

OBSERVAÇÕES SOBRE A LEI DE REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO*

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

Ministro do STJ

Antes de abordar o tema que me foi proposto — observações sobre a Lei n. 9.034, de 3.5.95 — não poderei deixar de tecer rápidas considerações sobre a Constituição brasileira em vigor e o papel político-social do juiz em sua interpretação e defesa, diante da legislação infraconstitucional, sobretudo a de natureza penal.

A primeira consideração a ser feita é quanto ao nosso constitucionalismo, que tem, pode-se dizer, “base” norte-americana.¹ Com a Proclamação de nossa República, em 1889, os constituintes de 1890² e 1891 procuraram “imitar” a matriz estadunidense, que serviu de

“espelho” para outros Estados latinos-americanos, para a Suíça⁴ e, no pós-Segunda Guerra Mundial, para o Japão (“Constituição McArthur”)⁵ e outros Estados asiáticos. Já nossa legislação infraconstitucional, pelo menos até há alguns anos tinha fincas exclusivamente no direito continental europeu — o denominado genericamente de *civil law* pelos autores anglo-americanos.⁶ Com o passar do tempo, nosso constitucionalismo foi recebendo influências marcantes do constitucionalismo europeu continental. A Constituição de 1988, embora tenha mantido o “federalismo”, a “república” e “controle judicial” (já sem seu cariz original), todos de matriz americana, trouxe para seu seio muitos institutos e dispositivos de Estatutos constitucionais europeus, sobretudo da Constituição da República Portuguesa e da Lei Fundamental de Bonn.

* Palestra proferida a convite do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, na sede da Apamagis, S. Paulo, em 31.5.95.

1. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 3.ª ed., tomo I, p. 210, observa, é certo, que “o constitucionalismo nasceu em Portugal e no Brasil ao mesmo tempo. Nasceu com a revolução de 1820, em consequência da qual se reuniram Cortes Constituintes, em que participaram Deputados eleitos pelas províncias brasileiras”.

2. O Decreto 510, de 22.6.1890, fazendo coro com o Decreto 1, de 15.11.89, outorgou nossa primeira Carta política republicana, publicando a “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”.

3. Jorge Miranda, ob. cit., p. 142 e seg. Adhemar F. Maciel, *Nossa primeira Constituição republicana à luz do direito comparado*, Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros, 1/93, p. 192.

4. Adhemar F. Maciel, ob. cit., p. 192.

5. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1970, p. 224.

6. René David, *Tratado de Derecho Civil Comparado*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, ao comparar o direito inglês e o norte-americano, ambos da mesma família, ressalta: “Estas diferencias presentan para nosotros un particular interés, porque nos muestran que el Derecho norteamericano evoluciona y que partiendo de las concepciones inglesas se aproxima poco a poco a las concepciones de la familia del Derecho francés”.

A segunda consideração diz respeito à interpretação e aplicação das normas infra-constitucionais. No Brasil, há uma tendência de alguns juízes, em parte por formação universitária deficiente e em parte pela lei de menor esforço, de não se preocuparem muito com os preceitos, normas, princípios e primados constitucionais. Interpretam as leis ou atos normativos como se não existisse uma Constituição que lhes é normativa e materialmente superior. O direito continental, que se calca sobretudo no dogma da “separação dos poderes”, seja na vertente de Montesquieu ou na vertente kantiana, não se preocupa com a “limitação do poder”, como acontece com o direito anglo-americano.⁷ Efetivamente, na época do surgimento e afirmação do Estado Liberal de Direito tocava sobretudo ao Parlamento defender o cidadão do arbítrio do executivo. Hoje esse papel é mais diminuto e a defesa (controle) tende a se deslocar para o judiciário.⁸

