

ATIVISMO JUDICIAL E O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO¹

IVENS DOS REIS FERNANDES²

DR. ROGÉRIO MONTAI DE LIMA³

RESUMO

O presente artigo trata da necessidade de se implementar uma visão ativista e realista do Poder Judiciário no combate ao crime organizado, especialmente em razão do constante confronto de direitos e garantias constitucionais quando da atuação estatal na repressão a esse tipo de organismo e o atendimento aos princípios constitucionais da eficiência e proporcionalidade. Dentro dessa conjuntura, apresenta-se um breve relato sobre a criação e forma de atuação das principais facções criminosas do Brasil e organizações criminosas empresariais, contextualizando direitos e garantias fundamentais em consonância com o ativismo judicial em casos práticos de acesso a dados telefônicos quando de prisões em flagrante e o compartilhamento de informações financeiras e fiscais sem prévia autorização judicial.

1 Artigo apresentado ao curso de Curso de Pós- Graduação Lato Sensu em Estudos Avançados sobre o Crime Organizado e Corrupção, da ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA.

2 Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro..

3 Pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa-Portugal. Doutor em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro. Mestre em Direito dos Empreendimentos Econômicos e Mudança Social pela Universidade de Marília-SP.

Palavras-chave: Crime organizado. Combate. Direitos fundamentais. Ativismo judicial. Dados sigilosos. Autorização judicial. Prisão em flagrante.

1 INTRODUÇÃO

A evolução social, a massificação das relações e o próprio incremento tecnológico trouxeram uma nova forma conexão pessoal.

Para além das questões afetas ao trato social e a possibilidade de se estabelecer vínculos entre pessoas com objetivos comuns, todo esse avanço e transformação acabaram por criar maiores e melhores condições para que as organizações criminosas atuem de forma cada vez mais concatenada e às escuras.

Muito embora o Estado busque progredir no combate ao crime organizado, notadamente com a criação de instituições e centros especializados na repressão a essa espécie de ilícito, bem ainda com a edição de legislações específicas, o carácter multifacetado desses grupos e o desenvolvimento diuturno de novas técnicas de execução de atividades ilícitas indicam a necessidade de também se buscar uma nova forma de interpretação da Constituição Federal e leis correspondentes, sobretudo quando presentes direitos fundamentais em confronto.

Para tanto, entende-se que o Poder Judiciário tem papel ativo e de protagonismo no que diz respeito ao combate ao crime organizado, cabendo à ele, em última análise, uma atuação de vanguarda e que vá ao encontro dos preceitos constitucionais de maior relevo e que visem salvaguardar o bem comum.

Partindo dessas premissas, buscar-se-á apresentar, no primeiro capítulo, sucintos apontamentos acerca das principais características das organizações criminosas em seus respectivos campos de atuação, com enfoque nas facções que atuam a partir das unidades prisionais brasileiras e naquelas tendentes à prática dos delitos vulgarmente chamados de “colarinho branco”.

Seguidamente, se apresentará uma breve análise sobre os direitos fundamentais com vistas a tratar do ativismo judicial como

forma de possibilitar a relativização de direitos segundo disposições constitucionais, legais e jurisprudenciais.

Por fim, analisar-se-á as atuais posições dos Tribunais Superiores em relação a pontos sensíveis do combate ao crime organizado, notadamente no que diz respeito ao acesso de dados telefônicos quando da prisão em flagrante, bem como da atual posição do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de se iniciar investigações em razão do acesso a movimentações bancárias e dados fiscais sem prévia autorização judicial, tudo com vistas inculcar a necessidade de uma ótica realista e ativista no trato da questão.

O trabalho será realizado através do método hipotético-dedutivo, alinhado às referências bibliográficas e pesquisas de jurisprudência.

Evidentemente que o presente artigo não tem a pretensão de esgotar o tema, mas sim, provocar uma reflexão acerca da posição a ser adotado pelo Poder Judiciário no combate ao crime organizado e fomentar a discussão sobre a necessidade de se avançar no pró-ativismo judicial.

2 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: BREVES APONTAMENTOS

Remonta aos tempos antigos a existência de grupos de pessoas que, imbuídos de um mesmo propósito e na busca de um objetivo comum, passam a agir de forma conjunta e estruturada. A par da regularidades dessa identidade de intenções, quando os intentos almejados visam a prática de ilícitos penais, emerge a figura da organização criminosa, doravante nominada como ORCRIM.

A criação desses organismos decorre da própria complexidade dos crimes por eles praticados e a necessidade de uma rígida divisão de tarefas segundo as aptidões de cada um dos seus membros. Daí porque, via de regra, os fins pretendidos pelo crime organizado dificilmente seriam alcançados sem a existência dessa complexa estrutura.

A busca de lucros altíssimos e a utilização dos mais variados aparatos tecnológicos para a consecução dos seus objetivos também evidencia a necessidade de grande aporte financeiro, o que deixa

ainda mais evidente o fatiamento do crime organizado segundo determinados núcleos de atuação.

Não raras vezes, no âmbito de uma organização criminosa, verifica-se a existência de núcleos de direção, execução ou operacionais e de financiamento, além daqueles que visam o “branqueamento” de capitais, com o fim de tornar lícito o lucro proveniente de ações criminosas.

Na prática, uma das principais particularidades das organizações criminosas é a estrutura hierárquico-piramidal, com a clara divisão cargos e tarefas. Estabelece-se, no seu âmbito, uma relação de subordinação e ajuda mútua entre os diferentes segmentos que integram o grupo criminoso. Ao mesmo tempo em que existe uma divisão de trabalho, há em jogo uma comunhão de interesses, com a interdependência entre seus membros para obterem a maior receita possível com a realização dos crimes.⁴

Aliás, é possível identificar tal particularidade desde o marco inicial da atuação das ORCRINS⁵ no mundo, notadamente a máfia italiana.

A Cosa Nostra, principal grupo da época, era organizado de forma eminentemente piramidal, com cargos funcionais bem definidos e estruturados sob clara e indivisível hierarquia. Na cadeia de funções, destacava-se a figura do Chefe ou Dom, presente no topo da pirâmide funcional da organização criminosa, cabendo a ele as decisões mais relevantes, sobretudo quanto ao gerenciamento da organização. Seguidamente, apareciam o Subchefe e Conselheiro, cabendo ao primeiro a fazer valer as determinações da chefia e o comando dos demais integrantes do grupo. O Conselheiro desenvolvia o papel de assessoramento e aconselhamento da chefia. O Capo ou Gerente funcionava como responsável por uma das várias células da organização, sendo sua competência definida de acordo com o ilícito penal de sua responsabilidade. Aos Soldados eram direcionadas a execução das ações delituosas, inclusive o acerto de contas. Por fim, os Parceiros ou Associados eram grupos compostos por juizes, promotores, políticos e grandes empresários, que muito embora não integrassem diretamente a organização, mantinham com ela laços de mútua assistência, exter-

4 CERVINI, Raúl. Crime Organizado: enfoque criminológico, jurídico (lei 9.034/95) e político-criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 221.

5 Organizações criminosas.

nando a clara conexão da ORCRIM com o poder público.⁶

As organizações criminosas também se caracterizam pela utilização de violência como

forma de intimidação, pelo clientelismo⁷ e a imposição da lei do silêncio como formas basilares de ocultação das suas atividades.

Aliás, a *omertá*, termo italiano para a chamada lei do silêncio, é direcionada tanto aos integrantes do grupo criminoso quanto para as demais pessoas, impondo aos que não a cumprem, as mais severas sanções, inclusive a morte.

