

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC SP**

Marcelo Meira da Silva

**As organizações criminosas: Aspectos no combate e repressão à
luz da legislação brasileira**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

**São Paulo
2015**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC SP**

Marcelo Meira da Silva

**As organizações criminosas: Aspectos no combate e repressão à
luz da legislação brasileira**

Monografia apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Marco Antônio Marques da Silva.

**São Paulo
2015**

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Marco Antônio Marques da Silva pela orientação desta monografia.

Agradeço aos Professores Antônio Carlos da Ponte, Victor Augusto Estevam Valente, Luiz Alexandre Cogan por terem, durante este Curso de Especialização, me auxiliado, compartilhando seus distintos conhecimentos.

Agradeço aos meus familiares pelo incentivo e apoio nesta jornada de estudos.

RESUMO

O combate ao crime organizado é atualmente um dos maiores desafios para as políticas de segurança públicas dos Estados. Os danos que esses infratores provocam à sociedade e ao Estado são imensuráveis, até porque essas organizações têm a capacidade de corroer a honestidade pública. Lamentavelmente, a cada dia surgem novas informações, sobre o envolvimento de políticos e autoridades, gerando descrédito às instituições oficiais.

A falta de atuação dos legisladores, recentemente, levou milhões de brasileiros às ruas, para protestar, em busca de soluções de diversas questões sociais, dentre elas, uma atuação mais severa, por parte das autoridades, no combate ao crime. Esses protestos geraram grande repercussão nacional e internacional e forçou o Congresso Nacional a adotar uma série de medidas como por exemplo, a edição da Lei 12.850/2013, que trouxe uma nova definição de organização criminosa, e criou um tipo penal específico para punir os integrantes dessa modalidade de associação.

Buscou-se com esse trabalho analisar a evolução da legislação brasileira no combate ao crime organizado, desde a primeira legislação a tratar do tema (Lei 9.034/1995), passando pelas diretrizes da Convenção de Palermo, até a recente e atual Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013; Além de também verificar a reflexão da doutrina sobre o tema, o entendimento jurisprudencial e a compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Palavras-chave: conceituação - investigação - meios de obtenção de prova - procedimento.

ABSTRACT

The fight against organized crime is currently one of the biggest challenges for public security policies of states. The damage that these offenders cause to society and the state are immeasurable, even by these organizations have the ability to erode public honesty. Unfortunately, every day brings new information on the involvement of politicians and authorities, generating discredit the official institutions.

The lack of action by lawmakers recently took millions of Brazilians to the streets to protest, searching for solutions of several social issues, among them, a more severe action by the authorities in the fight against crime. These protests led to large national and international attention and forced the Congress to adopt a series of measures such as the enactment of Law 12,850 / 2013, which brought a new definition of criminal organization, and created a specific criminal offense to punish members this association mode.

Sought with this work to analyze the evolution of Brazilian legislation to combat organized crime, since the first legislation to address the issue (Law 9.034 / 1995), through the guidelines of the Palermo Convention, to the recent and current Law 12,850 / 13 of 2 August 2013; In addition to also check the reflection of literature on the subject, the jurisprudential understanding and compatibility with the Constitution of 1988 (CF / 88).

Keywords: concepts - research - means of obtaining evidence - procedure.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA	10
2.1. Panorama Histórico	10
2.2. Ordenações	11
2.3. Código Criminal de 1830.....	12
2.4. Código Penal de 1890	14
2.5. Código Penal de 1940	16
2.6. Código Penal de 1969	17
2.7. Lei 9.034/1995	19
2.8. Convenção de Palermo	25
2.9. Lei 12.694/2012	33
3. LEI 12.850/2013 - CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	40
3.1. Da investigação e dos meio de obtenção da prova	51
3.2. Da colaboração de prova	52
3.3. Da ação controlada.....	59
3.4. Da infiltração de agentes	62
3.5. Do acesso de registros, dados cadastrais, documentos e informações	69
3.6. Dos crimes ocorridos na investigação e na obtenção de prova	73
4. CONCLUSÃO.....	84
REFERÊNCIAS.....	86

1. INTRODUÇÃO

O Tema em estudo abrange um assunto complexo, atual e de grande discussão no Brasil e no mundo.

O presente trabalho analisa "Organização criminosa: aspectos no combate e repressão à luz da legislação brasileira".

Assim, primeiramente, fizemos uma breve contextualização jurídica da legislação nacional, mormente à legislação especial (Lei 9.034/1995 e 12.694/2012), posteriormente analisamos o conceito e a tipificação de organização criminosa consoante a Lei 12.850/2013, (artigos 1º e 2º); as atividades destinadas à obtenção de prova durante a investigação (artigos 4º ao 17º); os crimes ocorridos na investigação e na obtenção da prova (artigos 18 ao 21); e por fim o procedimento (artigos 22 e 23).

A relevância da conceituação se deve principalmente pelo fato de ter sido criado um tipo penal específico para punir os integrantes do crime organizado.

Imperiosa a reflexão sobre o tema, sobretudo pela limitada capacidade do Estado de reprimir esses delitos e seus efeitos. São vários os bens jurídicos afetados, como a paz pública, a administração da justiça e a segurança pública.

O crime organizado afronta, de forma diferenciada, o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a organização criminosa institui uma estrutura normativa paralela, muitas vezes possuindo até mesmo os chamados "Estatutos ou Constituição do Crime".

No Brasil, diariamente tem ocupado as manchetes de jornais e toda a atenção da mídia em geral, as diversas formas de ataques contra as instituições públicas e privadas, especialmente contra policiais, desafiando o governo e aterrorizando toda a sociedade.

Diante do quadro de pânico social, vem a tona o discurso de insegurança crescente e generalizada; solidifica-se no senso coletivo, a exigência de mais leis, de penas mais longas, punições imediatas e rigorosas para indivíduos desviados qualificados como criminosos, mormente quando ocorrem eventos que ocasionam grande comoção. Enfim, ressurgem sempre soluções imediatistas, sem o menor compromisso com a sua eficácia.

A verdade é que o Direito Penal contemporâneo ainda não encontrou resposta adequada as modalidades modernas de criminalidade. É necessária a adoção de medidas especiais em face dessa nova criminalidade, porém, tais medidas devem respeitar o Estado Democrático de Direito. Aliás, seria uma falha do Estado a não preservação da convivência social e da dignidade da pessoa humana, se não adotasse medidas adequadas a coibir as ações que atentam contra ela.

Para o enfrentamento dessas organizações criminosas as sociedades modernas tem adotado medidas especiais como, por exemplo: a antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios; a criação de tipos penais de mera conduta de perigo abstrato; flexibilização de garantias penais e processuais; concessão de benefícios aos infratores que aceitarem a delação ou colaboração premiada e a flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada) etc.

Na análise de tais medidas permite-se identificar que vários destes institutos já vem sendo adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro e sempre questionados pelos defensores do exclusivo modelo de inspiração iluminista.

O presente estudo examina a evolução da legislação brasileira a cerca do combate ao crime organizado, desde a primeira legislação a tratar do tema (Lei 9.034/1995), passando pelas diretrizes da Convenção de Palermo, até a recente e atual Lei 12.850/13, de 02 de agosto de 2013; a reflexão da doutrina sobre o tema; o entendimento jurisprudencial e a compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), a qual impõe que deverá ser observado o princípio da proporcionalidade, sob suas duas vertentes, a proteção contra o Estado (assegurar

os direitos e garantias fundamentais), bem como a vedação da proteção insuficiente (mandados de criminalização).

Analisamos os caminhos poderão ser percorridos no trabalho dos agentes do Estado em favor da sociedade e em prol da segurança pública; observamos que a nova Lei (12.850/2013), possui um caráter mais prático e voltado a ação dos poderes do Estado em defesa da segurança pública, implicando diretamente na atuação dos agentes policiais e do Ministério Público.

Constata-se também a inquietação por parte da doutrina, que vem tecendo severas críticas, principalmente por falta da técnica legislativa da Lei 12.850/2013 , quando ocorre por exemplo, a supressão do termo “circunstanciada autorização judicial”, presente na legislação anterior, quando tratava da captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. Antes se exigia circunstanciada autorização judicial, porém o novo texto legal não repetiu esta exigência.

A nova legislação, orientada pelas diretrizes da Convenção, deu importante passo, mas que poderia ter ido mais além, tratando-se de temas, como por exemplo, a responsabilidade pela estrutura de poder ou institucional aos chefe da organização criminosa.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICA

2.1. Panorama Histórico

Os diversos institutos contidos na atual legislação, têm sua forma como consequência da experiência jurídico-social observada ao longo do tempo, que vem evoluindo paulatinamente consoante as necessidades que fizeram sentir na preservação dos penalmente tutelados.

Na doutrina, ao lado dos métodos de interpretação a que faz referência, tem-se espaço o processo de interpretação teleológica, ou seja, em determinadas situações, a interpretação gramatical ou literal, pura e simples, por vezes, não se mostra suficiente, sendo mister a incursão mais profunda buscando-se a vontade da lei, momento em que a observância do ângulo histórico assume seu lugar.

Nesse sentido, Paulo Amador Thomaz Alvez da Cunha Bueno relata que:

"Primeiramente, está-se ver que os diversos institutos contidos na atual Legislação, têm sua forma como consequência da experiência jurídico-social observada ao longo do tempo, que evoluíram, como ainda evoluem, paulatinamente consoante as necessidades que fizeram sentir na preservação dos penalmente tutelados".¹

Analisamos o Direito Penal Brasileiro, com base no estudo das Ordenações, dos Códigos Criminal e Penais, das Legislações Extravagantes, dos Tratados e Convenções, e suas consequentes reformas, necessárias, na tentativa de acompanhar a evolução do crime organizado.

¹ BUENO, Paulo Amador Thomaz da Cunha. **Breve notícia histórica do Direito Penal no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito, Fundação Armando Alvares Penteado. [FAAP/SP]. São Paulo: Faap, nº. 02: 191-205, 2002.

2.2. Ordenações

Durante o período da colonização portuguesa no Brasil, vigoraram as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. sendo que estas permaneceram em vigor, em nosso território, por mais de duzentos anos, até a promulgação do Código Criminal de 1830. Antes de entrar nos comentários concernentes às ordenações, devemos mencionar que outros instrumentos de força jurídica como as bulas pontificiais, os alvarás, e as cartas régias, perduraram nos primeiros anos, após o descobrimento.

Depois de feitas estas primeiras observações, discorreremos de forma sintética sobre as ordenações. A história do direito penal no Brasil registra que desde o seu descobrimento até a independência, tinha por fonte o Livro V das Ordenações do Reino. Naquela época, a pessoa responsável pela aplicação da lei, muitas vezes era um mero "julgador sancionador", que aplicava penas arbitrárias, ou seja, a critério político, seguindo interesses próprios, obscuros, sem amparo em nenhuma norma legal.

A Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446 ou 1447, foi considerada por muitos juristas daquela época o primeiro código, sendo também intitulado o diploma mais completo quando de seu surgimento na Europa.

Importa destacar que Portugal foi a primeira pátria a possuir esse diploma. Segundo Maurício Pereira da Silva, esse documento contava com quase toda a legislação pertinente ao trato dos assuntos Estatais em sua estrutura.²

A seguir, vieram as Ordenações Manuelinas, regidas sobre ordens de D. Manuel, conhecido como o venturoso, que providenciou sua elaboração por volta de 1512 ou

² SILVA, Maurício Pereira da. **"Três Institutos Tratados no Livro 'V' Das Ordenações Filipinas Presentes Hoje na Legislação Penal Pátria."** p.1/2.