Outra observação a ser ressaltada é quanto à Constituição de 1988, que mais do que todas as Cartas e Constituições brasileiras anteriores, é “dirigente” (*dirigierende Verfassung*)⁹ e “programá-

tica” (*programmatische Verfassung*). Ela almeja “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3.º, I),¹⁰ erradicando “a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (id., III). Em outras palavras, um dos objetivos fundamentais da nossa República Federativa é oferecer “diretivas modeladoras” para a própria Sociedade, acenando com a intervenção do poder público na “ordem econômica”, “financeira”, “cultural” e “ambiental”. A nossa Constituição, deliberadamente, se afastou do “modelo clássico”, que se limitava a estruturar e a dar competência aos órgãos do poder e sobretudo a garantir os direitos fundamentais.¹¹ Com isso, é fato, a Constituição não deixa de perder parte de sua força normativa e trazer insegurança.¹² Ainda que se corram tais riscos,

“Aqui, ela é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática” (p. 224).

10. Nítida foi a influência do art. 1.º da Constituição da República Portuguesa: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e popular e empenhada na construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*”.

11. J. J. Gomes Canotilho, e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Editora Coimbra, 1991, p. 43, observam que “...está em crise a concepção clássica de Constituição que restringe a sua função à limitação do poder e à garantia das liberdades políticas. O texto constitucional não pode nem deve ser considerado simples estatuto jurídico de repartição do poder do Estado e de garantia dos direitos e liberdades. A força normativa da Constituição expande-se até aos terrenos da ordem econômica e social”.

12. Ressalta Celso R. Bastos: “.. há uma — como que — resistência à obediência da Constituição, por disciplinar ela principalmente o fenômeno político, difícil de ser enquadrado dentro de parâmetros jurídicos. Suas sanções nem sempre são passíveis de serem aplicadas

7. Cf. Nicola Matteucci, *Dicionário de Política*, Ed. Universidade de Brasília, p. 256. A observação embora feita diretamente quanto ao direito italiano, vale universalmente.

8. Famoso se tornou o “Paper” n. 78 do “Federalista”, onde Hamilton diz que o judiciário é o mais fraco dos três poderes da República, pois não tem a espada do executivo ou a bolsa do legislativo. Hoje, como mostra Harry H. Wellington, há uma preocupação de evitar-se que o judiciário, que não é escolhido ou controlado pelo povo, se torne *the most dangerous* através do exercício de seu *judicial review* (*Interpreting the Constitution — the Supreme Court and the process of adjudication*, Yale University Press. 1990, p. 49).

9. J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra Editora, 1982, se afasta do conceito de “constituição dirigente” de Lerche, ampliando-o:

não se admite mais a “indiferença constitucional”, voltada quase só para o Estado e divorciada da Sociedade para a qual ela é feita e procura aprimorar, diminuindo os gritantes desníveis sociais e econômicos.¹³ Hoje, se há preceitos impositivos na Constituição, vinculando materialmente o próprio legislador ordinário, também o judiciário deve cumprir seu papel na “atualização constitucional” (*Verfassungsaktualisierung*), interpretando as leis ordinárias tal qual preceituado na própria Constituição.¹⁴ Quem ler atentamente a Constituição brasileira verificará que o constituinte de 1988, além de ter ampliado os direitos fundamentais em relação aos Estatutos constitucionais anteriores, trouxe também muita inovação no tocante aos denominados “direitos sociais” (art. 6.º e s.).

Os Códigos Penal e Processual Penal brasileiros, que foram promulgados sob o pálio de outra ordem político-jurídica, não podem, à evidência, ser mais interpretados tal como há cinquenta, vinte ou dez anos atrás. Na área penal, a Cons-