Ao pontuar algumas das principais características das organizações criminosas, Guaracy Mingardi, citado por Cláudio Leite Clementino, dispõe:

Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da Lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território.⁸

Outra particularidade das ORCRINS é o seu alto poder de corrupção e cooptação, isso em decorrência dos altíssimos valores movimentados com a prática dos mais variados delitos. Parte-se da premissa de que o apoio de agentes públicos facilita sobremaneira a manutenção das ações criminosas, seja mediante participação direta ou indireta nas práticas ilícitas, ou atuando de forma a inviabilizar investigações e o consequente desmantelamento do grupo criminoso.

Destaca-se, de igual maneira, a necessidade de domínio territorial com vistas a estabelecer o monopólio das atividades ilegais.

6 Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2335/origem-desenvolvimento-crimeorganizado>. Acessado em: 19 Nov. 2019.

7 Aqui entendido como o vínculo estabelecido entre o membro e a facção criminosa. Os integrantes e seus familiares são usualmente auxiliados pela facção em grande parte de suas necessidades, sobretudo em casos de transferências do preso para outras unidades prisionais.

8 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65909/breves-consideracoes-sobre-as-organizacaoes-criminosas/2>. Acesso em: 18 Nov. 2019.

Tais características são ínsitas à criminalidade organizada conceituada como tipo mafioso ou tradicional.

No Brasil, as organizações criminosas tradicionais são identificadas como facções criminosas.

O intelectual francês Alexis de Tocqueville, em 1838, ante-endo o que estava por vir, em trabalho sobre o sistema carcerário norte-americano disse que existe entre nós, neste momento, uma sociedade organizada de criminosos, uma pequena nação no seio da grande. Quase todos se conheceram nas prisões ou nela se encontram. São membros dessa sociedade que hoje importa dispersar.

As facções criminosas brasileiras tiveram origem nas unidades prisionais a partir dos anos 60 e 70.

Chamada inicialmente de Falange Vermelha, presos cariocas recolhidos no Instituto Penal Cândido Mendes, mais conhecido como Presídio da “Ilha Grande” ou “Caldeirão do Diabo”, criaram o Comando Vermelho - CV, entre 1969 e 1975. Os detentos se insurgiam contra as condições sub-humanas a que estavam submetidos, seja por imposição do próprio sistema carcerário ou por outros presos. Ainda quanto à origem do CV, supõe-se como principal momento o encontro entre presos comuns e presos políticos, ocorrido na galeria B do Presídio de “Ilha Grande”.⁹

Camila Caldeira Nunes Dias, citando Edmundo Campos Coelho, argumenta que a convivência entre presos comuns, notadamente de assalto a bancos, e os presos políticos, tenha sido de peculiar importância para a criação da facção criminosa. Entretanto, acentua que as demarcações que o próprio Estado estabelecia entre os dois grupos criava algumas tensões e disputas.¹⁰

Mas a despeito de uma aparente instabilidade, a capacidade de planejamento dos presos comuns que cumpriam pena por roubo a bancos, aliada à disciplina e espírito de companheirismo dos presos políticos, acabou por criar um vínculo de respeito e deferência. A partir de então, a troca de experiências fez nascer uma forma de atuação dos detentos no interior das unidades prisionais.

9 FERRAZ, Cláudio Armando. Crime organizado: diagnóstico e mecanismos de combate. Rio de Janeiro, 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia) - Escola Superior de Guerra. p. 24.

10 DIAS, Camila Caldeira Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão: a “crise carcerária” como projeto político. Friedrich Ebert Stiftung Brasil, São Paulo, junho 2017. p. 19.

Nos anos 80, o CV passa a atuar nos morros cariocas, organizando o comércio de substâncias entorpecentes no Rio de Janeiro, inclusive com a demarcação de territórios. A facção criminosa ganha projeção nacional e passa a atuar na prática de vários delitos.

Em São Paulo, no dia 31 de agosto de 1993, nasce o Primeiro Comando da Capital.

Segundo relatos, a maior facção criminosa atuante no Brasil foi criada no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, também conhecido como “Piranhão”, umas das mais rígidas unidades prisionais da época. Oito presos, oriundos da capital paulista, foram recolhidos em Taubaté em razão de problemas disciplinares. Durante um jogo de futebol, o time dos presos oriundos de São Paulo passou a ser chamado de Comando da Capital. Especula-se que em razão de uma briga ocorrida durante a partida, com a intenção de livrarem-se de punições, os detentos resolveram estipular um pacto de confiança.

Posteriormente, surgiu a ideia da criação de uma fraternidade de detentos com o intuito de combater a opressão do sistema penitenciário e evitar eventos como o conhecido “massacre do Carandiru”, quando em 02 de outubro de 1992, na extinta Casa de Detenção do Carandiru, a rebelião no pavilhão 9 acabou com a morte de 111 (cento e onze) detentos. Partiu-se, assim, do princípio de que uma organização hierárquica evitaria embates internos, afastando novas ações de repressão por parte do Estado.

Com a massa carcerária sob seu comando e impondo radicalmente sua máxima de solidariedade, a organização paulista alcançou os mesmos êxitos da facção carioca.

Com o tema absoluto de “LIBERDADE, JUSTIÇA E PAZ” e fazendo indicação expressa ao tratamento dispensado aos presos em Taubaté e ao “massacre do Carandiru”, foi redigido o primeiro Estatuto do PCC, em 1997.¹¹

Em 2011, já estruturado e defendendo a luta pela “PAZ, JUSTIÇA, LIBERDADE, IGUALDADE E UNIÃO”, nasce um novo estatuto com 18 (dezoito) itens, dentre os quais se impõe deveres de conduta dos seus integrantes e fixa penas, inclusive capitais, aos traidores e oportunistas.¹²

11 Disponível em: https://faccapcc1533primeirocomandodacapital.org/regimentos/estatuto_faccapcc_1533_1997_primeiro_comando_da_capital/. Acessado em: 30 Nov. 2019.

12 Disponível em: https://faccapcc1533primeirocomandodacapital.org/regimentos/estatuto_do_primeiro_comando_da_capital_faccapcc_1533/. Acessado em: 30 Nov. 2019.

Atualmente, segundo dados não oficiais, o PCC possui 17 mil membros no Estado de São Paulo e entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) mil espalhados em outras unidades da Federação e países vizinhos. Estima-se que a facção criminosa movimente algo próximo a 400 (quatrocentos) milhões de reais por ano.

A facção criminosa Família do Norte - FDN, ganhou notoriedade em 2017 após o massacre ocorrido no Complexo Penitenciário Anísio Jobim - COMPAJ, quando 56 (cinquenta e seis) detentos foram mortos com requintes de crueldade. A chacina capitaneada pela FDN só foi menor do que a ocorrida no Carandiru.

Nascida em 2006 no Presídio da Compensa, em Manaus-AM, atualmente conta com 20 mil membros cadastrados e comanda a rota dos solimões, principal porta de entrada da cocaína produzida no Peru, Colômbia e Bolívia.

Atualmente a FDN é a terceira maior facção criminosa do Brasil, somente atrás do PCC e CV.

Destaca-se, ainda, a existência de facções criminosas menores, tais como o Terceiro Comando - TC, criado nos anos 90 como contraponto ao CV. Os Amigos dos Amigos - ADA, surgiram nos presídios cariocas como o braço direito do TC, com vistas a diminuir o poder do CV. A facção era formada eminentemente por ex-militares, ex-policiais expulsos da corporação e traficantes. O Terceiro Comando Puro - TCP, nasceu em 2002 a partir de uma dissidência do TC.