1513, concluída apenas em 1521. Atribui-se como finalidade precípua das Ordenações Manuelinas a função sistematizadora ou consolidadora do direito português.

Algum tempo depois, em torno de janeiro de 1603, entra em vigor as Ordenações Filipinas. A Referida lei era contida no chamado "Livro V das Ordenações Filipinas" que continha 143 títulos, os quais direcionavam o seu aplicador a uma generalizada criminalização, com a conseqüente aplicação de severas punições, como açoite, corte de membros, multa, degredo etc.

Estas Ordenações portuguesas permaneceram em nosso território, até a promulgação do Código Criminal de 1830, conforme esclarece Paulo Amador da Cunha Bueno:

"Assim é que, em 11 de janeiro de 1.603, as "Ordenações Manuelinas" ficaram revogadas, por determinação de El Rey, D. Felipe III de Espanha e II de Portugal, que ordenou fossem respeitadas as disposições do novo código cuja elaboração tivera início no reinado do seu genitor. Surgiam as chamadas "Ordenações Filipinas" ou "Código Filipino", cuja redação é atribuída aos desembargadores Paulo Afonso e Pedro Barbosa, em parceria com Damião de Aguiar e Jorge Cabedo, sendo por sem dúvida de importância ímpar para a história do direito no Brasil".³

2.3 Código Criminal de 1830

Com fim das Ordenações, as quais não respeitavam quaisquer direitos relacionados aos princípios e garantias fundamentais de direitos humanos, surgiu uma revolucionária legislação, o Código Criminal do Império, com alicerce em um

³ BUENO, Paulo Amador Thomaz da Cunha. **Breve notícia histórica do Direito Penal no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito, Fundação Armando Alvares Penteado. [FAAP/SP]. São Paulo: Faap, nº. 02: 191-205, 2002.

pensamento liberal e pautado no princípio da utilidade pública, com inspiração nos Códigos Franceses de 1810 e 1819.

O Código Criminal de 1830 foi sancionado em 16 de Dezembro deste ano, sendo que seu período de vigência deu-se de 8 de janeiro de 1831, até 11 de outubro de 1890, quando se publicou Decreto número 847 que mandava observar um novo Código Penal, ou seja, o de 1890, com vigência após seis meses.⁴

Após a independência do Brasil, 1822, a Constituição Imperial de 1824, que aboliu os açoites, (e que pelo Código Criminal de 1830, continuaram, no entanto para o escravos), aboliram a tortura, a marca de ferro quente, a transmissão da pena aos parentes do criminoso, mandou que o quanto antes se organizasse um Código Civil e Criminal.⁵

Apesar dos avanços da primeira legislação penal genuinamente brasileira, (Código Criminal de 1830), no entendimento de Luiz Luisi:

"as acendradas manifestações de amor à liberdade, de afirmação dos direitos naturais do homem encontravam uma antítese positiva uma sociedade de economia dependente do braço escravo e de uma organização patriarcal. Daí a presença do antagonismo aos postulados liberais, de um tratamento legal profundamente desigualitário, mesmo entre os cidadãos, sem falar da exclusão dos escravos ao alcance da proteção dos direitos civis e políticos."⁶

Ainda em relação ao Código Criminal de 1830, em seus Capítulos II e III, da

⁴ BRASIL. **Decreto n.º 1.127**, de 06 de dezembro de 1890. In: **Decretos do Governo Provisório**. p. 33. Disponível

<http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/novoconteudo/legislacao/republica/leisocerizadas/leis1890decretos01a31-dez.pdf> Acesso em: 01/05/2015.

⁵ ALBUQUERQUE, Alfredo de. Algumas novidades do código penal. **Revista Forense**. Dez., vol. 92, p. 38-44, 1942.

⁶ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª Edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabis Editor, 2002.

Parte IV, "Dos Crimes Policiaes", in verbis:

"Sociedades Secretas

Artigo. 282. A reunião de mais de dez pessoas, em uma casa em certos e determinados dias sómente se julgará criminosa, quando fôr para fim de que se exija segredo dos associados, e quando neste ultimo caso não se communicar em fórmula legal ao Juiz de Paz do districto em que se fizer a reunião.

Penas - de prisão por cinco a quinze dias ao chefe, dono, morador, ou administrador da casa; e pelo dobro, em caso de reincidência."⁷

"Ajuntamentos ilicitos

Artigo 285. Julga-se-ha cometido este crime, reunindo-se tres, ou mais pessoas, com a intenção de se ajudarem mutuamente para commeterem algum delicto, ou para privarem illegalmente a alguém do gozo, ou exercicio de lagum direito, ou dever."⁸

De acordo com estes dispositivos, podemos notar que legislador, já naquela época, demonstrava a necessidade de punição dos crimes em associação, (concurso necessário).

2.4 Código Penal de 1890

O Código Penal de 1890 foi promulgado pelo Decreto do Governo Provisório nº 847, de 11 de Outubro de 1890, conhecido oficialmente como "Código dos Estados Unidos do Brasil"; entrou em vigor em 1891, conforme o Decreto 1.127, de 6 de Dezembro de 1890, que estipulava, no artigo 411 do Código Penal, o prazo de seis meses para sua execução no território nacional.

Este diploma legal abandonou a denominação "Criminal" e passou a adotar a

⁷ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁸ Ibid, mesma página.

atual denominação, ou seja, a de "Código Penal", e também manteve, no Capítulo II, o crime de ajuntamento ilícito, ampliando, no entanto, as modalidades de condutas praticadas por grupo constituído por pelo menos 4 pessoas:⁹

"Artigo 119. Ajuntarem-se mais de três pessoas, em lugar publico, com o designio de se ajudarem mutuamente, para, por meio de motim, tumulto ou assuada: 1. ° commeter algum crime; 2. ° privar ou impedir a alguem o gozo ou exercício de um direito ou dever; 3.° exercer algum acto de ódio ou desprezo contra qualquer cidadão; 4. ° perturbar uma reunião publica ou a celebração de alguma festa cívica ou religiosa:

Pena - de prisão cellualar por um a tres mezes."

Cezar Roberto Bitencourt, em comparação das figuras criminosas contempladas nos Códigos de 1830 e 1890, em relação ao crime de quadrilha ou bando previstas no Código Penal de 1940, assim dispõe:¹⁰

"O ajuntamento ilícito que aqueles diplomas previam (artigos 285 e 119, respectivamente), não exigiam permanência ou estabilidade, apresentando apenas alguma semelhança com a definição atribuída pelo "atual" Código Penal de 1940 ao crime de quadrilha ou bando: na verdade aquelas tipificações prescreviam mais espécies sui generis de concurso eventual de pessoas, distinta, por certo, da figura que acabou sendo tipificada em nosso diploma codificado".¹¹

Na opinião de Heleno Claudio Fragoso as atuais organizações associativas, tipificadas pela lei brasileira ora em vigor, se distinguem das figuras criminosas

⁹ DUTRA, Mario Hoepfner. Alguns aspectos do novo código penal. **Revista dos Tribunais**. Jul., vol.453,p.299-310, 1973.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. A Confusão proposital do concurso eventual de pessoas: "a formação de quadrilha ou bando. **Revista Instituto de Ciências Criminais**. Belo Horizonte: ICP, vol. 01, p. 165-185, 2006.

¹¹ Artigo 285, do Código Criminal do Império do Brasil.

anteriormente tratadas, (códigos de 1830 e 1890), em razão de não exigir permanência ou qualquer organização associativa, não passando de reunião ocasional de delinquentes.¹²

2.5 Código Penal de 1940

De acordo com José Henrique Pierangili, o projeto de lei do Código Penal de 1940, finalizado por Alcantra Machado, foi submetido a uma comissão de revisão composta por Nélon Hungria, Narcélio de Queiroz, Vieira Braga e Roberto Lyra, sob a presidência do Ministro da Justiça Francisco Campos.¹³

Esther de Figueiredo Ferraz, a respeito do Código Penal de 1940, observava que:

"No que tange ao direito penal brasileiro, é bem verdade que a partir de 1940 filiou-se ele declaradamente à tese da equiparação dos vários agentes do crime, filiação essa reafirmada em termos enfáticos quase trinta anos mais tarde ao ser promulgado o Código de 1969, objeto do Decreto Lei nº 1.004, de 21 de Outubro daquele ano. Essa tomada de posição não eliminou, porém, as dúvidas de ordem doutrinária e as dificuldades de ordem prática comuns no regime dos códigos de 1830 e 1890 em que imperava a tradicional distinção entre autores e cúmplices."¹⁴

Por outro lado, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, mencionam

¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte especial, vol II (artigos 213 a 359)**. 6ªed. rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

¹³ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p.78, 2001.

¹⁴ FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

que:

"O código de 1940 optou por uma grosseira simplificação, criada no código Rocco, de 1930, e sob a denominação de "Da co-autoria", afirmativa, com singular simplicidade, que o projeto aboliu a distinção entre autores e cúmplices: todos que tomam parte no crime são autores.¹⁵

Importa destacar ainda que diversas reformas foram feitas na legislação ao longo da vigência do Código Penal de 1940, devido ao crescimento exacerbado das modalidades criminosas, como por exemplo, o tráfico de drogas.

2.6 Código Penal de 1969

Em razão das diversas críticas em relação a sua desatualização e também, à apresentação de ideias contraditórias, exigia-se uma reformulação da legislação repressiva, a qual era efetivada através de reformas específicas.

Surgiu então o anteprojeto do Código Penal a cargo de Nelson Hungria, dentre outros juristas, muito criticado pela doutrina da época. O Código Penal de 1969, como ficou conhecido, teve sua vigência sucessivamente postergada, até que finalmente foi revogado pela Lei nº 6.578, de 10 de Outubro de 1978, sendo lembrado e apelidado pela doutrina de forma pejorativa como um caso especial de "natimorto".

Por outro lado, Luiz Luisi, apesar de também criticar o projeto de Nelson Hungria, quanto às influências do Código Rocco, elogiou o novo projeto, quando mencionou as influências da legislação alemã no seu texto normativo:

"O Código de 1969 acha-se influenciado, de um lado, pelo Código

¹⁵ ZAFFARONI Raúl Eugenio; PIERANGELI, José henrique. **Manual de direito penal brasileiro. Parte Geral.** 5ªed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Rocco, mas também pela moderna legislação penal alemã. Do Código Rocco importa as superadas figuras criminológicas, do criminoso habitual (presumindo em certos casos de habitualidade) e por tendência e a chamada pena indeterminada no seu máximo. Da parte geral do Código Penal alemão de 1969, adota a dualidade de estado de necessidade, um excludente de antijuridicidade e outro a culpabilidade. Inclui também um tratamento mais moderno da problemática de perigosidade e as medidas de segurança. Inadmitte - como faz o moderno código penal teuto - a possibilidade de aplicação sucessiva de uma pena privativa de liberdade seguido de uma medida de segurança pessoal detentiva.¹⁶

Com relação à Parte Especial do "Novo Código Penal", segundo Nelson Hungria, o Código Penal de 1940, no Título IX, disciplinou: "Dos crimes contra a paz pública", observa-se a previsão do crime de quadrilha ou bando, conforme texto do artigo 312 a seguir transcrito, in verbis:¹⁷

"Artigo 312. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando para o fim de cometer crimes:

Pena-reclusão, até 3 anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando se mune de armas."

Importa destacar que por força do Ato Institucional nº 5, de 1969, foi "fechado" o Congresso Nacional, e diante da impossibilidade da discussão do projeto no referido Congresso, este ficou suspenso, sem nunca ter entrado em vigor, e foi derogado pela Lei nº 6.578, de 11 de Outubro de 1978.