tituição, hoje, tem suas vistas voltadas também para a macrocriminalidade, para o crime organizado, para os delitos praticados contra a ordem econômica, social, financeira, popular e contra o meio ambiente. Hoje, para a estranheza dos ortodoxos, a Constituição fala até em “responsabilidade penal de pessoa jurídica” (art. 173, § 5.º, e art. 225, § 3.º). Como se sabe, a eventual punição penal de um *straw man*, de um testa-de-ferro de uma empresa, sempre deixa de fora a direção colegiada da pessoa jurídica.¹⁵ De acordo com o inciso IX do art. 93 da Constituição, uma das garantias fundamentais do cidadão está na exigência da fundamentação de “todas as decisões” do judiciário.¹⁶ Com isso, a 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tem, de modo reiterado, anulado prisões preventivas ou mesmo prisões decretadas no bojo da sentença condenatória sem a necessária justificação formal e material. Não basta, em nosso entender, a invocação puramente vaga, sem ressonância fática, de um ou mais requisitos do art. 312 do CPP. É preciso mais. É preciso que se demonstre a necessidade de se ficar preso, seja pelo flagrante feito, seja pela preventiva ou pela sentença de pronúncia ou mesmo pela condenatória. Hoje, pela conjugação dos princípios da “dignidade humana” (CF, art. 1.º, I),¹⁷ da

por envolverem, muitas vezes, os próprios poderes do Estado” (Comentários à Constituição do Brasil, Celso R. Bastos e Ives G. Martins, Saraiva 1988, 1.º vol., p. 389 e s.).

13. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 4.ª ed., p. 81, observa, com propriedade e acerto: “Não restam dúvidas que a estrutura programática de uma constituição, onde por vezes avultam pedaços de utopia concreta, implica sérios riscos, o principal dos quais é o do esvaziamento da sua força normativa perante a dinâmica social e política. Todavia, o processo e a forma só têm sentido, num Estado Democrático, quando relacionados com um certo conteúdo. Daí que uma lei fundamental não possa ser completamente asséptica sob o ponto de vista substantivo”.

14. Canotilho, *Constituição Dirigente...*, p. 318: “A tarefa de actualização das imposições não é uma tarefa apenas legislativa, mas uma tarefa que incumbe a todos os órgãos constitucionalmente responsáveis pela aplicação da lei fundamental”.

15. Márcia Dometila Lima de Carvalho, *Fundamentação constitucional do direito penal*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, p. 129.

16. Nossa Constituição foi mais radical do que a Constituição lusa, sua fonte inspiradora, que dispõe no art. 208.º, 1: “As decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei”.

17. Este dispositivo foi inspirado no art. 1.º da Constituição da República Portuguesa: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana...”, que, por seu turno, partiu do art. 1.º da Lei Fundamental de Bonn: “1) A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obriga-

“presunção de inocência” (ibid., art. 5.º, LVII),¹⁸ da “liberdade provisória” (ibid., art. 5.º, LXVI) e da “fundamentação das decisões judiciais” (ibid., art. 93, IX)¹⁹ — todos inscritos no pórtico dos direitos fundamentais pela Constituição e tratados internacionais²⁰ — firmou-se o en-

ção de todo o poder público”. Como mostram Hans D. Jarass, e Bodo Pieroth, a “proteção da dignidade humana” figura logo no primeiro artigo da Lei Fundamental de Bonn para ressaltar que, em importância, “primeiro vem o homem e depois, então, o Estado” (*...zuerst der Mensch kommt und dann erst der Staat...*). Tal cláusula constitucional, por outro lado, foi inserida em razão dos crimes praticados na época do Estado nacional-socialista (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland — Kommentar*, München C. H. Beck, 1992, 2. Auflage, p. 27). Manuel García-Pelayo, observa que *tuvo que venir el nazismo para que una constitución europea, la de Bonn, tenga que afirmar, em su artículo 2.º, el derecho de toda persona a la integridad corporal* (*Derecho Constitucional Comparado*, Rev. de Occidente, Madrid, 2.ª ed., p. 140).

18. A base desta cláusula está no art. 32.º, 2, da Constituição portuguesa: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. A Constituição italiana diz sinteticamente em seu art. 27 que “o imputado não é considerado réu até a condenação definitiva”.