Levantamentos realizados a partir de relatórios elaborados por Comissões Parlamentares de Inquérito, mapeamentos mais recentes divulgados por estudiosos do tema e baseado em cruzamentos de dados dos serviços de inteligência da Polícia Federal e secretarias de segurança pública estaduais, há no Brasil pelo menos 83 (oitenta e três) facções criminosas, a maioria com atuação estadual e local.¹³

Segundo o Anuário brasileiro de Segurança Pública¹⁴, a distribuição das facções criminosas no Brasil está assim identificada:

13 Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brasil-tem-pe-lo-menos-83-fac%C3%A7%C3%B5es-empres%C3%ADdios/a-37151946>. Acessado em: 19 Nov. 2019.

14 Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf. Acessado em: 19 Nov. 2019.



Além das facções criminosas, existem as organizações tipificadas como empresariais.

Nessa espécie de ORCRIM, há necessidade da intervenção de agentes políticos do Estado, porquanto o seu ramo de atuação difere das organizações do grupo tradicional. Aqui, o organismo apresenta uma estrutura empresarial que visa apenas e tão somente o lucro dos seus integrantes. Via de regra, atuam nos chamados crimes do “colarinho branco” e não lançam mão de violência física ou intimidação na busca dos seus objetivos.

As ações penais que julgaram o escândalo do mensalão e a Operação Lava-Jato evidenciaram, cada qual ao seu modo, a forma de atuação desses grupos, evidenciando-se um intrincado esquema de obtenção e divisão de lucros a partir de fraudes em licitações, superfaturamentos e desvios, bem como um avançado esquema de branqueamento de capitais.

No campo legislativo, muito embora a atuação das organizações criminosas no Brasil venha de longa data, somente em 03 de maio de 1995, com a edição da Lei 9.034, essa modalidade de ação passou a ser tratada de forma específica. Todavia, além de não apresentar uma definição para o instituto, o legislador acabou por equipará-lo com o crime de quadrilha ou bando, o que tornou, de certa forma, inócuo o novo regramento quanto ao seu alcance.

Posteriormente, a Lei 10.217, de 11 de abril de 2001, permitiu uma diferenciação entre quadrilha ou bando e organizações ou associações criminosas de qualquer tipo, contudo, deixou novamente de conceituar o que seria organização criminosa.

Com a entrada em vigor da Lei 12.694, de 24 de julho de 2012, criou-se a possibilidade de julgamento colegiado, em primeiro grau, nos processos ou procedimentos que tivessem por objeto crimes praticados por uma organização criminosa, atribuindo-lhe, pela primeira vez, uma conceituação legal. Saliente-se que o regramento não criou a figura delitiva da “organização criminosa”, mas somente lhe deu definição para fins processuais.

Hodiernamente, segundo a disposição contida no § 1º, do artigo 1º da Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A conceituação legal, além de suprir inconcebível omissão das legislações anteriores, inclusive no que pertine à tipificação da conduta, tratou de abarcar as principais características dos grupos voltados à práticas delitivas variadas.

Mas a despeito da evolução legislativa e a adoção de avançadas técnicas de investigação no combate ao crime organizado, não há dúvidas quanto a necessidade de um olhar diferenciado do Poder Judiciário quando da análise de direitos fundamentais dos seus integrantes, isso em razão da evidente diferenciação do atuar da criminalidade de massa e do crime organizado.

Nesse contexto, a análise da possível relativização de direitos fundamentais quando confrontados direitos individuais e coletivos toma corpo para que se busque, dentre de um juízo de proporcionalidade e eficiência, salvaguardar o melhor direito.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ATIVISMO JUDICIAL

Os direitos individuais inerentes ao homem e oponíveis ao Estado, surgiram no fim do século XVIII, com as declarações de direitos na França e nos Estados Unidos.

Na antiguidade grega e romana não se cultuava ideia de direitos fundamentais, muito embora já se falasse em dignidade e igualdade. A *polis* grega e a *civitas* romana viam o homem na sua dimensão individual; a liberdade do cidadão não era tida como direito autônomo e se exteriorizava na sua capacidade de se integrar no Estado.¹⁵

As parábolas de Jesus foram o marco inicial para a consecução dos direitos fundamentais, ao pregar a igualdade entre os homens.

A Constituição inglesa da época medieval respeitava a vida, as garantias processuais e a administração da justiça, contudo, os direitos fundamentais se limitavam à concessões ou privilégios para a igreja, nobreza, corporações, deixando de reconhecer direitos universais.

Aliás, os direitos fundamentais somente ganharam universalidade com a Revolução Francesa de 1789. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no mesmo ano, em seu artigo 16, dispunha que toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação de Poderes não tem Constituição.

Todavia, somente no Século XX, após a Segunda Gera Mundial, se deu início à internacionalização dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos nas Nações Unidas, em seu artigo 29, dispõe:

15 CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Didático. 5ª ed. Rev. E ampl. - Belo Horizonte: DelRey, 1997. p. 195.

toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de se conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

O artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, assim determina:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as garantias e dentro de um prazo razoável

por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

A partir daí, a ideia basilar partia da premissa de que não se poderia falar em uma sociedade democrática sem que se tutelasse e se abarcasse uma estrutura de direitos fundamentais. Para tanto, não bastava o surgimento material de uma estrutura de direitos fundamentais, era necessário que esses direitos fossem efetivamente colocados à disposição de quem por eles deveria ser protegido, garantido-lhe, ainda, plena eficácia.

Vencida essa breve explanação histórica, importante se pontuar acerca do conteúdo dos direitos fundamentais.

Em sentido próprio, os direitos fundamentais têm o condão de salvaguardar o cidadão frente ao Estado e a outros cidadãos. Assim nominados, possuem superioridade hierárquica para modular e nortear toda a legislação ordinária.

Nas palavras de Lilian Márcia Balmant Emerique¹⁶, os direitos fundamentais funcionam como verdadeiros alicerces de uma comunidade política e juridicamente organizada através de uma Constituição.

Ainda nessa seara, segue a autora:

Os direitos fundamentais, de acordo com o princípio da aplicabilidade imediata, requerem dos poderes públicos os meios necessários para que alcancem a maior eficácia possível, concedendo-lhes efeitos reforçados em relação às demais normas constitucionais, pois tal comando é um dos pilares da fundamentalidade formal dos ditos direitos no âmbito da Constituição. Assim, os direitos fundamentais são dotados, em relação às demais normas constitucionais, de maior aplicabilidade e eficácia, embora isso não signifique que não existam distinções quanto à graduação dessa aplicabilidade e eficácia, conforme a forma de positivação, do objeto e da função desempenhada por cada comando. Caso essa condição privilegiada fosse negada aos direitos fundamentais, acabar-se-ia, em última instância, negando-lhes a própria fundamentalidade.¹⁷

Não obstante a existência de certa divergência, tradicionalmente, fala-se na existência de três dimensões dos direitos fundamentais.

São direitos de primeira dimensão aqueles que se vinculam à ideia dos direitos individuais e políticos clássicos. São enquadrados nessa dimensão os direitos à vida, à liberdade, à propriedade privada e à igualdade.

Os direitos de segunda dimensão referem-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, decorrentes da industrialização e dos problemas sociais verificados à época.

Themistocles Brandão Cavalcanti, referindo-se aos direitos fundamentais de segunda geração, assim argumenta:

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas de convivência internacional. Entre dos direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o

16 EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. Direito Fundamental como oposição política — Discordar, fiscalizar e promover alternância política. Curitiba: Juruá, 2006. p. 109. 17 Ibidem. p 126.

seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.¹⁷

Já os direitos de terceira dimensão externam-se primordialmente no direito à paz, ao desenvolvimento, meio ambiente, qualidade de vida, autodeterminação dos povos, direito à comunicação, entre outros.