Em 11 de julho de 1984, a nova parte geral do Código Penal e a Lei de Execução Penal foram convertidas em Lei (Lei de Execução Penal - LEP). Com a referida reforma, foram introduzidas algumas inovações, dentre elas, a disciplina normativa

¹⁶ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis Editor, 2002.

¹⁷ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. IX, 1959.

da omissão, o surgimento do arrependimento posterior, a nova estrutura sobre o erro, as novas modalidades de pena, a extinção das penas acessórias, e a abolição de grande parte das medidas de segurança com o fim da periculosidade presumida.¹⁸

2.7 Lei 9.034/1995

No Brasil, a primeira lei a tratar, especificamente, do crime organizado foi a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, sem no entanto trazer um conceito de organização criminosa, e muito menos tratá-la como um fato criminoso em si.

O artigo 1º da referida lei, com a alteração determinada pela Lei 10.217/2001, assim dispunha que esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Na versão original, esta lei chegou a equipará-la à descrição do art.288 do Código Penal, apresentando figuras com conteúdo diferente, lado a lado: quadrilha ou bando e organização criminosa. Esta lei foi objeto de várias críticas por parte da doutrina considerando sua ineficácia, chegando a ser denominada ironicamente por Carlos Frederico Coelho Nogueira de lei da "caixa preta" por conta da maneira como o sigilo das informações colhidas foi por ela tratada.¹⁹

Para Alberto Silva Franco, a lei numa imagem menos formal, não passou "de estouros de 'biribas' para infundir medo em manadas de elefantes..."²⁰

Neste sentido, Luiz Luisi, ao analisar a Lei 9.034/1995, afirmou que ela não teve nenhuma efetividade, e endureceu o discurso afirmando que:

¹⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, p.63, 1995.

¹⁹ NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Lei da "Caixa Preta"**. Revista do Tribunais, n.720, out./1995, p. 572-581.

²⁰ FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.578.

"A neo criminalização vem sendo feita pelo parlamento de forma desvairada e com incompetência e irresponsabilidade, a criminalidade organizada tem sido objeto da preocupação de numerosos penalistas."²¹

Marco Antônio Marques da Silva, entende que a criminalidade organizada, no atual estágio de interligação entre as economias do mundo, desenvolvem suas atividades rigorosamente como fazem as estruturas empresariais. Surgem atividades econômicas inicialmente lícitas, como o abuso de poder no comércio internacional, defraudações de interesse financeiro, ilícitos em matéria de tecnologia e num segundo grupo de delitos, estão aqueles fatos que são ilícitos ab initio, tais como o tráfico internacional de drogas, moeda falsa, armas, órgãos humanos, prostituição, adoção internacional, lavagem de dinheiro e a corrupção de agentes públicos.²²

Ainda de acordo com Marco Antônio Marques da Silva, no mundo globalizado o Direito Penal deve ser prático, deve buscar uma uniformidade de respostas no campo jurídico penal entre os Estados sobretudo em relação a delinquência supranacional, afim de evitar criação dos chamados "paraísos jurídicos penais".²³

Para tanto, o ideal, seria a uniformização das legislações penais entre os Estados, bem como esforços concretos no sentido de garantir o quanto possível uma aplicação homogênea dos mesmos.

Observa-se o caráter empresarial que a criminalidade organizada possui. Sua estrutura organizacional é típica de uma empresa: "diretorias, gerências regionais e locais e funcionários" com a perspectiva frenética de obtenção de algum tipo de lucro.

²¹ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª. Ed.rev. e aumentada. Porto Alegre: Sérgio Antônio. 2003.p.193.

²² SILVA, Marco Antônio Marques da. **Globalização e direito penal economico**.In: SILVA, Marco Antônio Marques da. e COSTA, José de Faria (coord). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais - visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latim, 2006, p.431.

²³ SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: OLIVEIRA, Juarez de, 2001, p.137-138.

Estas organizações desconhecem qualquer limite, invadem órgãos estatais, corrompem políticos e autoridades; absorvem tecnologia de ponta; fazem uso de todo tipo de violência para alcançarem suas finalidades, coagindo e espalhando o medo à sociedade.

Os danos causados ao Estado são imensuráveis, tendo em vista a fragilidade estatal, e o descrédito das instituições oficiais, o que fomenta a impunidade no tocante aos crimes em geral.

Essa evolução da criminalidade, somada a falta de técnica legislativa da Lei 9.034/1995, inclusive no que se refere aos instrumentos extraordinários de investigação e procedimentos de execução da pena, veio a Lei 10.217/2001, que alterou os arts.1º e 2º da lei, dispondo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Assim, o artigo 2º passou a prever os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: ação controlada; acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais; captação e interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; infiltração por agentes de polícia ou de inteligência.

Porém não trouxe nitidez acerca de quem poderia ser infiltrado, quais os limites do agente infiltrado, quais os direitos a ele pertencentes, além da banalização do termo delação premiada, por não definir como se daria tal instituto. Enfim, esta lei nada disciplinou efetivamente, houve apenas um esboço.

Outra flagrante falha legislativa foi o contra-senso de termos uma situação em que o agente praticava um crime hediondo, decorrente de organização criminosa, (Lei 9.034/1995) e poderia ser beneficiado pela progressão de regime, ao passo que um infrator que praticava um crime hediondo (Lei 8072/1990 - Lei dos Crimes hediondos) sem nenhum vínculo com organização criminosa, cumpriria a pena em regime integralmente fechado.

Esta hipótese já não ocorre mais, em razão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 111.840, em junho de 2012, ter reconhecido incidentalmente, a inconstitucionalidade da imposição do regime inicial fechado aos crimes hediondos e equiparados.²⁴

Assim, no entender do STF, para todos os crimes hediondos e equiparados, a fixação do regime inicial deverá seguir os critérios do artigo 33, do Código Penal, permitida a princípio, a fixação dos regimes aberto, semiaberto e fechado.

Guaracy Mingardi assim definiu o crime organizado:

“Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseia 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. No entendimento do autor, o crime organizado pode ser identificado através de características como por exemplo, a forma de uma empresa, economia submersa baseada na venda de mercadorias ou serviços ilícitos, clientela certa e determinada, uso de violência e intimidação, domínio de determinado território etc.”²⁵

Winfried Hassemer afirma que o crime organizado é algo candente, explosivo, ou seja, o Estado não sabe ao certo no que consiste, nem como combatê-lo, de forma

²⁴ "Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida".

²⁵ MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCRIM, 1998, p. 82.

adequada. Compreende uma gama de infrações penais sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas e assim, não é levada ao conhecimento da autoridade pelo particular. Dispõe, dentre outros, de diversos meios de disfarce e de simulação. Nessa esteira, de acordo com os ensinamentos do autor, é preciso se fazer uma releitura das políticas criminais voltadas ao combate dos crimes praticados por integrantes de organizações criminosas dando enfoque na prevenção técnica, policiamento ostensivo, inovações na política de drogas dentre outras.²⁶

Por outro lado, Guilherme Madeira Dezem, entende que a Lei 9.034/1995, não definia o conceito de crime organizado. E com isto, essa indefinição legal causava grandes disputas doutrinárias e, até mesmo, certa indefinição jurisprudencial sobre o conceito de crime organizado. Havia, então, basicamente, três posições sobre o tema:

"Primeira posição: Gamil Foppel El Hireche entendia pela impossibilidade de definição do conceito de crime organizado. Hireche sustentava que a multiplicidade de definições, por si só, já inviabilizava conceituação científica do tema. Também sustentava que não existe criminalidade organizada, havendo, em verdade, bandos ou quadrilhas tão somente. Acabava por afirmar que não há, no plano ôntico, o que se possa reconhecer como criminalidade organizada, embora entenda que, caso o legislador queira tratar da matéria, precisa conceituá-la, sob pena de se violar o princípio da legalidade".²⁷

"Segunda posição: para os seguidores dessa corrente doutrinária, organização criminosa poderia ser vista por várias óticas. Dentre outros autores pode-se citar como defensor dessa posição, Marcelo Batlouni Mendroni o qual apresenta três conceitos distintos para a criminalidade organizada. Um conceito criminológico, outro conceito para o FBI e, por fim, um conceito para a Interpol."

Para Marcelo Batlouni Mendroni, o conceito de criminalidade organizada

²⁶ HASSEMER, Winfried. **Segurança pública no Estado de direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, nº. 5, jan-mar.-1994, p.55

²⁷ HIRECHE, Gamil Foppel El. **Análise Criminológica das Organizações Criminológicas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2005, p.25.

segundo a criminologia, pode ser assim definido:

“Qualquer crime cometido por pessoas ocupadas em estabelecer uma divisão de trabalho: uma posição designada por delegação para praticar crimes que como divisão de tarefa também inclui, em última análise, uma proteção para o corruptor, uma para o corrompido e uma para o mandante”.²⁸

O autor apontava um conjunto de características que combinados, demonstrariam o alto potencial do crime organizado para adaptar-se às diversas circunstâncias e reações sociais que dentre outras destacam-se as seguintes:

- I. Previsão de cumulação de riqueza indevida.
- II. Hierarquia estrutural.
- III. Planejamento estrutural.
- IV. Uso de meios tecnológicos sofisticados.
- V. Recrutamento de pessoas.
- VI. Divisão funcional de atividades.
- VII. Conexão funcional ou estrutural com o poder público ou agentes do poder público.
- VIII. Ampla oferta de prestações sociais (com sub-rogação aos deveres do Estado).
- IX. Divisão territorial de atividades ilícitas.
- X. Alto poder de intimidação.
- XI. Real capacidade para a fraude difusa.
- XII. Conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa.

Guilherme Madeira Dezem, entende que embora as características acima indicadas efetivamente estejam presentes nas organizações criminosas, há necessidade de revisão em parte do quando acima indicado. Isto porque, não se

²⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais.** São Paulo :Oliveira, Juarez de 2002.

pode, do ponto de vista científico, introduzir tamanha gama de elementos como caracterizadores de um objeto, sob pena de perda da própria identidade do objeto.²⁹

“Terceira posição: Para esta terceira posição, (adotada pelo Superior Tribunal de Justiça o conceito de organização criminosa encontra tipificação em Convenção assinada pelo Brasil. Trata-se do previsto na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, incorporado no Direito Brasileiro pelo Decreto 5.015/2004. Esta convenção cuida da criminalidade organizada transnacional (atua para além das fronteiras nacionais). Entende-se ser possível a adoção deste conceito também para o âmbito nacional, na medida em que o fenômeno é o mesmo, apenas alterando o seu âmbito de atuação, conforme será tratado no tópico a seguir.

2.8 Convenção de Palermo

Em análise ao disposto nos capítulos anteriores, constatamos que nas Leis 9.034/1995, e 10.271/2001, não houve definição crime organizado.

Contudo, com a promulgação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo”, recepcionada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, finalmente teria surgido no ordenamento jurídico brasileiro, com força de lei ordinária, um conceito sobre grupo criminosa organizado.

Importante ressaltar que os Tratados e Convenções são igualmente submetidos ao princípio da legalidade para serem aplicados ao nosso ordenamento jurídico. O próprio processo de incorporação de uma norma internacional no nosso país é extremamente complexo, tanto do ponto de vista político, como no legal.