19. Ver a nota n. 16.

20. O § 2.º do art. 5.º de nossa Constituição ressalva expressamente os direitos e garantias trazidos para a ordem interna através de “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Dentre outros direitos fundamentais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como “Pacto S. José da Costa Rica”, aprovada pelo Decreto Legislativo 27/92, e o Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos, aprovado pelo Decreto Legislativo 226/91 e com obrigação internacional a contar de 24.4.92, também tratam do “princípio da presunção de inocência”. Tal princípio, como se vê, seja pela via direta da Constituição, seja pela via da legislação ordinária, já se acha incorporado em nossa ordem jurídica.

tendimento de que “ficar solto” é a regra geral e “ficar preso antes da condenação irreversível”, a regra excepcional.

II — O Diário Oficial do 4 do corrente mês publicou a Lei 9.034, de 3 de maio, que tem como rubrica “a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”.

Em 1989, o Deputado Miro Teixeira, do PDT-RJ, após pesquisa na legislação de alguns países da América Latina, dos Estados Unidos, Itália e França, pediu fosse constituída uma subcomissão para “produzir normas de combate ao crime organizado”, que “submete populações ao medo, produz irrecuperáveis prejuízos às instituições e à economia do País”. O relator, Deputado Micher Temer, também havia apresentado um projeto sobre o crime organizado. O projeto foi enviado pela Câmara ao Senado Federal. Fez-se um substitutivo na Câmara Alta, quando se introduziu a modificação do art. 288 do CP. Essa modificação foi recusada pela Câmara Baixa, que tinha exatamente procurado evitar alterações no Código Penal. O relator para a redação final (PL 3516-D/1989) foi o Dep. Nilson Gibson. A sanção presidencial se fez com veto. Foi vetado o inciso I do art. 2.º, que previa a “infiltração policial” como meio de prevenção e repressão do crime organizado.

III — Quero começar minhas despreten-siosas considerações sobre a Lei do Crime Organizado com um lembrete de Pontes de Miranda, no sentido de que a primeira condição para se interpretar proveitosamente uma lei é a simpatia. “Com a antipatia não se interpreta, ataca-se”.²¹

Pela rubrica da lei, somos levados a pensar que ela lida só com normas processuais. Tal não se dá. Há normas nitidamente substantivas, como a do art. 6.º, que fala em redução de um terço a

21. Prólogo aos Comentários à Constituição de 1946, 4.ª ed., Borsoi, 1963.

dois terços da pena para o agente que colaborar espontaneamente para o “esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. Nos Estados Unidos não é infrequente a utilização dos institutos do *plea bargaining* e do *plea guilty*, quando o indiciado ou réu confessa o crime com o fim de pegar pena menor. Também o art. 7.º abriga matéria penal substantiva, pois proíbe a concessão de “liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham, tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”. O mesmo se pode dizer do art. 10, que dispõe sobre o regime prisional (neste caso poder-se-ia falar em “norma processual de efeito material”).

A Lei 9.034/95 não define, no que faz bem, o que seja uma “organização criminosa”, afinal não se trata de figura típica. O conceito de “organização criminosa” deve ficar, assim, por conta da doutrina e jurisprudência. Essa “organização criminosa” seria só aquela do art. 288 do CPP, formada por três ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para cometer crimes, perturbando a paz pública? Alcança também a associação de “duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13” da Lei de Tóxicos?

Embora a lei não esclareça, seu objetivo é a grande criminalidade, e não as “quadrilhas de bagatela”. O número de associados me parece indiferente, não obstante o próprio artigo 1.º falar em “ações de quadrilha ou bando”. Mas, na prática é impensável um “crime organizado” com pouca gente. O fato é que toda a exegese legal deve ser feita no combate das grandes organizações criminosas, evidentemente sem ofensas aos direitos fundamentais. Para o combate às pequenas, a denominada “criminalidade tradicional ou clássica”, a legislação anteriormente existente já é bastante. A Polícia, o Ministério Público e o próprio Judiciário podem não estar aparelhados,