O reconhecimento de uma terceira geração de direitos não deve, contudo, levar ao entendimento de que as categorias de direitos humanos sejam antinômicas. De fato, os direitos individuais, políticos, sociais, coletivos e os de solidariedade, historicamente mais recentes, interagem e se complementam sem concorrerem ou se excluírem mutuamente. Quer-se com isto dizer que os direitos humanos são indivisíveis, porque todos eles são inerentes e convergentes à pessoa humana, e a realização plena, por exemplo, dos direitos civis e políticos é impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Foi o que, a propósito, constou da Declaração de Viena, aprovada na II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993):

“Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase?”¹⁸

Influenciado pela evolução política e dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides¹⁹ defende que os avanços tecnológicos, o pluralismo político, informação, sedimentação do modelo político-democrático e o próprio futuro da cidadania são tidos como uma quarta geração de direitos. Ainda nas palavras do autor, o direito à paz, individualmente considerado e como condição essencial para o desenvolvimento de todas as nações, externaria uma quinta dimensão de direitos fundamentais.

17 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Princípios gerais de direito público. 3. ed. Rio de Janeiro, 1966. p. 202, in MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 26.

18 CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional Didático. 5ª ed. Rev. E ampl. - Belo Horizonte: DeiRey, 1997. p. 290.

19 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 570-572.

Nessa linha de pensamento, verifica-se que os direitos fundamentais são as bases mestras que se aliam à dignidade humana, tomando-se invioláveis e precipuamente protegidos pelo Estado. A concretização dos direitos fundamentais integra a própria essência do Estado constitucional, evidenciando-se como elemento principal da Constituição material.

Samuel Arruda Miranda, ao comentar os direitos fundamentais, revela que tais direitos acompanham a evolução da sociedade, de forma a seguir constituindo, ao longo dos tempos, cláusulas atuais que resguardam a humanidade contra as renovadas formas de arbítrio e agressão a bens jurídicos relevantes e com dignidade fundamental.²⁰

No Brasil, os direitos fundamentais foram firmemente tutelados a partir da Constituição Federal de 1988, que em seu preâmbulo, assim dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O artigo 5º da Constituição Federal do Brasil contempla que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A par das disposições constitucionais acerca dos direitos e garantias constitucionais, a Carta de 1988 também alçou o Poder Judiciário a outro patamar, atribuindo-lhe papel preponderante enquanto guardião da Constituição Federal e ente responsável por assegurar o cumprimento das garantias constitucionais.

20 MIRANDA, Samuel Arruda. O direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 28.

Ao menos nas últimas décadas, a constitucionalização do Direito acabou por impor ao Poder Judiciário uma função política, notadamente em razão da judicialização de direitos sociais e políticos no afã de promover a defesa de direitos subjetivos. Assim, os órgãos judiciais, sobretudo o STF, têm decidido as mais diversas controvérsias de ordem constitucional, inclusive no que pertine aos direitos fundamentais.²¹

E nesse ponto, tratando-se especificamente do combate às ORCRINS, emerge relevante indagação a ser feita: se o crime organizado atua de forma plurifacetada, tornando absolutamente impossível prever, em textos de lei, todas as circunstâncias aptas a identificá-lo e contê-lo, qual o papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos individualmente considerados, quando em confronto com o bem comum?

A resposta, por certo, não é simples.

A proteção dos indivíduos por meio de direitos e garantias não opera com qualquer distinção, ou seja, é assegurada à universalidade de pessoas e imposta ao Estado sem considerar a espécie de criminalidade instituída pela ação das ORCRINS.

Contudo, diante dessa nova realidade, os próprios mecanismos legais de combate ao crime organizado devem ser diferenciados, tanto que a própria Lei 12.850/13 contempla diversas técnicas de investigação, algumas reconhecidamente invasivas e relativizadoras de direitos.

Mas ainda assim, o caráter mutante e a impessoalidade das ações ilícitas praticadas no âmbito do crime organizado podem culminar na necessidade de adentrar em campo tormentoso e que suplanta a simples análise quanto ao cabimento e utilização dos meios legais de investigação. Desta feita, não raras vezes, a produção de elementos de prova pode decorrer de situações não contempladas em lei ou em disposições legais antagônicas, mas que, indubitavelmente, mostram-se de vital importância para combater as organizações criminosas.

Nessa quadra, sobretudo no âmbito dos Tribunais Superiores, emerge a necessidade de uma nova interpretação quando da análise

21 LIMA, Rogério Montai de. Constitucionalismo de transição e transformação: uma interface com a judicialização e ativismo judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 77.

se de casos cuja proteção constitucional apresente um confronto interno, tal como ocorre, por exemplo, na proteção a direitos individuais em detrimento de direitos coletivos, não se olvidando que a questão está adstrita ao combate ao crime organizado.

A esse respeito, a legitimação do Poder Judiciário como verdadeiro integrante da construção do Direito advém da necessidade de valoração de conceitos normativos cuja abrangência está adstrita a um critério interpretativo, tal como a amplitude dos termos intimidade, dignidade e privacidade.

Luiz Roberto Barroso²², ao examinar a questão sob o prisma de atuação do STF, salienta que a Suprema Corte, nos limites do que contempla o ordenamento jurídico, deve estar atenta às consequências de suas decisões, inclusive no âmbito político, com o fim de afastar a possibilidade de se adotar entendimentos injustos ou que afrontem o bem comum e os direitos fundamentais.

Importa ressaltar que as posições adotadas pelo STF acabam por direcionar as instâncias inferiores, até porque “em tempos de Jurisdição Constitucional, é certo que a supremacia da Constituição Federal em face da lei coloca o órgão incumbido da jurisdição constitucional em um papel destacado e diferenciado”.²³

Em decorrência dessa verdadeira realidade, surge a concepção de atuação do Poder Judiciário com base no ativismo judicial.

O fenômeno do ativismo judicial surgiu a partir de decisões proferidas na justiça americana.

Segundo Rogério Montai de Lima:

A palavra “ativismo” foi usada pela vez primeira por Arthur Schlesinger, em janeiro de 1974, em artigo publicado numa revista popular, no qual ele traçava um perfil dos nove juízes da Corte Suprema nos Estados Unidos, classificando os juízes Black, Douglas, Myrphy e Rutlege como “ativistas judiciais, por desempenharem um papel ativo na promoção do bem-estar social.Op. citi. p. 93-94.²⁴

22 BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista da EMARF, Cadernos Temáticos, Rio de Janeiro, dez 2010. p. 405.

23 MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de . Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabris ed, 2012, p. 16.

24 Op. citi. p. 93-94.

Quanto às origens do ativismo judicial, Luís Roberto Barroso assinala:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norteamericana.

Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação inverteu-se completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).²⁵

Mayra Marinho Miarelli e Rogério Montai de Lima conceituam ativismo judicial no seguinte sentido:

Por “ativismo judicial” entende-se o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes a formulação da própria lei. Diante de necessidades novas em que a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que foram uma determinada interpretação do texto de lei é o momento em que o esforço do interprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.²⁶

²⁵ Op. cit. p. 394-395.

²⁶ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de . *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabris ed, 2012, p. 09.

O ativismo judicial confere ao operador do direito uma atuação proativa e uma forma expansiva de interpretação da Constituição Federal, com vistas a aprimorar o sentido e alcance de suas disposições para além do proceder ínsito ao legislador ordinário.²⁷

Em outras palavras, atribui ao Poder Judiciário uma participação direta na proteção dos direitos fundamentais por meio de um verdadeiro controle sobre a atuação dos demais poderes, sobretudo quanto a temas não enfrentados pelas vias legais.²⁸

Para Luís Roberto Barroso:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista manifesta-se por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²⁹

Rogério Montai de Lima³⁰ observa duas características essenciais ao ativismo judicial:

a primeira, refere-se ao comportamento dos juízes em relação à salvaguarda e efetivação dos direitos sociais; e a segundo diz respeito à insatisfação social com a ausência de disposições legais que concretizem direitos constitucionalmente tutelados, fazendo com que a sociedade busque no Poder Judiciário a solução de determinados conflitos.