De acordo com a legislação brasileira, a competência para celebrar os acordos ou tratados bilaterais ou multilaterais é da União, nos termos descritos no

²⁹ DEZEM, Guilherme Madeira; PONTES, Evandro Fernandes de. **“Crime Organizado e Devido Processo Legal. Estudo de Processo Penal, o mundo à revelia”**. In: Fauzi Hassan Choukr. Campinas: Agá Júris Editora, 2000, p.252.

artigo 21, inciso I, da Constituição Federal, *in verbs*:

Artigo 21 – Compete à União:

I. manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais.

Contudo, o artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, submete aos instrumentos à cláusula de resolução exclusiva do Congresso Nacional, no qual expomos, *in verbis*:

Artigo 49 – É da Competência exclusiva do Congresso Nacional:

I. resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Esta é a orientação do Supremo Tribunal Federal, conforme o julgamento do Agravo Regimental (Carta Rogatória n.8279):

“(…) A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e obrigar no plano do direito positivo interno.”³⁰

³⁰ Tribunal Pleno, CR 8279 Agr/AT – Argentina, Relator Ministro Celso de Mello, j. 17.06.1998,

Desse modo, de acordo com a relatada decisão unânime da Suprema Corte, a Constituição Federal não consagra o princípio do efeito direto e nem o da aplicabilidade imediata dos tratados ou convenções internacionais.

Nesse sentido, importante destacar parte do acórdão proferido pelo Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 1840/Distrito Federal:

“(…) A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de jure constituto que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado Brasileiro - postulado da aplicabilidade imediata - (...)”³¹

publ. D.J. 10.08.2000, p. 00006.

³¹ Tribunal Pleno, ADI 1480/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. 14.09.1997, publ. D.J. 18.05.2001, p.00429. (...) “O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados e convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. – Os tratados ou Convenções internacionais, uma vez regulamentemente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo em consequência entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade.”

Diante do exposto, possível concluir que nos termos do artigo 84, VIII, da Constituição Federal, compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, os quais posteriormente deverão ser aprovados pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, nos termos do artigo 49, I, da Constituição Federal, os quais dependerão de sanção presidencial.

Por outro lado, em conformidade com o parágrafo 3º do artigo 5º, da Constituição Federal, os tratados internacionais sobre direitos humanos, para aprovação, são exigidos maior rigor. Deverão ser aprovados em cada uma das casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros e possuem força de norma constitucional.³²

No artigo 7º, inciso II, alínea a, do Código Penal, encontramos o princípio da justiça universal ou cosmopolita. Significa que, o Brasil atendendo às determinadas condições, jugará os crimes que por tratado ou convenção obrigou-se a reprimir.

O Brasil é signatário de diversos instrumentos internacionais, tais como: (a) Convenção de Substâncias Psicotrópicas, 1971; (b) Convenção das Nações Unidas contra as drogas, 1991; (c) Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado e Corrupção; (d) Convenção Interamericana de Assistência Mútua em Matéria Criminal; (e) Convenção Interamericana contra o Terrorismo; (f) Convenção Interamericana sobre o tráfico ilícito de drogas e armas de fogo; (g) Acordos de cooperação internacional, etc;

A Convenção de Palermo, cujo objetivo consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional, verifica-se a uniformização de diversos termos.

Dentre as conceituações estabelecidas, vale destacar, consoante disposição do

³² O parágrafo terceiro do artigo 5º, da Constituição Federal de 1998, foi introduzido por força da Emenda Constitucional n.45, de 08 de dezembro de 2004.

artigo segundo da Convenção, as seguintes definições: “(a) ‘Grupo criminoso organizado’ - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente a algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; (b) ‘Infração Grave’ – ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior; (c) ‘Grupo estruturado’ – Grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração ainda que seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada (...)”³³

Nesse sentido, estabelece a Convenção de Palermo, que o crime organizado se estrutura basicamente da seguinte forma: grupo de três ou mais pessoas (elemento objetivo); e ainda tendo como elementos subjetivos, finalidade de prática de infração grave pelo grupo (a Convenção de Palermo considera como infração grave, o ato que constitua infração punível com uma pena privativa de liberdade, desde que esta

³³ Prossegue o artigo 2º da Convenção de Palermo: (d) “Bens”- os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos; (e) “Produto do crime”- os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime; (f) “bloqueio” ou “apreensão”- a proibição temporária de transferir, converter, dispor ou movimentar bens, ou a custódia ou controle temporário de bens, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente; (g) “Confisco”- a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente; (h) “Infração principal”- qualquer infração de que derive um produto que possa passar a constituir objeto de uma infração definida no Artigo 6 da presente Convenção; (i) “Entrega Viglada” – a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática; (j) “Organização regional de integração econômica” – uma organização constituída por Estados soberanos de uma região determinada, para a qual estes Estados tenham transferido competências nas questões reguladas pela presente Convenção e que tenha sido devidamente mandatada, em conformidade com os seus procedimentos internos, para assinar, ratificar, aceitar ou aprovar a Convenção ou a ela aderir; as referências aos “Estados Partes” constantes da presente Convenção são aplicáveis a estas organizações, nos limites das suas competências.

seja de quatro anos ou mais) ou infração enunciada na convenção; ou o propósito de alcançar alguma vantagem econômica ou material, ainda que de forma indireta.

Além dos elementos objetivo e subjetivos, devem estar presentes, o elemento temporal e o elemento estrutural.

Assim, a Convenção de Palermo assinala que o grupo deve existir há algum tempo, devendo haver estabilidade e prolongamento no tempo do grupo. Significa dizer, que a estruturação de grupo para a prática de um único ilícito por vez, não caracteriza criminalidade organizada.

Quanto ao elemento estrutural, importa existir divisão de tarefas, com hierarquia entre os membros do grupo, atuando com estrutura empresarial no desenvolvimento das atividades da organização criminosa.

No que se refere à transnacionalidade do crime, a configuração se dá caso este seja cometido em mais de um Estado; cometido num Estado, mas preparado e controlado em outro; cometido em apenas um Estado por grupo que pratica crime em mais de um Estado; cometido em apenas um Estado, mas que produz efeitos em outros (artigo 3º, 2).³⁴

A criminalidade transnacional "criminalidade sem fronteira" ou "criminalidade internacional", caracteriza-se pelo fato de o criminoso se aproveitar de certas oportunidades para, além das fronteiras, praticar crimes, transferir bens ilegais ou assumir riscos não permitidos.

O Superior Tribunal de Justiça adota esta posição da Convenção de Palermo como definidora do conceito de organização criminosa, conforme o (HC 150729/SP, j.13.12.2011, relatora Ministra Laurita Vaz, DJ, julgado em 02.02.2012).

A influência do Direito Internacional em relação aos mais temidos crimes da atualidade, que se destacam pela abrangência, propagando-se além das fronteiras

³⁴ ALBRECHT, Hans - Jorg. **Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinheiro**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

nacionais (tráfico de drogas, tráfico de seres humanos e lavagem de dinheiro), têm no Brasil provocado discussão doutrinária ferrenha, a partir da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo, Itália, 15 de dezembro de 2000), na qual foi definido o conceito de crime organizado: grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concretamente, com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico ou outro benefício material (artigo 2º).

Pode-se mencionar, ainda, o recebimento da denúncia (ação penal 470) pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, em que uma das emputações dizia respeito justamente ao crime do artigo 1º, VII (Revogado pela Lei 12.683/2012), da Lei 9.613/1998 (Inq 2245/MG), Pleno, j.28.08.2007, relator. Ministro Joaquim Barbosa, DJ (09.11.2007).

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação 3, de 30 de maio de 2006, sugere, com propriedade: a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o 'grupo criminoso organizado' aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciada na convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

No que se refere a gravidade da infração, Antônio Scarance Fernandes faz uma classificação da criminalidade considerada grave, dividindo-a em três subespécies:

a) A criminalidade grave, violenta e não organizada que causa danos ao indivíduo: o homicídio, o roubo, o estupro.

b) A criminalidade grave, nem sempre violenta, não organizada, que atinge

grupo de pessoas ou a coletividade: o envenenamento da água potável, o induzimento ao suicídio coletivo, os golpes financeiros.

c) A criminalidade organizada, cujas características não foram ainda bem definidas, mas que se manifestam no mundo através da 'máfia', dos cartéis do tráfico internacional de armas, no tráfico de mulheres, de crianças.³⁵

O Supremo Tribunal Federal, contudo, entendeu que a Convenção de Palermo não poderia ser utilizada para se estabelecer a definição de organização criminosa. Tal entendimento se deu em sede de julgamento de Habeas Corpus (HC 96007/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, com julgamento em 12.06.2012).

O objeto de discussão desse Habeas Corpus foi se seria possível a utilização da Convenção de Palermo para a definição de organização criminosa para fins de crime antecedente na lavagem de dinheiro. Isto porque antes da Lei 12.683/12, havia um rol taxativo de crimes que poderiam gerar o crime de lavagem de dinheiro.

Assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu, então, que não poderia a Convenção de Palermo estabelecer o conceito de organização criminosa. Que apesar de integrar o ordenamento jurídico brasileiro, não pode criar tipos penais ou defini-los, por não se tratar de fonte formal stricto sensu.

Importa destacar que a Convenção de Palermo apenas estabelece diretivas a serem seguidas pelos Estado - partes, sendo que estes é que deverão fazer as devidas adaptações em suas legislações internas.

Dessa forma, esta Convenção não tipifica organização criminosa, ficando a responsabilidade a cada Estado Parte, no sentido de adotar as medidas legislativas necessárias no tocante a tipificação do que seja crime organizado.

Algum tempo depois, é bem verdade que a questão ficou superada pela edição

³⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. **Crime organizado e a legislação brasileira**. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord). *Justiça Penal - 3: críticas e sugestões. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal*. São Paulo: Revistados Tribunais, 1995, p.35.

da Lei 12.694/2012, conforme veremos adiante.

2.9 Lei 12.694/2012

A inovação trazida pela lei 12.694 de julho de 2012, foi a disposição sobre o processo e julgamento colegiado, em primeiro grau de jurisdição, de crimes praticados por organizações criminosas.

O artigo primeiro desta lei estabelece a possibilidade do juiz decidir pela formação de colegiado para prática de qualquer ato processual, não dependendo de aprovação prévia de órgão jurisdicional ou administrativo superior. Basta apenas motivar a sua decisão, expondo as razões que o levou a tomar tal atitude.

Neste sentido, seguem algumas hipóteses especiais, que possibilitam a convocação do magistrado para formação do colegiado: a)_ decretação de prisão ou de medidas assecuratórias; b)_ concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão; c)_ sentença; d)_ progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena; e)_ concessão de liberdade condicional; f)_ transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e g)_ inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.

Importa esclarecer que a legislação faculta ao juiz, responsável pelo feito a instauração ou não do colegiado. A ideia da lei é proteger a sua integridade física. Portanto, ele deve se sentir ameaçado de morte, lesão ou privação da liberdade.

Assim, não há que se invocar a formação do colegiado quando ocorrer simples temor de riscos menos significantes como agressões à honra ou morais, nem mesmo a ameaças voltadas a terceiros, ainda que sejam seus familiares.

A crítica a esse raciocínio, vem no sentido da não previsão de amparo aos familiares, tendo em vista que qualquer ameaça a parentes do magistrado, pode ser mais eficiente no sentido de influenciá-lo ou constrangê-lo do que se fossem feitas

diretamente a pessoa dele mesmo.

A formação de um colegiado de magistrados de primeiro grau de jurisdição pode ocorrer em nível de inquérito policial (fase extrajudicial) ou de processo. Insta destacar o disposto pelo artigo 2º desta lei, o qual impõe um requisito temporal aos delitos cometidos por organizações criminosas, qual seja, que a pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou tenham o caráter transnacional.

Poderá ser constituído o colegiado para decidir a cerca de qualquer modalidade de prisão cautelar (temporária, preventiva, prisão para recorrer, prisão para aguardar o júri, inclusive para manutenção da prisão em flagrante, quando esta tiver de ser convertida em preventiva), bem como todas as hipóteses de medidas assecuratórias restritivas de direitos, e previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, e ainda as relativas a bens móveis ou imóveis, como o sequestro a especialização de hipoteca legal e arresto (artigos 125 e seguintes do Código de Processo Penal).