o que é outra coisa. Mas os Códigos e a legislação extravagante já nos oferecem instrumentos suficientes para seu combate. A própria Constituição já nos dá elementos para tratar diferentemente os agentes da microcriminalidade daqueles da macrocriminalidade. Ela mesma oferece ao juiz meios para a “atualização” de seus preceitos ao interpretar a lei infraconstitucional. No art. 5.º, inc. XLIII, por exemplo, a Constituição estabelece “imposições” para os três poderes políticos. Diz que a “prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos” terão tratamento mais severo, não admitindo fiança, graça e anistia. Tudo isso nos autoriza a dizer que a Lei 9.034/95 não foi feita para os pequenos crimes, mesmo que eles abriguem quadrilheiros. Foi feita para os grandes crimes, ainda que seus agentes possam eventualmente não formar uma quadrilha na acepção do art. 288 do CP.²²

O inciso II do art. 2.º (o inciso I, como se disse, foi vetado) cuida da denominada “ação controlada”. O legislador conceitua o que seja a “ação controlada” por parte da polícia: “consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado”. Trata-se de uma exceção à regra geral do art. 301 do CPP, que faculta a “qualquer do povo” e obriga “as autoridades policiais e seus agentes” a prenderem quem “seja encontrado em flagrante delito”. Tal expediente cai no campo da conveniência e da oportunidade da autoridade que investiga. É expediente usado, há muito, pela polícia.

22. Geraldo Prado e William Douglas, observam que “outro ponto a ser enfocado refere-se a que a lei não limita seu alcance à investigação das quadrilhas ou bandos, prescrevendo, como não poderia deixar de ser, o mesmo tratamento para os crimes que resultarem das ações associadas” (Comentários à Lei contra o Crime Organizado, Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p. 45).

Há pouco tempo, fui relator de um *habeas-corpus* do Estado do Pará. A Polícia Federal já estava seguindo os passos de sócios de uma empresa que exportava pimenta para a França. No meio das sacas, enfiavam-se pacotes com cocaína. A polícia seguiu todas as operações do infratores, desde o acondicionamento da carga. Só quando a mercadoria já estava no porto, é que os policiais resolveram abrir o contêiner e examinar a carga. Prenderam, fora do local e em lugares diversos, um por um dos sócios da empresa. A 6.^a Turma entendeu que nesse caso a prisão se fez em flagrante. Tratava-se de um “crime permanente”. À evidência, numa exegese fria de “crime clássico”, o “flagrante” seria, como salta aos olhos, de duvidosa legalidade.

O inciso III do art. 2.^o cura do “acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais”. Este dispositivo está atado ao art. 3.^o, que rompe com toda nossa sistemática atual, com reflexos de inconstitucionalidade, pois permite ao juiz colher provas e, mais tarde, se for o caso, julgar. Essa atividade coletora de provas do juiz, creio, viola a cláusula do *due process of law*. Viola, porque compromete psicologicamente o juiz em sua imparcialidade. E a imparcialidade, como sabemos, é virtude exigida de todo e qualquer magistrado. Todo juiz, como *homo judicans*, tem, certamente, de tomar partido para poder decidir.²³ É da natureza do juízo lógico. Mas, o que o juiz não pode ter idéias preconcebidas contra os sujeitos da relação jurídico-processual, pois isso desequilibraria fatalmente a balança da justiça. E coletando provas, não paira dúvida, ele será fatalmente influenciado. Talvez valesse para um

“juiz preparador”, nunca para um “juiz julgador”. Ademais, o “princípio da ação”, do *ne procedat iudex ex officio*, impede e, na prática, desaconselha o magistrado na fase administrativa de colher provas, como o desaconselha a ajuizar ações penais de ofício.²⁴ Esse não é o papel institucional e constitucional reservado ao magistrado.²⁵ Como se sabe, no Brasil não existe, como na França, o “processo penal misto” com três fases nítidas: a) investigação preliminar perante a polícia judiciária; b) a instrução preparatória e c) o julgamento.²⁶ Nosso sistema, muito mais aperfeiçoado e democrático, afasta o juiz de qualquer campo que possa comprometê-lo na imparcialidade do julgamento.