27 BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista da EMARF, Cadernos Temáticos, Rio de Janeiro, dez 2010, p. 404.

28 LIMA, Rogério Montai de. Constitucionalismo de transição e transformação: uma interface com a judicialização e ativismo judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 91.

29 Op. cit. p. 394.

30 Op. cit. p. 93.

Aliás, é de vital importância distinguir duas espécies de ativismo, quais sejam: o ativismo inovador e o ativismo revelador. O primeiro caracteriza-se quando o magistrado busca substituir o legislador, imiscuindo-se nesse papel, criando uma norma não existente ou não contemplada. Há, no caso, indevida interferência judicial na esfera de atuação do Poder Legislativo. Lado outro, o ativismo revelador ocorre quando o Poder Judiciário estabelece uma nova diretriz a partir de valores e princípios constitucionalmente tutelados, com o único intuito de dar novo entendimento a um direito ou garantia já existente ou em razão de uma regra lacunosa.³¹

Na esteira da ideia referente ao ativismo revelador, destaca-se a necessidade de diferenciá-lo da chamada judicialização da política. Esta acaba por externalizar verdadeira delegação da autoridade de decisão dos outros poderes constituídos para o Poder Judiciário, normalmente envolvendo temas polêmicos e naturalmente controversos, a fim de se estabelecer, por via outra que não a lei, determinadas diretrizes a serem seguidas pelos demais poderes.³² Já no ativismo judicial, o Poder Judiciário não cria novos regramentos, mas sim, interpreta normas já existentes segundo um novo contexto.

Luís Roberto Barroso, com maestria, diferencia os institutos no seguinte sentido:

A judicialização e o ativismo são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas mediadas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva³³

31 SIMIONATO, Manoelle Brasil Soldati. Poder Judiciário: O Protagonismo em destaque. In: ESCOLA DA MAGISTRATURA DE SANTA CATARINA. 2013. p. 03.

32 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial>. Acesso em: 18 Nov. 2019.

33 Op. cit. p. 393-394.

Evidentemente que a classe política, no mais das vezes, omite-se em determinados temas reconhecidamente impopulares, repassando ao Poder Judiciário a necessidade de análise, até porque, ao juiz não é possível eximir-se de decidir em razão de lacunas legais, ainda que intencionais.

Verifica-se, pois, que o ativismo judicial tem lugar para assegurar o cumprimento das disposições constitucionais mediante a interpretação de textos normativos.

O STF, em várias oportunidades, já adotou o ativismo judicial para a solução de casos de grande repercussão, a saber: pesquisas de células tronco embrionárias (ADI 3510/DF); liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS); interrupção da gestação de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF); restrição do uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante n. 11); legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula n. 13).³⁵

Importante notar que a Corte interpretou a constituição de forma proativa, inclusive para atribuir maior rigidez a determinadas situações, tal como no caso do nepotismo, e atribuir supremacia a um ou outro direito fundamental em conflito (aborto).

No campo específico do combate ao crime organizado, mostra-se necessária a correta análise de alcance e incidência dos direitos fundamentais individualmente considerados, notadamente porque estes, obviamente, também socorrem aqueles que não integram as ORCRINS. Demais disso, não se pode olvidar que a manutenção da ordem e a segurança pública, aqui representada pela imperativa preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, também estão devidamente tutelados no texto constitucional.

Com efeito, o ativismo judicial mostra-se como importante ferramenta para a adoção de posições jurídicas tendentes a acompanhar de forma realista as mudanças inerentes à formação, manutenção e consecução dos objetivos das organizações criminosas.

O atual sistema constitucional não contempla direitos e garantias de caráter absoluto, encontrando seus limites, cada qual, em outros direitos também constitucionalmente previstos.

Para Ada Pellegrini Grinover:

Em sede jurisprudencial, há muito o STF vem reafirmar do tal posicionamento.

(MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086).³⁵

35 http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823452%2EENUME%2E+OU+23452%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y_4vo7ijt

cionalidade somente em seu aspecto negativo, ou seja, para restringir a ação do Estado.

É que, indubitavelmente, não seria crível evocar direitos e garantias individuais em favor de quem pratica ilícitos penais, desde que umbilicalmente ligados ao próprio delito.

Nesse sentido, para que se possa avançar no combate ao crime organizado, faz-se necessária avançar na interpretação de direitos e garantias. Para tanto, a fim de externar uma nova visão sobre o tema, analisar-se-á, doravante, duas situações de reconhecida relevância.

4.1 ACESSO A DADOS TELEFÔNICOS NAS PRISÕES EM FLAGRANTE

Tal como já referenciado, as principais facções criminosas atuantes no Brasil tiveram origem nas unidades prisionais. Hodiernamente, grande parte das lideranças estão segregadas, seja no sistema comum ou em presídios federais, contudo, ainda assim, continuam a comandar as ações praticadas por seus integrantes.

Para tanto, contam com um avançado sistema de comunicação a partir das unidades prisionais.

Noticia-se que o canadense David Spencer, ex-membro do Movimento da Esquerda Revolucionária do Chile - MIR e condenado pelo sequestro do empresário Abílio Diniz, durante o período em que esteve preso no Complexo Penitenciário do Carandiru, mais precisamente em 1998, tornou-se próximo do alto escalão do PCC. David, então, ajudou a montar um sistema de comunicação via telefone celular para que os membros da facção pudessem conversar entre si. Um sistema de PABX foi instalado na residência de parentes dos presos e a possibilidade de comunicação direta revolucionou os negócios da ORCRIM. Com o tempo, o avanço tecnológico possibilitou que a alta cúpula da facção discutisse com os demais integrantes que estivessem soltos ou recolhidos em outras unidades prisionais, a prática de ações coordenadas e tudo o que mais lhes interessasse. Os telefones entravam nas cadeias por meio de servidores corruptos ou através dos visitantes.³⁶

Seguindo a rotina de coordenar suas ações por meio de

36 Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/celular-a-arma-que-mudou-o-pcc/>. Acesso em: 21 Nov. 2019.

comunicações via telefone celular, em 2001 o PCC protagonizou sua primeira megarrebelião, alcançando simultaneamente 29 (vinte e nove) unidades prisionais no Estado de São Paulo. Na ocasião, os presos esenderam bandeiras e faixas com a sigla “PCC”, seu símbolo “15.3.3” e seu lema “Paz, Justiça e Liberdade”. Em 2006, uma nova megarrebelião do PCC ficou conhecida como os “ataques de maio de 2006”, quando 74 (setenta e quatro) unidades paulistas se rebelaram. Na ocasião, a facção criminosa reivindicava a autoria de dezenas de ataques às forças de segurança do Estado de São Paulo e a alvos civis.³⁷

Até hoje, lamentavelmente, o quadro é o mesmo.

A recorrente apreensão de celulares no interior dos presídios indica claramente que as facções criminosas, através de grande parte de suas lideranças, ainda exercem poder de comando sobre seus subordinados, ordenando o cometimento de crimes e gerenciam seus negócios a partir de suas celas. Via de consequência, os faccionados que estão soltos acabam por receber orientações e ordens dessas lideranças. A partir daí, desencadeia-se a prática direta dos delitos.

Nessa ordem, quando presos em flagrante, invariavelmente, os criminosos têm seus telefones celulares apreendidos.