Ressalta-se ainda que outros atos como a concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão temporária ou preventiva; e também o ato decisório culminante do processo - a sentença - podem possibilitar alguma hipótese de pressão sob o magistrado, e por esta razão é crivo que se faça uma atuação conjunta, tendo em vista que por óbvio, tais hipóteses são muito mais complexas que as decisões interlocutórias.

É importante notar, que na fase de execução penal, são exigidas outras decisões que importam na reunião dos três juízes, como a possibilidade de se deferir ou indeferir a progressão de regime (fechado ao semi-aberto e deste ao aberto) ou determinar a regressão (transferência de regime mais favorável ao mais severo), por conta da prática de falta grave ou outro motivo relevante, além do indeferimento do pedido de livramento condicional.

Do mesmo modo a decisão de transferência do preso para o estabelecimento de segurança máxima, como os presídios federais, que possam abrigar condenados por delitos hediondos e assemelhados, quando a decisão tiver que ser da autoridade

judiciária, esta poderá convocar o colegiado. De igual modo no caso de inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado, (artigo 52, Lei de Execuções Penais), também poderá requerer ao colégio de juízes.

O objetivo desta lei não é excluir garantias individuais do acusado, nem tampouco assegurar a hipótese da existência do chamado juiz sem rosto, o qual já existe em outros países.

Pelo contrário, o colegiado a ser formado pelos juízes, deve ser conhecido pelas partes do processo bem como pela sociedade no geral. Aqui não se fala em ato secreto, mas tão somente em decisão conjunta, exatamente da forma como ocorre nos tribunais.

Esta possibilidade parece trazer sensação de segurança aos julgadores, pois o responsável pela prisão, condenação ou outro ato restritivo de liberdade não fica na incumbência de apenas um juiz, mas a de três.

Desse modo se a criminalidade decidir se voltar contra a autoridade que praticou o ato que lhe foi desfavorável, terá muito mais trabalho, uma vez que este ato fora praticado por três pessoas, o que torna muito mais complexa e dificultosa a sua atuação.

Implica destacar, a possibilidade de atuação da Corregedoria do judiciário, se houver por parte do magistrado, abuso na busca pelo colegiado, importando-se em infração de dever funcional, passível de punição. A função da corregedoria é apenas fiscalizadora, jamais jurisdicional.

Do mesmo modo, quando se tratar de absoluta desnecessidade de colegiado, a sua convocação poderá ser objeto de questionamento através de habeas corpus, impetrado em favor do réu. Uma vez que a regra é a atuação do juiz natural da causa, sua formação de colegiado será sempre uma exceção, motivando, inclusive, a predisposição de todos em relação a quem será julgado.

Por outro lado, não há previsão expressa em lei de recurso para combater a instauração do colegiado. Se o caso tiver peculiar relevo e gravidade, pode o relator decretar o sigilo, restringindo o acesso aos autos somente ao impetrante do habeas corpus, ao juiz impetrado e ao Ministério Público.

Quanto a composição do colegiado, este será formado pelo juiz do processo e por 2 (dois) outros juízes, os quais serão sorteados eletronicamente e aleatoriamente, dentre aqueles com competência criminal e que atuam no primeiro grau de jurisdição.

Sobre esse tema, Guilherme de Souza Nucci, entende que a composição do colegiado de magistrados se dá pela reunião do juiz do feito (inquérito ou processo), mais dois magistrados de primeiro grau, o que não implica em lesão ao princípio constitucional do juiz natural e imparcial, pois há expressa previsão legal para instauração do colegiado.³⁶

Dessa forma, não há que se falar em tribunal de exceção, pois o juiz da causa, apenas se junta com dois outros juízes através de dispositivo imparcial, ou seja, sorteio eletrônico e não por escolha ou indicação por amizade ou qualquer outro critério abusivo.

Importante destacar que conforme disposição do parágrafo 3º, o colegiado limita-se ao ato pelo qual foi convocado. Isto significa que a competência desses magistrados não será para acompanhar todo desenvolvimento do inquérito e execução da pena do acusado. Poderão ser formados tantos colegiados quanto bastem dentro de um mesmo processo.

O parágrafo 4º do artigo 1º desta lei, estabelece que as reuniões poderão ser sigilosas sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo a eficácia da decisão judicial. Em outras palavras depreende-se que as reuniões poderão ocorrer a portas fechadas de maneira sigilosa, podendo o magistrado, por

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.59.

exemplo, estudar o processo e decidir por uma prisão preventiva de forma solitária, e não em audiência pública.

O disposto nos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal, são aplicados também no colegiado, ou seja, tais mecanismos visam controlar a imparcialidade do juiz, inclusive quanto aos dois magistrados chamados para formar o colegiado.

Dessa forma os três juízes terão seus nomes divulgados previamente para que as partes tenham conhecimento e eventualmente possam impugná-los pelas vias próprias. A previsão da lei nesse sentido é para tornar sigilosa a reunião dos magistrados mas não as suas identidades.

Existe ainda a previsão da realização de atos processuais por meio de vídeo conferência (lei 11.900/2009), onde os juízes poderão reunir-se por meio dessa, para decidir a respeito do ato para o qual foram convocados, inclusive, acompanhar a instrução, em hipótese de sentença.

Nesse colegiado de primeiro grau, não se terá conhecimento dos votos dados por seus integrantes, se por exemplo a decisão for unânime ou proferida por 2x1, pouco importa. Será publicada a decisão, seus fundamentos e o nome dos três juízes que proferiram, sem a necessidade de se noticiar como os três juízes chegaram a esse veredito.

A forma como será organizado o colegiado (exemplo: como poderá se dar o sorteio eletrônico) fica por conta de cada conta de cada tribunal, seja estadual ou federal.

Entretanto, não está o tribunal autorizado a dispor contra os termos desta lei, criando instrumentos novos, que possam deturpar o sentido legal. Da mesma forma, é evidente que resoluções, portarias ou atos administrativos não são instrumentos aptos a ampliar o conteúdo e alcance de uma lei processual penal.

A lei 12.694/2012 define o conceito de organização criminosa no seu artigo 2º,

como sendo a associação de três ou mais pessoas estruturalmente ordenadas e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, sendo certo que essa associação devia ter o objetivo de obter alguma vantagem de qualquer natureza, ainda que indiretamente, mediante a prática de crimes cuja pena máxima fosse igual ou superior a 4 anos ou tivesse caráter transnacional.

Dúvida há de surgir sobre a manutenção do conceito de organização criminosa pela lei 12.694/2012, tendo em vista a edição da Lei 12.850/13, devendo surgir duas posições:

A primeira, no sentido de que a nova lei, ao regulamentar por inteiro a matéria, revogou os dispositivos da Lei 12.694/2012 neste ponto.

A segunda posição virá no sentido de que, por se tratar de lei específica, prevalece, para sua finalidade, a lei atual em detrimento da Lei 12.694/2012.

Percebe-se desta forma, que a diferença básica entre os dois conceitos, concentra-se entre o número mínimo de pessoas. O artigo segundo da Lei 12.694/2012 fixa em três ou mais enquanto o artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei 12.850/2013, estabelece em quatro ou mais.

Insta lembrar, que ambas as leis são especiais, isto posto, é salutar que a mais recente deve prevalecer. Pois, não pode haver duas definições de organização criminosa no mesmo sistema jurídico.

A Lei 12.694/2012, disciplina o colegiado e tem natureza eminentemente processual, enquanto a lei 12.850/2013 possui o caráter essencialmente penal, devendo prevalecer, tendo em vista as próprias finalidades, como a tipificação do delito de organização criminosa.

Desse modo, somente se chamará o julgamento pelo colegiado quando o processo se concentrar na apuração de delitos cometidos, de maneira organizada, por quatro ou mais pessoas.

Em síntese, o artigo 2º da Lei 12. 694/2012 encontra-se derogado, na parte em que fixa o número mínimo de três pessoas. Trata-se de discricionariedade legislativa a fixação do número mínimo de quatro componentes para a caracterização de uma organização criminosa. Pois, nada impede que possa existir uma organização composta por apenas duas pessoas. Respeita-se no entanto, o critério legal adotado na lei 12.850/2013.

A legislação atual demanda-se de uma estrutura ordenada, ou seja, devidamente estabelecida em bases próprias, com recursos definidos e responsabilidade bem distribuídas, havendo líder e liderados com distribuição de tarefas, destinando-se a cada membro a sua atividade particular. Nada impede, ao contrário, recomenda, possa cuidar-se de estrutura informal.

A finalidade de toda organização criminosa é obter algum tipo de vantagem econômica ilícita, ainda que de forma indireta. Porém, tal objetivo, será alcançado mediante a prática de infrações penais, cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional.

Assim, estabelece-se como atividade da organização, tanto o cometimento de crimes quanto o de contravenções penais, além dos delitos de cunho transnacional, isto é, aqueles que ultrapassem as fronteiras brasileiras.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci entende que não poderiam ter sido ignorados pela nova lei os crimes cuja pena máxima seja inferior a quatro anos, como por exemplo, os crimes contra a organização do trabalho, perdendo-se assim a oportunidade de se estabelecer a organização criminosa em qualquer nível de delinquência.³⁷

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.59.

3 LEI 12.850/2013 - CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Guilherme de Souza Nucci admite que “definir organização criminosa é tarefa complexa e controversa, tal como a própria atividade do crime neste cenário. O autor explica que a “criminalidade organizada”, age de forma estruturada, que visa ao combate de bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de Direito.³⁸

Torna-se ainda mais importante a conceituação de organização criminosa, o fato de ter sido criado um tipo penal específico para punir os integrantes participantes desse tipo de criminalidade.

De acordo com a Lei nº 12.850/2013, organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo pré-estabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes.

O número mínimo de associados para configurar o crime organizado resulta de pura política criminal, pois é variável e discutível. No caso concreto, duas pessoas podem se organizar, dividir tarefas e buscar um objetivo ilícito em comum. Apesar de incomum não parece ser impossível, tanto que a Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), no seu artigo 35, prevê, como crime autônomo, a associação de duas ou mais pessoas para o fim da prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 34 (Tráfico).

A crítica é sobre a opção do legislador pela ideia esboçada pela anterior redação do artigo 288 do Código Penal, constitutiva da quadrilha urbana, que é a reunião de mais de três pessoas, logo, 4 ou mais. Vale observar que, a partir da edição da lei 12.850/2013, modificando-se a redação do referido artigo 288 do código penal, eliminou-se o título (quadrilha ou bando), que, de fato, era defasado e corroído pelo tempo, atingindo-se a terminologia adequada, correspondente a (associação criminosa).

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.674 e 675.

Vicente Greco Filho, assim entende:

“Não é adequado que a lei dê os requisitos para que uma associação ou grupo se constitua em organização criminosa, uma vez que as organizações são muito diferenciadas e uma definição redigida restringiria o conceito, tornando impossível, em princípio, a sua identificação em face de exigências rígidas e expressas. O conceito deve ser fluido, como fluido é o próprio modo de ser de uma *societas sceleres*.³⁹

E mais, a criminalidade organizada é, antes de tudo, um fenômeno social, econômico, político, cultural etc., fruto da sociedade contemporânea e como tal é dinâmica.”⁴⁰

Por outro lado, o legislador infraconstitucional manteve a inteligência da composição de quadrilha ou bando, estipulando pelo menos 4 pessoas na organização criminosa; o mínimo de três pessoas para configuração da associação criminosa do Código Penal e duas ou mais pessoas na lei de drogas (Lei 11.343/2005)

A estrutura da organização criminosa exige um escalonamento, o qual permite uma ascensão no âmbito interno, o pré-estabelecimento da função de cada integrante, todos visando um só objetivo, qual seja, a obtenção direta ou indireta de uma vantagem de qualquer natureza. A divisão de tarefas não precisa ser formal, ou seja, constante em registros, anais, documentos ou prova similar, tendo em vista tratar-se de uma atividade criminosa clandestina.