Se não bastasse o papel de policial dado ao juiz, ele e o sobrejuiz, no caso de recurso, ainda se tornam “guardiães particulares de documentos sigilosos” (art. 3.^o, §§ 3.^o e 5.^o).

24. “Tanto para o processo penal como para o civil, a experiência mostra que o juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba se ligando psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, o qual se mostrou sumamente inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz. E assim, a idéia de que *tout juge est procureur général* acabou por desacreditar-se, dando margem hoje ao processo de ação que, no processo penal, corresponde ao processo acusatório” (Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, Teoria Geral do Processo, RT, S. Paulo, 1975, p. 27 e s.).

25. Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr., juiz da 2.^a Vara Criminal da Comarca de S. Paulo, em artigo publicado na Tribuna da Magistratura n. 61, frisa que “Constitui um grande equívoco envolver o juiz e o Judiciário na atividade repressiva...” “A verdadeira função da justiça criminal é tomar efetivo o princípio do devido processo legal, nada mais que isto”.

26. Antônio Carlos de Araújo Cintra, *et al*, ob. cit., p. 28.

23. Sobre o tema, consulte Francesco Carnelutti, *Derecho y proceso*, Ed. Jur. Europa-América, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, p. 84.

O art. 2.º, inciso III, como se falou, permite, em qualquer fase da persecução criminal, “o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais”.

A grande dificuldade desse dispositivo está em se saber se ele afeta ou não o inciso XII do art. 5.º da Constituição, que ampliou o princípio do “segredo das cartas”, que em nosso direito positivo constitucional vem desde o Estatuto político de 1824 (art. 179,27).

O art. 5.º diz:

“XII — 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”.

Se se entender que a expressão “dados” abarca o “sigilo bancário”, então não se terá dúvida que o dispositivo legal padece de inconstitucionalidade.²⁸

A cláusula constitucional, supratranscrita, não resiste a uma análise crítica. Ontologicamente, não faz sentido permitir escuta telefônica e não permitir violação de correspondência, comunicações telegráficas (incluindo aí via *telex*, *fax* e o que mais for surgindo). No fundo o que se quer proteger, como já ensinava Pontes de Miranda em seus “Comentários à Constituição de 1946”, é a “liberdade de não emitir pensamento”. O cidadão tem direito ao segredo de suas comunicações seja por que meio for. Todavia, numa

interpretação mais ampla, consentânea com o “princípio da proporcionalidade” (equilíbrio entre o individual e o social), poder-se-ia chegar ao entendimento de que o termo “dados” se refere a anotações pessoais, como, por exemplo, diário, gravações de pensamentos e idéias, imagens etc. Celso Ribeiro Bastos, a propósito, anota: “Uma inovação da Constituição foi estender a inviolabilidade aos dados. De logo faz-se mister tecer críticas à impropriedade desta linguagem. A se tomar muito ao pé da letra, todas as comunicações seriam invioláveis, uma vez que versam sempre sobre dados. Mas pela inserção da palavra no inciso vê-se que não se trata propriamente do objeto da comunicação, mas sim de uma modalidade tecnológica recente que consiste na possibilidade das empresas, sobretudo financeiras, fazerem uso de satélites artificiais para comunicação de dados contábeis”.²⁹

O art. 4.º, penso, só pode ser entendido como “regra-programa” para a estruturação e equipamento de órgãos da Polícia Federal. O legislador utiliza-se da expressão “polícia judiciária”, repetindo o linguajar do art. 4.º do CPP. Se se entender que esse dispositivo também se destina às unidades federadas, poder-se-ia tachar a lei de estar-se intrometendo em seara reservada ao Estado-Membro. Cada Estado é que vai, dentro de suas possibilidades e à sua maneira, organizar sua polícia civil para melhor combater o crime organizado.