Via de consequência, cientes de que os dados existentes nos aparelhos são potenciais fontes de prova, especialmente quanto à autoria indireta do delito³⁸, autoridades policiais passaram a acessar os dados existentes nos telefones apreendidos.

Levada a questão aos Tribunais Superiores, no âmbito do STF, o tema será julgado em

Repercussão Geral (Tema 977), decorrente do ARE 1042075.³⁹

Contudo, no julgamento do HC 168052, atualmente suspenso em razão de pedido de vistas da Ministra Cármen Lúcia, o relator do feito, Ministro Gilmar Mendes, apresentou voto considerando ilícita a prova decorrente do acesso a dados de celular sem prévia autorização judicial.

37 DIAS, Camila Caldeira Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão: a “crise carcerária” como projeto político. Friedrich Ebert Stiftung Brasil, São Paulo, junho 2017. p. 21-22.

38 Aqui considerado o agente que funciona como mentor ou mandante da ação criminosa.

39 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281042075%2ENUME%2E+OU+1042075%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/yxb6n4ur>. Acessado em: 21 Nov. 2019.

Segundo informação contida no endereço eletrônico do STF:

O relator explicou que o caso trata dos limites da proteção aos dados registrados em aparelho celular por meio de aplicativos de troca de mensagens e da inviolabilidade de domicílio. Sobre esse tema, o ministro Gilmar Mendes lembrou que a jurisprudência do Supremo era no sentido de que a inviolabilidade das comunicações não se aplicava aos dados registrados, mas apenas às trocas de informações privativas (comunicações), adotando uma interpretação mais estrita da norma contida no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal. Ele citou, como exemplo, o HC 91867, de sua relatoria. Contudo, segundo o relator, a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, a promulgação de novas leis e o significativo desenvolvimento das tecnologias da comunicação, do tráfego de dados e dos aparelhos smartphones leva, nos dias atuais, a solução diferente. “Penso que se está diante de típico caso de mutação constitucional”, afirmou.

Ele destacou que, no âmbito infraconstitucional, a norma do artigo 7º, inciso III, do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) é elucidativa ao prever a inviolabilidade e o sigilo das comunicações privadas armazenadas (dados armazenados), salvo por ordem judicial. “Entendo que o avanço normativo nesse importante tema da proteção do direito à intimidade e à vida privada deve ser considerado na interpretação do alcance das normas do artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal”, ressaltou. Ainda segundo Mendes, tão importante quanto a alteração do contexto jurídico é a “impactante” transformação das circunstâncias fáticas. “Houve um incrível desenvolvimento dos mecanismos de comunicação e armazenamento de dados pessoais em smartphones e telefones celulares na última década”, destacou. Ele lembrou que, a partir de telefones celulares, é possível, na atualidade, localizar e fazer o reconhecimento facial de suspeitos. “Esses avanços tecnológicos são importantes e devem ser utilizados para a segurança pública dos cidadãos e a elucidação de delitos. Contudo, deve-se ter cautela, limites e controles, para não transformar o Estado policial em um Estado espião e onipresente”, ponderou.

Portanto, embora considere possível o acesso aos dados contidos em aparelhos celulares, uma vez que não há norma absoluta de proibição da visualização do seu conteúdo, o ministro revisou seu entendimento anterior para assentar que o acesso

deve ser condicionado a prévia decisão judicial. Em relação à inviolabilidade de domicílio, o relator destacou que o STF já declarou, em inúmeros precedentes, a ilicitude de provas obtidas com a violação a esse direito fundamental. “A violação à referida norma deve acarretar a nulidade dos elementos de prova eventualmente colhidos”, afirmou. “O acesso direto a aparelhos telefônicos e à residência de suspeitos sem autorização judicial, fora das hipóteses de flagrante e sem a adoção de procedimentos bem delimitados que garantam a observância dos direitos fundamentais dos indivíduos também conflita com o direito fundamental à não autoincriminação”.

No caso dos autos, o relator concluiu pela ilicitude das provas que deram origem à apuração e de todo o processo penal, tendo em vista que a apreensão das drogas e da arma, que levou à condenação, somente ocorreu após o acesso indevido ao celular e o ingresso desautorizado residência do indivíduo. Assim, votou pelo trancamento da ação e a absolvição do condenado.⁴⁰

No STJ, a posição adotada é de reputar ilegal a prova obtida por meio de acesso a dados constantes em celular de pessoas presas em flagrante, salvo em caso de prévia autorização judicial:

Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial (AgRg no HC 499.425/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2019, DJe 14/6/2019).⁴¹

Muito embora os fundamentos apontados tenham suporte constitucional, a realidade vivenciada no combate ao crime organizado recomenda uma nova interpretação dos regramentos aplicáveis.

40 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413786>. Acessado em: 21 Nov. 2019.

41 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=499425&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acessado em: 21 Nov. 2019.

Inicialmente, no campo da persecução penal, a própria legislação atribuiu ao Delegado de Polícia a adoção de várias medidas originárias e dissociadas de intervenção externa, tais como a prisão em flagrante, arbitramento de fiança nos casos permitidos em lei, requisição de perícias e dados cadastrais entre outras.

No âmbito específico do acesso a dados de celulares apreendidos quando da prisão em flagrante, tem-se que a obtenção de informações decorre da própria atividade investigativa e desponta como medida importante, senão imprescindível na busca de elementos de prova.

Henrique Hoffmann⁴² explica que o acesso a dados pela autoridade policial não é levado a efeito por mera curiosidade e não torna público o seu conteúdo, ou seja, as informações acessadas não provocam a sua publicização por parte do Estado e permanecem em segredo para terceiros. Salienta, ainda, que tais dados não estão acobertados por inflexível regra de sigilo que imponha a autorização judicial para ser quebrado, mas também não são públicos, ou seja, destituídos de confidencialidade em relação à população em geral. A providência, de fato, não externa mero capricho estatal, mas sim o cumprimento do dever de investigação e garantia da ordem pública.

Evidentemente que vazamentos ilegais ou a utilização desses dados fora dos limites das investigações poderá acarretar responsabilidade ao agente público, seja na esfera cível, criminal ou administrativa.

Contudo, o que não se mostra crível é que se invocar a garantia do sigilo ou a inviolabilidade das comunicações no caso de prisão em flagrante, sobretudo no contexto atual de avanço do crime organizado. Se o aparelho de telefone celular vem se mostrando uma das principais armas das ORCRINS, limitar o acesso aos dados existentes em caso de cometimento de crime parece ser medida diametralmente oposta à proporcionalidade dos direitos colocados em confronto.

Mostra-se, pois, desarrazoado garantir ao autor do crime os direitos ou garantias que se ligam ao delito, mesmo que indiretamente.

42 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-13/academia-policia-delegado-policia-acessar-dadosautorizacao-judicial>. Acesso em: 19 Nov. 2019.

Obviamente que a preservação da sua integridade física e psicológica, assim como todos os outros direitos atribuídos à pessoa presa devem ser preservados, todavia, no caso específico do acesso a dados existentes em aparelhos telefônicos, parece injustificável assegurar o direito à intimidade ou inviolabilidade das comunicações em detrimento da segurança pública.

E a providência ganha maior relevo se considerada a notória possibilidade de acesso remoto aos aparelhos celulares apreendidos através de outros dispositivos eletrônicos, possibilitando a destruição de provas eventualmente existentes. A se manter o atual posicionamento jurisprudencial, não se pode afastar a possibilidade de que, após a comunicação da prisão a terceiros, direito que lhes assiste, os dados existentes nos celulares sejam apagados ou se tornem inacessíveis em caso de futura determinação judicial.

É sob esse enfoque que a imprescindibilidade de autorização judicial para o acesso aos dados pode acabar por subverter a ordem constitucional, atribuindo maior relevo a direito daquele que, em verdade, infringiu preceitos penais.