No tocante a obtenção da vantagem criminosa, em que pese, ter como regra o cunho econômico, é certo que não se dispensa a vantagem de outra natureza, como por exemplo, a disputa de poder; a conquista de votos etc.

³⁹ cf., p.ex., nosso tóxicos- prevenção e repressão. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.178.

⁴⁰ Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, mar.-abr./2008, p.11-30).

O parágrafo 1º do artigo 1º desta lei também faz referência às infrações transnacionais, sejam elas tidas como crime ou contravenções independente da pena máxima em abstrato, caso transponha as fronteiras do Brasil atingindo outros países, a atividade permite caracterizar a organização criminosa como transnacional. O mesmo raciocínio é igualmente verdadeiro quando a infração penal tiver origem no exterior e vir a atingir o território nacional.

O objeto da lei, a principio, era conceituar e tipificar o delito de organização criminosa, regulando o procedimento, porém, optou-se por estender sua aplicação a outras infrações penais, consideradas de elevada danosidade social, como por exemplo, ação controlada, infiltração, colaboração premiada, captação de provas etc.

No que se refere à aplicabilidade por extensão, em relação à infrações penais previstas em tratados e convenções internacionais, assumidas pelo Brasil, tem-se como exemplo o tráfico de drogas e o de pessoas, desde que tenham sido iniciados em território nacional e atingido estrangeiro ou reciprocamente. No Código Penal, o artigo 231 trata do tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, o qual também admite a inserção no contexto da Lei 12. 850/2013, ainda que cometido por um só agente.

Outro aspecto que deve ser observado é divergência entre o disposto pela novel Lei 12.850/2013 e pela Lei 11.343/2006 quanto aos benefícios da colaboração premiada. Tendo em vista que esta lei é mais recente deve prevalecer sobre a anterior, desde que haja subsunção ao inciso I, do parágrafo 2º do artigo 1º da Lei 12. 850/2013. É o caso por exemplo da hipótese do cometimento do crime de tráfico ilícito de drogas (artigo 33) quando transnacional, tenha sido praticado por apenas três agentes, em tese comporta a colaboração premiada nos termos da nova lei 12. 850/2013.

Em relação ao terrorismo internacional, Guilherme de Souza Nucci, entende que "esta hipótese contempla o cenário das organizações terroristas internacionais, cuja conceituação é ainda mais fluida e complexa, sendo impossível buscar um padrão

único. Por isso a lei aponta para o seu reconhecimento segundo as normas de direito internacional, que podem advir de tratado, convenção, costumes e jurisprudência de tribunais internacionais”.⁴¹

Ainda de acordo com Guilherme de Souza Nucci, "a definição de organização criminosa, prevista no artigo 1º, parágrafo 1º da Lei 12. 850/2013 não prevalece no contexto do terrorismo internacional, e da como exemplo, a seguinte hipótese: se três terroristas se organizarem e assim forem reconhecidos pela comunidade internacional, aplica-se a Lei 12. 850/2013, no cenário processual. Prevê-se relevo penal aos atos preparatórios ocorridos, ou que possam ocorrer no Brasil. Foge-se à regra do artigo 14, inciso II, do Código Penal, que, adotando a teoria objetiva, somente consegue interesse penal punitivo aos atos executórios."⁴²

Na situação prevista na Lei de Organização Criminosa, levam-se em consideração os atos preparatórios somente para fixação do interesse brasileiro em punir determinados delitos, bem como para aplicar os instrumentos nela previstos.

Quanto à organização terrorista internacional, Guilherme de Souza Nucci entende que:

“havia uma lacuna a ser suprida na legislação brasileira, em relação ao combate do terrorismo internacional. Por isso, o advento da Lei 12.850/2013, permite que as autoridades brasileiras ingressem na luta contra essa atividade perigosa de criminosos internacionais. Dois pontos devem ser postos em questão: a) não há ainda, definição adequada para o crime de terrorismo no Brasil; b) Não se criou uma definição adequada à Organização Terrorista Internacional, possibilitando aplicar a novel lei. Quanto a primeira, a Lei 12.850/2013, não se volta especificamente ao terrorismo interno, nem a organização criminal a ela ligada. No tocante à segunda, o

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.678.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.679.

conceito de organização terrorista internacional pode ser buscado no próprio Direito Internacional, pois serve a autorizar mecanismos de combate ao terrorismo – e não se cria um tipo penal de organização terrorista internacional.⁴³

Guilherme de Souza Nucci entende que o Estado brasileiro pode-se valer dos institutos de investigação e obtenção de provas – colaboração premiada, ação controlada, infiltração de agentes – que constituem cenário de processo penal não vinculado ao princípio da taxatividade.⁴⁴

Em análise ao artigo segundo da Lei 12.850/2013, “promover, constituir, financiar ou integrar pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”. Têm-se que o tipo prevê as seguintes condutas alternativas: promover (no sentido de gerar ou originar algo), constituir (no sentido de formar, organizar ou compor), financiar (no sentido de dar sustento a algo) ou integrar (no sentido de tomar parte, juntar-se, completar) cuidando-se pois, de tipo penal misto alternativo.

Das formas verbais previstas, Guilherme de Souza Nucci entende que:

“É inadequada a figura promover, por duas razões: primeiro, pelo duplo sentido; segundo, porque o significado de gerar encaixa-se no outro verbo constitui; ainda, no significado de difundir, torna-se estranha a figura de difundir a organização criminosa, algo que, normalmente é camuflado. Bastaria o verbo integrar, que abrangeria todos os demais. Quem promove ou constitui uma organização, naturalmente a integra; quem financia, igualmente a integra, mesmo como partícipe.”⁴⁵

Quanto aos sujeitos ativo e passivo, prevalece o entendimento que qualquer pessoa pode integrar a organização criminosa. Inclusive na hipótese de menores de

⁴³ Nucci, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.680

⁴⁴ Nucci, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.681

⁴⁵ Nucci, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.682

18 anos, que embora não tenha capacidade de responder pelo delito, são usualmente utilizados pela organização para prática de toda sorte de ilícitos, isto quando não são eles próprios que lideram o bando.

Tanto é assim, que o parágrafo único do artigo 288 do Código Penal, passou a prever a participação de crianças e adolescentes, no delito de associação criminosa. Pela mesma razão, a alteração legislativa passa a prever no artigo 2º parágrafo 4º, inciso I, uma causa de aumento de pena, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) quando houver participação de criança ou adolescente. É evidente que deve haver uma efetiva integração dos menores na prática dos delitos, tomando parte da divisão de tarefas e no escalonamento interno.

A previsão feita nesta Lei (12.850/2013), exigindo quatro pessoas para configurar organização criminosa, provoca a derrogação do artigo segundo da Lei 12.694/2012 (a qual institui o colegiado para julgar agentes do crime organizado). Assim, configura-se organização criminosa, a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, direta ou indiretamente, afim de obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que seja de caráter transnacional. Desta forma, a previsão feita nesta lei provoca a derrogação do artigo 2º da Lei 12.694/2012 – que menciona três ou mais pessoas -, em razão de não ser possível a existência de dois conceitos simultâneos e igualmente aplicáveis do mesmo instituto.

Com isso, para se invocar o colegiado, independente da expressão “para os efeitos desta lei” (Lei. 12.694/2012), deve-se estar diante de autêntica organização criminosa, hoje, com quatro pessoas no mínimo. Neste mesmo sentido, afasta-se do artigo 2º desta lei a previsão de crimes cuja pena máxima seja igual a quatro anos. Prevalecendo de acordo com a Lei 12.850/2013 que as penas superiores a quatro anos ou delitos transnacionais é que ensejam a organização criminosa.

O simples fato de se participar de uma organização criminosa, já caracteriza o delito de perigo abstrato, pois coloca em risco a segurança da sociedade, que é o

sujeito passivo deste tipo penal. Por outro lado, não se admite a forma culposa, pois é exigido o elemento subjetivo específico, qual seja a obtenção de vantagem ilícita de qualquer natureza.

O elemento normativo do tipo é caracterizado pela "expressão pessoalmente ou por interposta pessoa", sendo esta última expressão, qualquer pessoa usada pela organização, a título de "laranja". Esse intermediário, pode ser pessoa física ou jurídica, pois segundo a doutrina, esses artifícios não servirão a impedir a criminalização da conduta do integrante da organização criminosa.

Trata-se de crime comum, pois pode ser cometido por qualquer pessoa; crime formal, pois não exige um resultado naturalístico para sua consumação; crime de forma livre, pois admite-se qualquer meio de execução; comissivo, pois é praticado mediante uma ação; permanente, pois o momento consumativo prolonga-se, protraí-se no tempo; de perigo abstrato, cuja potencialidade lesiva é presumida em lei; plurissubjetivo pois exige mais de um autor para sua concretização; plurissubsistente, pois se perfazem com vários atos. Não admite tentativa, pois o delito é condicionado à existência de estabilidade e durabilidade para se configurar.

Assim, ausentes tais elementos, ou mesmo a estabilidade e durabilidade, não haveria que se falar em crime consumado, cuidando-se, pois, de irrelevante penal.

A pena prevista para esse tipo penal varia entre 3 (três) a 8 (oito) anos além de multa, sem prejuízo das penas correspondente às demais infrações penais aplicadas. Se preenchido os requisitos subjetivos (culpabilidade, antecedentes, conduta pessoal, personalidade, motivos e circunstâncias, conforme o artigo 44 inciso III do Código Penal), poderá ser concedido o benefício da aplicação de pena alternativa, desde que, por óbvio, não se trate de crime violento contra pessoa.

Caso não seja possível a aplicação de pena alternativa, pode se fixar o regime fechado, semi-aberto ou aberto, a depender da pena a ser aplicada. Com base no artigo 2º da Lei 12.850/2013, o integrante da organização criminosa poderá ser punido em concurso material (artigo 69 do Código Penal) com os demais delito

eventualmente praticados.

O parágrafo 1º do artigo 2º desta lei, dispõe que incorrerá nas mesmas penas aquele que impedir ou que de qualquer forma embaraçar a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

Trata-se de um tipo penal de obstrução a justiça. O legislador infraconstitucional entendeu que a prática de qualquer desses verbos, sendo apenas um deles ou ambos os verbos, a incidência será em um único crime.

Guilherme de Souza Nucci entende que a conduta de impedir ou embaraçar se voltam ao objeto investigação de infração penal, devendo haver uma interpretação extensiva para abarcar também a fase processual, envolvendo organização criminosa, portanto qualquer persecução criminal devidamente prevista em lei, conduzida por autoridade competente - (juiz ou delegado) - tratando do crime de organização criminosa, prevista no artigo 2º, caput da Lei 12. 850/2013.⁴⁶

Afinal, se ao perturbar a mera investigação criminal o agente deverá ser punido, por mais razão também deverá ser punido o agente quando vier perturbar o processo instaurado pelo mesmo motivo.

Qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo no crime de obstrução da justiça, podendo, então, o crime ser cometido por qualquer pessoa, não se exigindo resultado naturalístico para sua consumação. O sujeito passivo será sempre o Estado, pois o bem jurídico tutelado é a administração da justiça. Não se admite a forma culposa, e não há elemento subjetivo específico. Em qualquer de suas formas (impedir, ou embaraçar), admitir-se-á a forma tentada, pois o íter criminis comporta interrupção.

