembro de 2003)”.

c) no art. 2º, §1º, inciso II – fraude licitações, em qualquer de suas modalidades, ou concessões, permissões e autorizações administrativas:

Entende-se como pertinente acrescentar a fraude aos concursos públicos, crime atual e que vem sendo praticado com grande desenvoltura por grupos criminosos organizados, nos diversos Estados brasileiros. Observa-se que os tribunais superiores vêm extinguindo ações penais tratando de fraude em concurso público ao fundamento de atipicidade da conduta (segundo as altas cortes, não há lei específica tipificando a conduta de fraudar concursos públicos, e o fato não é caso de estelionato). Sugestão de redação:

“Art. 2º - (...)

§1º (...)

II - fraude licitações ou concurso para o preenchimento de cargos públicos, em qualquer de suas modalidades, ou concessões, permissões e autorizações administrativas”.

As considerações ora alinhavadas, longe de serem entendidas como críticas à iniciativa e liderança legislativa, devem ser avaliadas como pertinentes para se aperfeiçoar o projeto de lei em apreço.

Entendemos que a atividade de crime organizado merece uma reprimenda efetiva dos órgãos de segurança pública, respaldados em uma legislação forte e eficaz, entretanto, deve ser evitada a adoção de dispositivos legais que limitem a abrangência dos tipos penais e a atuação dos órgãos de persecução penal, especialmente na fase investigatória, para que o Estado brasileiro tenha sucesso em sua luta contra a criminalidade.

Notas de rodapé convertidas

1. Também se resente da ausência de previsão permitindo a interceptação, subtração ou substituição de produtos objetos da prática criminosa na técnica de investigação denominada “ação

controlada” ou “entrega vigiada”.

2. “Página do Advogado”, endereço eletrônico

<http://www.advogado.adv.br/artigos/2004/valeriomazzuoli/stfconflitotratado.htm>

3. Embora o texto da Convenção de Viena sobre Tratados esteja tramitando no Congresso Nacional para aprovação desde 1992 (PDC n.º 214/1992), suas disposições têm sido aplicadas por configurarem normas de direito consuetudinário internacional.

4. Artigo 26.º - Pacta sunt servanda: Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé.

Artigo 27.º - Direito interno e observância dos tratados: Uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado. Esta norma não prejudica o disposto no artigo 46.º.