4.2 DISPONIBILIZAÇÃO DE DADOS BANCÁRIOS PARA INVESTIGAÇÕES

Dentre as várias nuances do crime organizado, seja em relação a facções criminosas ou tratando-se de organizações empresariais, o lucro sempre foi e será o principal objetivo desses organismos.

Mesmo que a prática dos delitos transite entre intentos intermediários, o fim último da ORCRIM é a obtenção de vantagens que, na grande maioria das vezes, transmuda-se em ganho de dinheiro.

Segundo notícia veiculada após a morte de um das suas principais lideranças, o faturamento anual do PCC gira em torno 400 (quatrocentos) milhões de reais anuais.⁴³

Não obstante a vultosidade dos valores, estes se mostram até certo ponto módicos se comparados àqueles movimentados em razão dos delitos cometidos pelas organizações criminosas empresarias, os chamados crimes de “colarinho branco”.

43 Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/faturamento-do-pcc-chegara-a-r-800-milhoes-por-ano-dizpromotor-23082019>. Acessado em: 21 Nov. 2019.

Apenas a título de ilustração, o Ministério Público Federal, ao publicar os resultados da conhecida Operação Lava-Jato, informa os seguintes resultados: 04 (quatro) bilhões de reais foram devolvidos aos cofres públicos (Petrobras, União etc); 2,1 (dois vírgula um) bilhões estão previstos em multas compensatórias decorrentes de acordos de colaboração; 12,4 (doze vírgula quatro) bilhões estão previstos em multas compensatórias decorrentes de acordos de leniências; 111,5 (cento e onze vírgula cinco) milhões referem-se a renúncias voluntárias de réus; 04 (quatro) milhões estão previstos em um Termo de Ajustamento de Conduta; 14,3 (quatorze vírgula três) bilhões são os valores previstos de recuperação.⁴⁴

Como de conhecimento, os procedimentos extrajudiciais e ações penais decorrentes da Operação Lava-Jato tiveram como principais alvos grandes empreiteiras, doleiros, políticos e empresários, todos envolvidos na prática de crimes não violentos e com intuitos eminentemente financeiros, características clássicas do chamado crime do “colarinho branco”.

José Laurindo de Souza Netto⁴⁷, cita a conceituação dada por Edwin H. Sutherland ao crime de “colarinho branco” como sendo “aquele cometido por uma pessoa respeitável e de elevada condição social”. Diz, ainda, que o ponto significativo dessa espécie de delito é a sua desvinculação com a situação de pobreza ou outras mazelas sociais.

Em razão da posição destacada dos agentes envolvidos, essa espécie de crime acaba por causar enormes prejuízos sociais e econômicos, posto que usualmente envolvem entidades e verbas públicas. Diante do auxílio institucional e a presença de agentes públicos em meio à organização criminosa, a ocultação das ações acaba por impor maiores dificuldades na investigação desses delitos, fomentando ainda mais a impunidade.

Aliás, o envolvimento grandes entidades públicas e privadas torna difusa a responsabilidade penal e a atuação da organização criminosa visa sempre manter seus integrantes e corporações distante dos braços da lei e longe dos olhos das instituições de investigação e controle.⁴⁸

44 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acessado em: 18 Nov. 2019. 47 Disponível em: <https://emeron.tjro.jus.br/images/cursos/orcrim/1---Artigo--O-crime-organizado-e-o-sistemacarcerrio-brasileiro-1.pdf>. Acesso em: 18 Nov. 2019. 48 Idem.

E se a ocultação dos resultados desses delitos visa atravancar a ação estatal responsável pela sua repreensão, a adoção de medidas tendentes a aclarar o obscuro mundo das organizações criminosas empresariais se coaduna com os anseios sociais e com proteção dos direitos fundamentais em sentido amplo. É que os crimes do “colarinho branco” atingem o meio social de forma direta e global, desguarnecendo a população mais necessitada dos mais básicos direitos que lhes são garantidos, fomentando toda espécie efeito colateral, sobretudo a criminalidade violenta que decorre da falta de educação, saúde, emprego, moradia, cultura entre outros.

Nesse contexto, ganhou grande repercussão a decisão proferida em 15 de julho de 2019, pelo Ministro Dias Toffoli, Presidente do STF, que na relatoria do Recurso

Extraordinário 1.055.941/SP, deferiu liminar para: 1) determinar, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, a suspensão do processamento de todos os processos judiciais em andamento, que tramitem no território nacional e versem sobre o Tema 990 da Gestão por Temas da Repercussão Geral⁴⁵; 2) determinar, com base no poder geral de cautela, a suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle, que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais.

O posicionamento teve lugar em razão de pedido formulado por terceiro interessado questionando as diretrizes objetivas que os órgãos administrativos de controle e fiscalização, como o Receita Federal, COAF⁴⁶ e Banco Central do Brasil - BACEN, deverão observar ao transferir para o Ministério Público, para fins penais e sem prévia autorização legal, informações sobre movimentação bancária e fiscal dos contribuintes em geral, sem comprometer a higidez constitucional da intimidade e do sigilo de dados, nos termos do artigo 5º, incisos X e XII, da CF.

45 Título: Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário.

46 Conselho de Controle de Atividades Financeiras, atualmente nominado UIF - Unidade de Inteligência Financeira.

Extrai-se dentre os fundamentos da decisão que no julgamento de quatro ações diretas inconstitucionalidade⁴⁷ pelo plenário da Suprema Corte, não obstante o reconhecimento da constitucionalidade da Lei Complementar 105 de 10 de janeiro de 2001⁴⁸, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências, adotou-se o entendimento de que o acesso a operações bancárias estaria adstrito à identificação dos titulares das operações e dos montantes globais movimentados mensalmente, restando desautorizada a inclusão de qualquer dado que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos dela decorrentes.

A decisão gerou inúmeras manifestações, algumas de desaprovação e outras de concordância.

Preocuparam-se, os críticos, com a potencial fragilização do Brasil no cenário internacional, que poderia ser visto como um novo paraíso para o dinheiro sujo ante a evidente diminuição na efetividade do sistema nacional de prevenção à lavagem de capitais. Lado outro, os laudatórios da decisão apontaram a sua correção na necessidade de autorização judicial para tamanha relativização do direito ao sigilo.

O fato é que todas as investigações iniciadas mediante informações prestadas por órgãos de controle, sem anterior deferimento judicial, permaneceram suspensas, freando sobremaneira a ofensiva estatal contra os delitos envolvendo a movimentação de capitais e, via de consequência, grande parte dos crimes de “colarinho branco”.

Em 20/11/2019, a Corte Suprema iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário 1.055.941/SP, findando-se em 28/11/2019, quando, por 9 votos 2, os ministros decidiram autorizar que a Receita Federal, independentemente de prévia autorização judicial, compartilhe informações bancárias e fiscais sigilosas com a polícia e o Ministério Público, incluindo-se extratos bancários e declarações de Imposto de Renda. Quanto às informações prestadas pela UIF, antigo COAF, a maioria dos ministros votou por permitir o compartilhamento, contudo, resta decidir se o Ministério Público pode encomendar a remessa de informações para a investigação de pessoas específicas. O julgamento será retomado em 04/12/2019.

47 ADI's n. 2.386 2.390 2.397 e 2.859, julgadas em 24/2/16, publicadas no Dje 21/10/16, todas de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

48 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm. Acessado em: 30 Nov. 2019.

No enfrentamento do tema, verificou-se que o posicionamento vencedor trilha o caminho de análise de direitos e garantias fundamentais segundo um juízo de proporcionalidade e eficiência.