No campo da organização criminosa, as penas aumentam-se até a metade se na atuação dos seus agentes houver emprego de arma de fogo, conforme dispõe o parágrafo 2º do artigo 2º da Lei 12.850/2013, diversamente do previsto pelo artigo

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.680.

288, parágrafo único do Código Penal, que trata da associação criminosa. Neste último caso, a arma pode ser considerada própria (instrumentos voltado exclusivamente ao ataque e a defesa, tais como revólver, punhal, espada, etc) ou arma imprópria (foice, arpão, faca, etc).

Por outro lado, quando se trata de organização criminosa, somente tem cabimento a arma própria e, particularmente a arma de fogo. Pois a utilização deste instrumento é para prática de infrações penais, destinadas a aferir vantagem ilícita. Prevalece o entendimento de que não é preciso apreender a arma de fogo e periciá-la para que incida esta causa de aumento, uma vez que basta a configuração da mera ameaça, provada através de testemunha.

O parágrafo 3º da referida lei, prevê o agravamento da pena para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. Isto implica dizer que a liderança pode ser exercida individualmente ou de forma coletiva.

De acordo com artigo 29 do Código Penal, quem de qualquer modo concorre para o crime, incide nas penas a ele cominadas, isto significa que ainda que o agente não pratique pessoalmente os atos de execução, ele poderá responder como autor ou partícipe. Esse é o entendimento conforme a teoria objetiva.

Já para a teoria objetivo-formal, autor é aquele que executa o tipo penal (executor), e partícipe é quem auxilia o executor sem praticar a ação do verbo. De acordo com a teoria objetivo-individual (também denominada teoria do domínio do fato), autor é quem executa o tipo e também comanda a ação típica, e partícipe é quem auxilia o autor sem praticar a ação verbal.

Assim, para que seja aplicada a agravante prevista no parágrafo 3º, basta que o agente tenha o controle da ação, seja ele considerado autor ou partícipe. Prevalece o entendimento que uma agravante eleva em um sexto a pena base.

De acordo com o parágrafo 4º, inciso I, a pena será aumentada de 1/6 (um sexto)

a 2/3 (dois terços), se houver participação de criança ou adolescente. Esta circunstância legal permite o rompimento da pena máxima constante do tipo abstrato, a qual será atribuída na terceira fase da dosimetria penal (artigo 68 do Código Penal). O grau de aumento (1/6 a 2/3), deve vincular-se ao número de crianças ou de adolescente encontrados na organização.

O inciso II, do parágrafo 4º, trata do concurso de funcionário público, na organização criminosa, e não se trata da hipótese apenas, da prática de crimes funcionais, mas de qualquer infração penal em que a atuação do servidor seja útil. A opção pelo aumento de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), será definida de acordo com o benefício trazido pelo funcionário à organização criminosa. Assim, se o funcionário atuar como mero partícipe, a pena poderá ser elevada de 1/6; quando o funcionário atuar diretamente na prática do delito o aumento deverá ser maior, a depender do benefício trazido da organização, podendo atingir os dois terços.

Quando o produto ou proveito da infração penal destinar-se no todo ou em parte ao exterior, também haverá a elevação da pena (1/6 a 2/3). Esta hipótese de aumento da pena se dá devido a dificuldade em rastrear, localizar e sequestrar ou apreender o produto ou proveito da infração penal cometida pela organização quando tudo é encaminhado ao exterior.

Houve recentemente uma alteração no artigo 91 do Código Penal, sendo acrescentado o parágrafo 1º, justamente para coibir a prática desses delinquentes organizados. Assim, por esse dispositivo poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime, quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

Também visando impedir remessas ilegais a paraísos fiscais, o parágrafo 2º do mesmo artigo dispõe que as medidas assecuratórias, como o sequestro, poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação da perda. Isso equivale a dizer que o infrator poderá perder seu patrimônio lícito, localizado no Brasil, para compensar aquele enviado para o exterior. A majoração da pena (1/6 a 2/3) dar-se-á de acordo com o montante

desviado.

O inciso IV do parágrafo 4º se preocupou com a conexão existente entre as organizações criminosas. Tendo em vista a danosidade social elevada, o legislador infraconstitucional optou pela elevação da pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a ser definida conforme o número de organizações conectadas, bem como à profundidade dos laços existentes.

Para Guilherme de Souza Nucci, a causa de aumento de pena (1/6 a 2/3) prevista no inciso V do parágrafo 4º que trata da transnacionalidade da organização é inaplicável, quando se tratar de organização transnacional a fim de ser evitado o bis in idem, pois a transnacionalidade é elementar do tipo incriminador (artigo 2º, caput, c.c o artigo 1.º, parágrafo 1º, da Lei 12.850/2013).⁴⁷

O parágrafo 5º do artigo 2º dispõe que se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração quando a medida se fizer necessária à investigação ou à instrução processual. Esse afastamento se faz necessário, porque não teria sentido apurar a infração penal mantendo o funcionário em plena atividade.

A Lei 12.403/2011 instituiu as medidas cautelares alternativas à prisão, alterando o artigo 319 do Código de Processo Penal. Vem do inciso VI deste artigo o fundamento para o afastamento cautelar do funcionário público, quando houver justo receio de que o mesmo possa em razão de sua função praticar infrações penais, em concurso com outros integrantes de organização criminal. Este afastamento se dá por conveniência da investigação ou da instrução processual.

Há previsão expressa de efeitos genéricos da sentença no artigo 91 do Código Penal, o que implica dizer que tais efeitos independem de fixação pelo juiz na sentença. Do mesmo modo será os efeitos conforme disposição do parágrafo 6º do artigo 2º da Lei 12.850/2013, quanto a condenação com trânsito em julgado do

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.686.

funcionário público.

Isto significa que caso o funcionário público seja condenado com trânsito em julgado, independente do juiz declarar na sentença a perda do cargo, função, emprego ou o mandato eletivo, estes dar-se-ão automaticamente. Também será automática a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subseqüentes ao cumprimento da pena. Entende-se que da mesma forma que se pode determinar a perda do mandato eletivo, deveria ter sido prevista a medida cautelar de afastamento das atividades parlamentares. Porém, não é o que ocorre, pois quando se trata de perda do mandato eletivo de senadores e deputados federais, há a discussão no tocante à formalização da referida perda.

Discute-se se, transitado em julgado a sentença condenatória o condenado perde os direitos políticos (art. 15, III, CF) ou se deve haver deliberação por parte da Casa Respectiva, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, nos termos do artigo 55, parágrafo 2º, da constituição federal.

Por questão de política criminal, atribuiu-se a investigação da participação de policiais civis ou federais, às respectivas corregedorias, a qual instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão (parágrafo 7º, do artigo 3º, da Lei 12. 850/2013). Caso o policial seja militar, deverá ser investigado pela corregedoria da polícia civil, pois não se trata de delito militar - inexistente previsão no Código Penal Militar -, com acompanhamento do Ministério Público.

3.1 Da investigação e dos meios de obtenção da prova

Em relação aos meios de prova, são admitidos todos os recursos, diretos ou indiretos, que possam alcançar a verdade dos fatos no processo, desde que tais recursos sejam lícitos, pois a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, veda os recursos ilícitos. Os meios de prova lícitos, devem ser ponderados pelo juiz na formação do seu livre convencimento (artigo 155, caput, do Código de Processo

Penal), embora sempre fundamentado (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal). Quanto aos meios ilícitos, há quem entenda que estes somente poderão ser utilizados na defesa do réu.

De acordo com a atual legislação especial, a investigação bem como os meios para a obtenção de prova, são tratados no artigo 3º, e seus incisos da Lei 12.850/13. Trata-se da persecução penal, e nesse sentido, verifica-se aqui, uma inovação no tratamento dogmático do tema, pois, pela primeira vez, a legislação passou a usar o termo técnico pelos quais estes institutos são modernamente conhecidos: meios de obtenção de prova.

A persecução penal é a denominação da atividade estatal de investigação e processo, no âmbito criminal, com vistas a apurar a prática de infração penal e sua autoria. Inicia-se, como regra, pela instauração do inquérito policial - também chamada de fase extrajudicial. Esse procedimento administrativo, é presidido pela autoridade policial, visando a colheita de provas suficientes a demonstrar a materialidade e a autoria do delito.

O objetivo é servir à formação do convencimento do titular da ação penal. Em que pese o órgão acusatório não depender da instauração do inquérito policial para iniciar a ação penal, é certo que um inquérito bem feito, com relatório final, bem elaborado, pode justificar tanto a condenação do autor de um delito, como a absolvição de um inocente.

Na seqüência, com recebimento da denúncia ou queixa, assegurando ao acusado os direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório (os quais não necessariamente são observados na fase inquisitiva), inicia-se o processo criminal; colhem-se provas e atinge-se a decisão de mérito, condenando-se ou absolvendo-se o réu.

3.2 Da colaboração de prova

A colaboração premiada ou delação premiada, encontra previsão esparsa em várias leis brasileiras. No entanto, pela primeira vez, a lei regulamenta, de maneira ampla e detalhada os elementos de delação premiada. Assim, para melhor entender-se este estudo, trataremos de cada um dos tópicos detalhadamente.

Houve grande inovação nesta lei. Já no caput do artigo 4º, há disposição no sentido de que somente poderá ser feita a delação premiada, a pedido das partes e desde que atendidos dois requisitos cumulativos: Deve haver colaboração efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal, e desde que desta colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

Neste ponto a doutrina entende que há um rigor excessivo, tendo em vista que de acordo com a Lei 9.807/99 (Lei de Proteção a testemunha), deve haver a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, e nada menciona quanto as infrações penais por eles praticadas.

No mesmo sentido, vem a Lei 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais), em que há alternatividade.

Assim, questiona a doutrina, a hipótese em que através do delator são identificados inúmeros coautores ou partícipes, mas não se lograr êxito na apuração das demais infrações cometidas pela organização. A rigor, pelo preciosismo da nova legislação, o colaborador não poderia beneficiar-se do instituto.

Por esta razão, entende-se, que deverá haver um melhor esclarecimento dos critérios de valoração, bastando que seja suficiente identificar os comparsas e crimes por eles praticados, independente de esgotar todas as atividades praticadas pelas organizações, tendo em vista que na maioria das vezes, estes desconhecem a totalidade dos membros ou mesmo todos os delitos por eles praticados.

b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

Apuração da autoria e materialidade é objetivo da investigação. Se houver disposição de algum membro da organização no auxílio do deslinde da estrutura e das tarefas realizadas pelos seus comparsas dentro da organização criminosa, é razoável que o colaborador seja premiado pela lei, de acordo com a produção do resultado alcançado através de suas informações.

c) prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

Entende a doutrina que este dispositivo terá pouca aplicabilidade, se for analisado de forma isolada, tendo em vista a impossibilidade de se revelar as futuras infrações do crime organizado, sem desvelar quem são os coautores e partícipes ou os crimes já praticados.

d) recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

Neste dispositivo, entendeu-se que deve haver atenção especial, devendo haver proporcionalidade entre a devolução do bem às vítimas e o benefício a ser alcançado pelo colaborador. Quanto maior for a restituição do bem que foi retirado da vítima, bem como da identificação dos demais criminosos envolvidos na ação, maior poderá ser o prêmio, inclusive podendo-se alcançar até mesmo o perdão judicial.

e) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

A vida é o maior bem a ser preservado, de tal sorte que libertar-se a vítima de um cativo, com o auxílio de um colaborador, merece, sem dúvidas, uma retribuição, cuja valoração dessa delação deve ser bastante considerada.