O art. 5.º permite a identificação mesmo de quem já é civilmente identificado. Tenho para mim que tal dispositivo não briga com o inciso LVIII do art. 5.º da Constituição, que ressalva as “hipóteses previstas em lei”.³⁰ A Constituição tem, como já se ressaltou bem mais acima, grande preocupação com a macrocrimi-

27. No fundo esta garantia é desmembramento da velha parêmia inglesa *Every man's house is his castle* que, na versão de Madison, gerou a Emenda IV da Constituição dos Estados Unidos (Cf. *The Constitution of the United States of America — Analysis and Interpretation*, Johnny H. Killian, editor, Washington, 1987, p. 1.155 e s.).

28. Ver posição doutrinária de Ives Gandra Martins em entrevista dada à “Tribuna da Magistratura”, Ano VII, n. 61, p. 11.

29. Ob. cit., p. 73.

30. Em sentido contrário, Geraldo Prado e William Douglas, ob. cit., p. 75.

nalidade. Daí, penso, a possibilidade dessa interpretação harmônica.

O art. 6.º, como se falou acima, lembra institutos do direito anglo-americano do *plea bargaining* e *plea guilty*. Seu alcance é bem maior do que “arrependimento posterior” do art. 16 do CP. Desde que o agente criminoso ajude a esclarecer, de modo espontâneo, a organização criminosa, tem direito subjetivo de ver sua pena reduzida.

O art. 7.º, creio, contraria os princípios constitucionais bem mais acima considerados, pois impede o juiz de examinar, no caso concreto, da conveniência ou não da liberdade provisória. O mesmo se pode dizer quanto ao art. 9.º, que fala que “o réu não poderá apelar em liberdade, nos casos previstos nesta Lei”. A 6.ª Turma do STJ tem entendido, de modo reiterado, que mesmo no caso de crime de tráfico de drogas (art. 35) ou de crime hediondo, o juiz, para manter custodiado o indiciado ou réu, terá que fundamentar sua decisão em qualquer hipótese.³¹ Não basta invocar secamente o artigo de lei.

O art. 8.º diz que “o prazo máximo da prisão processual, nos crimes previstos nesta Lei, será de cento e oitenta dias”. O prazo, ainda que máximo, pode encorajar muito juiz a largar o indiciado mofando na cadeia por meio ano. Tal autorização legal não deixa, no fundo, de contrariar as regras do processo penal rápido, já incorporadas ao nosso direito positivo através de tratados internacionais.

No relativo ao início do regime prisional, que é o fechado, entendo que, embora possa parecer ilogismo, no nosso sistema, também cabe ao legislador estabelecer lindes para a individualização da pena, podendo, em consequência, fixar o regime prisional inicial. O inciso XLVI do art. 5.º da Constituição, ademais, diz que “a lei regulará a individualização da pena...” Esse tem sido o entendimento do STJ³² e do STF.³³ Alguns doutrinadores, dentre eles Luiz Vicente Cernicchiaro³⁴ e Alberto Silva Franco,³⁵ têm entendimento diferente, com excelentes argumentos.

31. Alberto da Silva Franco, Crimes Hediondos, RT, 3.ª ed., p. 187 e s.

32. REsp n. 45.973, rel. Min. Assis Toledo, DJU de 30.5.94, p. 13.502; REsp n. 10.678, rel. Min. Édson Vidigal, DJU de 30.3.92, p. 10.678; REsp n. 48.860, relator Min. Adhemar Maciel; REsp n. 52.168, rel. Min. Anselmo Santiago; REsp n. 38.862, rel. José Cândido de Carvalho Filho.

33. HC n. 69.603-SP, rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 23.4.93, p. 6.922; HC n. 69.657-SP (decisão plenária), rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 18.6.93, p. 12.111; HC n. 70.296-DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 24.9.93, p. 19.576.

34. Direito Penal na Constituição, RT, 2.ª ed., p. 134 (livro escrito em parceria com Paulo José da Costa Jr.).

35. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, RT, 4.ª ed., p. 239 (livro escrito em parceria com José Silva Jr., Luiz Carlos Betanho, Rui Stoco, Sebastião Oscar Feltrin, Vicente Celso da Rocha Guastini, Wilson Ninno).