Muito embora os votos ainda não estejam disponíveis para consulta em razão da continuidade do julgamento, pode-se observar a clara preocupação da Corte em atribuir maior relevo aos mecanismos de combate ao crime organizado, mediante a relativização de direitos e a adoção de uma posição proativa e de protagonismo na interpretação das disposições legais e constitucionais aplicáveis.

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, assentou de forma clara que os direitos fundamentais não podem servir como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas, pois a finalidade das garantias individuais, das liberdades públicas, não é possibilitar uma verdadeira redoma protetiva para que as organizações criminosas possam atuar. De igual modo, o Ministro Luiz Fux esclareceu que mesmo havendo proteção constitucional ao sigilo, os direitos fundamentais não são absolutos a ponto de tutelar atos ilícitos. O direito, nas suas palavras, não pode proteger iniquidades. Em passagem emblemática de seu voto, disse o ministro: “volto a afirmar, numa linguagem simples, para que a sociedade entenda: não são notas de supermercados que vão ser remetidas nem compra em lojas. São operações suspeitas de lavagem de dinheiro”.

Na mesma linha de pensamento, o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu que o compartilhamento de dados não enseja quebra de sigilo, mas somente a sua transferência, cabendo aos órgãos de persecução penal o dever de preservar o sigilo, sobe pena de incidir em prática ilícita em caso de vazamentos. Com relação à UIF, disse que o compartilhamento das informações é uma realidade mundial e serve para identificar crimes graves e de diferentes naturezas.

A Ministra Rosa Weber foi além ao argumentar ser do próprio estado de direito que eventuais descobertas de crimes reverbere nos órgãos de investigação para apuração de possíveis delitos. Trata-se, segundo a ministra, de um dever.

Ainda na esteira da necessidade de se atribuir um novo entendimento para a questão, a Ministra Cármen Lúcia indicou que haverá fragilização das investigações criminais caso não ocorra o compartilhamento completo de informações e que sem a ciência do Ministério

Público quanto a esses dados, será ineficiente o combate a todas as formas de práticas criminosas, das mais simples às mais sofisticadas.

Com efeito, entende-se que o STF agiu de forma a atribuir supremacia ao combate ao crime organizado, em total consonância com os anseios populares, fazendo uso, para tanto, de interpretação de disposições constitucionais antagônicas, em total sintonia com o protagonismo que lhe é peculiar.

Não se poderia conceber que o escudo do sigilo acobertasse ações reconhecidamente suspeitas, sob pena de ferir de morte a eficiência estatal no combate ao crime organizado.

5 CONCLUSÃO

A atuação cada vez mais incisiva do crime organizado no Brasil vem impondo ao Estado a necessidade adequar-se a essa nova realidade.

As várias facetas desses organismos, seu poderio econômico e desenvolvimento tecnológico, não mais permitem que os órgãos de persecução penal lancem mão de técnicas investigativas simplórias para o efetivo combate a essa espécie de criminalidade, havendo necessidade de constante evolução nesse campo, sobretudo quanto à legislação correspondente.

As inúmeras nuances que envolvem as ações praticadas por organizações e facções criminosas, seja no cometimento de ilícitos penais em si, violentos ou não, ou na busca “branquear” os lucros daí advindos, apontam a necessidade de um novo trato sobre a questão, seja pela impossibilidade de alterações legislativas em série ou pela simples omissão dos poderes constituídos no enfrentamento da matéria, seja em razão da total imprevisibilidade de todas as variantes de ações e condutas.

Nesse contexto, verificou-se que as disposições constitucionais de 1988 e o fenômeno da constitucionalização do Direito, ao alçarem o Poder Judiciário a um papel de protagonismo e uma verdadeira função política em razão das controvérsias de ordem consti-

tucional que lhe são postas a julgamento, inclusive quanto a direitos fundamentais, impõe o fortalecimento da perspectiva de inexistência de supremacia de direitos e garantias constitucionais, sobretudo em ações praticadas direta ou indiretamente por organizações criminosas.

Sob o enfoque do ativismo judicial como prática tendente a assegurar o cumprimento das disposições constitucionais mediante a interpretação de textos normativos, tem-se como imprescindível uma nova visão acerca dos direitos fundamentais individualmente considerados, notadamente quando em confronto com a manutenção da ordem e a segurança pública.

Assim, o enfrentamento do crime organizado na sua atual conjuntura recomenda interpretações criativas e inovadoras das disposições legais e constitucionais, bem como uma atuação proativa do Poder Judiciário com vistas a assegurar a correta análise quanto a proteção de direitos e garantias segundo uma ótica realista de proporcionalidade, eficiência e salvaguarda do bem comum, a fim de que se afaste qualquer espécie de subversão em prol de organizações e facções criminosas e em detrimento da sociedade.

ABSTRACT

This article deals with the need to implement an activist and realistic view of the Judiciary in the fight against organized crime, especially due to the constant confrontation of constitutional rights and guarantees when the state acts in the reprimand of this type of organization and the compliance with the principles of efficiency and proportionality. Within this context, we present a brief report on the establishment and modus operandi of the major criminal organizations in Brazil and corporate criminal organizations, contextualizing rights and guarantees in line with the judicial activism in practical cases of access to phone data when in flagrant arrests and sharing financial and tax information without prior judicial authorization.

Keywords: Organized crime. Combat. Fundamental rights. Judicial activism. Confidential data. Prison in the act.

REFERÊNCIAS

- . Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf. Acesso em: 19 Nov. 2019.
- . Disponível em: <https://emeron.tjro.jus.br/images/cursos/orcrim/1---Artigo---O-crimeorganizado-e-o-sistema-carcerrio-brasileiro-1.pdf>. Acesso em: 18 Nov. 2019.
- . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19512/ativismo-judicial>. Acesso em: 18 Nov. 2019.
- . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65909/breves-consideracoes-sobre-asorganizacoes-criminosas/2>. Acesso em: 18 Nov. 2019.
- . Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/celular-a-arma-que-mudou-o-pcc/>. Acesso em: 21 Nov. 2019.
- . Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2335/origemdesenvolvimento-crime-organizado>. Acesso em: 18 Nov. 2019.
- . Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-13/academia-policia-delegado-policiaacessar-dados-autorizacao-judicial>. Acesso em: 19 Nov. 2019.
- . Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/brasil-tem-pelo-menos-83fac%C3%A7%C3%B5es-em-pres%C3%ADdios/a-37151946>,. Acesso em: 19 Nov. 2019.
- BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista da EMARF, Cadernos Temáticos**, Rio de Janeiro, p. 1-440, dez 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucioinal Didático**. 5. ed. Belo Horizonte: DeiRey, 1997.

CERVINI, Raúl. **Crime Organizado: enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão: a “crise carcerária” como projeto político. **Friedrich Ebert Stiftung Brasil**, São Paulo, junho 2017.

EMERIQUE, Lílían Márcia Balmant. **Direito Fundamental como oposição política: discordar, fiscalizar e promover alternância política**. Curitiba: Juruá, 2006.

FERRAZ, Cláudio Armando. **Crime organizado: diagnóstico e mecanismos de combate**. Rio de Janeiro, 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia) - Escola Superior de Guerra.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Criminalidade moderna e reformas penais: estudos em homenagem ao prof. Luiz Luisi**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

LIMA, Rogério Montai de. **Constitucionalismo de transição e transformação: uma interface com a judicialização e ativismo judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabris ed, 2012.

MIRANDA, Samuel Arruda. **O direito fundamenta à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucioanal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.28

SIMIONATO, Manoelle Brasil Soldati. Poder Judiciário: O Protagonismo em destaque. *In*:

ESCOLA DA MAGISTRATURA DE SANTA CATARINA. 2013.