Discussão poderá haver sob a taxatividade do rol desta colaboração. Pelo texto da lei, presume-se tratar de rol taxativo e além disso, que deve ter havido seu resultado concreto, não bastando mera indicação. Caberá a jurisprudência tratar do tema, visto que, poderão ser obtidos outros feitos concretos com a colaboração não previsto na lei.

Além dos requisitos já elencados, a concessão do benefício, também deve levar em conta, outros requisitos subjetivos, como a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Outra inovação trazida por esta lei, é a possibilidade desta avaliação subjetiva poder ser feita tanto pelo Delegado quanto pelo Ministério Público, sendo certo que competirá ao magistrado a homologação ou não do acordo de delação.

A lei expressamente atribui ao juiz, 5 (cinco) possibilidades, uma vez constatando a eficácia da delação:

a) conceder o perdão judicial, julgando extinta a punibilidade; exemplo: se através da colaboração foi possível recuperar-se todo o produto ou proveito do crime, bem como na localização de autores e partícipes.

b) condenar o réu colaborador e reduzir a pena em até 2/3 (dois terços). Cabe salientar que não houve por parte do legislador o estabelecimento de mínimo. Assim, se tratar-se da hipótese de uma recuperação parcial, de poucos recursos, há de se partir para uma redução mínima da pena, entendendo-se como tal, um sexto.

c) substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, dentre as previstas pelo artigo 43 do Código Penal;

d) arquivar o inquérito policial;

e) reduzir a pena imposta na sentença até a metade ou a progressão para regime

mais benéfico ainda que não cumprido o requisito objetivo. Também, durante a execução penal, poderá ocorrer a colaboração premiada e, neste caso, poderá haver a redução da pena até a metade ou progressão de regime, ainda que não tenha sido cumprido o lapso temporal objetivo.

A crítica quanto a este dispositivo, vem no sentido de que independente do tempo de condenação, será possível ao condenado a progressão de regime, porque a lei expressamente admite a dispensa do limite temporal para progressão. Assim, a título de exemplo, se alguém for condenado à pena de 300 (trezentos) anos de reclusão, é possível admitir-se que, mesmo para esse condenado, será possível a progressão, dada dispensa do limite temporal para progressão do regime.

A opção por um ou outro efeito, irá depender do grau de cooperação do delator, pois quanto mais amplo e benéfico aos interesses do Estado, maior deve ser o seu prêmio.

Na hipótese do perdão judicial, o colaborador além de não cumprir a pena, não terá antecedente criminal. O legislador deixa claro no parágrafo 2º do artigo 4º, que a proposta do perdão judicial poderá ser feita pela autoridade policial, no inquérito policial, ouvido o Ministério Público; poderá também ser feita a proposta pelo Ministério Público durante a fase processual, sendo que, esta proposta poderá ser feita ainda que não tenha ficado constante na proposta inicial.

Insta salientar ainda que o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia, desde que observado os seguintes requisitos: a) não seja o colaborador o líder da organização criminosa; b) seja o primeiro a prestar a efetiva colaboração. Estes requisitos são cumulativos.

A cooperação deverá ser voluntária, isto é, livre de qualquer coação física ou moral, embora independa de sinceridade e arrependimento. O delator deverá agir cooperar da mesma forma, tanto na fase investigatória, quanto na fase judicial. Assim, em nada adiantaria o colaborador, por exemplo, apontar cúmplices durante o inquérito policial, e depois retratar-se em juízo.

Feito o acordo de colaboração premiada, este deve ser reduzido a termo, (inteligência do art. 6º da Lei 12. 850/2013), e deverá passar pelo crivo do juiz, o qual avaliará as suas condições e decidirá pela homologação ou não do acordo.

As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas auto incriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Nesse sentido, entende-se que deixar de oferecer denúncia e arquivar o inquérito, não seria uma medida segura a ser tomada, uma vez que poderia se revelar em completa desproteção ao delator. Pois, como se sabe, o arquivamento pode provocar processo-crime posteriormente, desde que surjam novas provas.

Guilherme de Souza Nucci entende que "Todo defensor deve aconselhar o seu patrocinado a jamais fornecer informes ou prestar colaboração efetiva, como delator sem o acordo devidamente assinado. Logo não deve aquiescer com uma colaboração informal, não submetida ao juiz, permitindo que o Ministério Público simplesmente deixe de denunciar (...) ⁴⁸

Em caso de homologação do acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo Delegado de Polícia responsável pelas investigações

Por outro lado, ainda que o investigado em nada colabore, durante a primeira fase da persecução penal, mas, se o faz durante a fase processual, pode se acolher a delação premiada, dispensando-se a cumulatividade.

Conforme o disposto no artigo 4º, parágrafo 6º da Lei 12.650/2013, houve um avanço, com a não permissão da participação do juiz nas negociações entre o Estado e o delator, tendo em vista que caberá ao magistrado a possibilidade de homologar o acordo, desde que regular e legal. Realizam negociação o delegado, o

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.688.

investigado e o seu defensor, com a participação do Ministério Público; ou o Ministério Público, o investigado e seu defensor. Feito o acordo lavra-se o termo por escrito nos termos do artigo 6º da Lei 12.850/2013.

Trata-se de mais uma manifestação do acusatório, na medida em que afasta o juiz da possibilidade de tomar ciência de fato, aos quais as partes ainda não chegaram a um consenso.

A importância de se garantir proteção ao colaborador dá-se em razão do risco quanto a sua integridade física e moral, uma vez que com esse instituto, além do delator admitir sua culpa, ele acaba por entregar os seus comparsas. Isto, por certo, poderia acarretar agressão ou até morte do colaborador.

O delator também deverá receber proteção no que se refere a sua imagem perante os meios de comunicação. Não poderá ser revelada a sua identidade, nem tampouco permitir que este seja fotografado ou filmado, salvo se houver previa autorização por escrito do colaborador.

Neste sentido, a lei expressamente assegura alguns outros direitos ao colaborador em seu art. 5º, como usufruir das medidas de proteção previstas da legislação específica; ter nome, qualificação e demais informações pessoais preservados; ser conduzido em juízo separadamente dos demais co-autores e partícipes; participar da audiência com outros acusados, dentre outros.

Prevalece o entendimento de que este rol de direitos não é taxativo, mas meramente exemplificativo. Outras medidas de proteção também são previstas pela Lei 9. 807/1999, (Lei de Proteção a Testemunhas e Vítimas), particularmente, os disposto pelo art. 7º, 8º e 9º, que podem ser aplicados isolados ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida.

Por outro lado, também há entendimento de ser vedado o sigilo extremado de provas, permitindo o acesso dos defensores a qualquer meio constante do autos.

Por fim, é de se destacar que o colaborador deverá renunciar ao direito, ao silêncio dos depoimentos em que prestar. Assim, aquele que já tiver recebido perdão judicial, poderá ser ouvido como testemunha, tendo a obrigação de dizer a verdade sobre o que sabe, já os colaboradores - réus que receberam redução da pena, serão ouvidos como corréus, também sem a proteção do direito ao silêncio, pois igualmente já foram beneficiados pelo acordo.

Quanto à publicidade, a regra no processo penal é a preservação do livre acesso das pessoas aos autos e aos atos processuais realizados. Por outro lado, nada impede que o juiz decrete sigilo no processo, quando se tratar de crimes praticado por membros de organizações criminosas.

O acesso aos autos poderá ser restrito ao Juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia como forma de garantir o êxito da investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

Por fim, é importante destacar que em se tratando de colaboração premiada, ainda que o acordo deixe de ser sigiloso, a publicidade poderá ser restrita, consoante aos direitos do colaborador previstos nesta Lei.

3.3 Da ação controlada

A ação controlada, também conhecida como flagrante virtual ou flagrante retardado, consiste no retardamento da prisão em flagrante a fim de se obter em um momento mais oportuno, uma maior quantidade de provas e informações sobre a organização criminosa.

A autoridade policial ou administrativa (órgãos de controle interno das instituições, como as corregedorias) têm permissão legal de, diante de uma situação concreta de crime, deixar de intervir imediatamente e passar a acompanhar o

suspeito, para poder juntar mais elementos probatórios, bem como identificar um maior número de envolvidos, especialmente, quando for possível identificar a liderança do crime organizado.

Prevalece o entendimento de que deverão ser observados os seguintes requisitos:

a)_ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada: esse dispositivo não é aplicável a qualquer infração penal, mas apenas a infrações praticadas por integrantes de organizações criminosas. Trata-se portanto de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, bem como da indeclinabilidade da investigação.

b)_a ação deve ser mantida sob observação e acompanhamento. Portanto, deve existir uma investigação formal instaurada para averiguar as infrações penais praticadas pelos integrantes do crime organizado. Para que isso seja possível, esta lei também regulamentou como se deve ocorrer a infiltração de agentes.

c)_a autoridade judiciária deve ser comunicada previamente, para que possa estabelecer seus limites, bem como deverá ser dada ciência ao representante do Ministério Público. Esta comunicação será distribuída de maneira sigilosa ao juiz. Imperioso que apenas o Juiz, o Ministério Público e o Delegado de Polícia tenham acesso ao conteúdo.

De acordo com a Súmula Vinculante 14, a qual assim dispõe: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório, realizado por órgão de competência de polícia judiciária, digam respeito ao direito de defesa". Prevalece o entendimento que não há violação, a esta Súmula, pois trata-se de meio de obtenção de prova, de forma que a eficácia da medida dependa de seu sigilo e, evidentemente, haverá contraditório diferido sobre esta medida.

Também é majoritário o entendimento no sentido de ser suficiente a simples

comunicação da medida a autoridade judiciária. Pois pode ocorrer, por exemplo, que a medida seja necessária em período noturno. Nesta situação, não seria possível aguardar a autorização judicial para só então acompanhar a ação, pois poderia se tornar inócua.

Entende-se que a autoridade policial, que preside a investigação de infrações penais cometidas por integrantes de organizações criminosas, quando estiver diante da necessidade de retardar uma determinada ação, com o intuito de ampliar a colheita de provas e conhecer melhor sobre seus integrantes, deverá apenas oficiar ao juiz responsável que está fazendo tal acompanhamento.

Não se trata de um pedido de autorização prévia. Nos termos do artigo 8º, parágrafo 1º, da lei 12.850/2013, esta comunicação visa propiciar ao magistrado a possibilidade de estabelecer limites para atuação policial, sem contudo, haver interferência no modo operacional da investigação. Ciente, o Ministério Público poderá propôr alguma diligência ou procedimento específico, ou ainda fazer alguma sugestão ao juiz no sentido de imposição de limites à investigação.

Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, isto é, se houver necessidade estender diligência policiais em outros países, o retardamento da intervenção policial ou administrativa, somente poderá ocorrer com cooperação das autoridades desses países. Além disso, se houver uma prisão efetivada em alguns desses países, deverá haver acordo de concessão de extradição para que se possa trazer o detido ao Brasil.

Esta preocupação busca minimizar o risco de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Importante é distinguir a ação controlada da entrega vigiada, que se encontra prevista no art. 53 da Lei 11. 343/2006. São modalidades que não se confundem, embora ambas são modalidades de flagrante que têm em comum a não atuação imediata do agente policial sobre aquele que está a praticar o crime.

Fica clara a diferença destes institutos, quando se analisam os requisitos de cada um. Na 'entrega vigiada', é exigido autorização judicial, após a oitiva do Ministério Público e deve ser conhecido o itinerário provável, bem como a identificação dos agentes do delito ou de seus colaboradores; Já na 'ação controlada', precisa de comunicação prévia ao juiz, ciência do Ministério Público, manter sob vigilância os agentes do delito ou seus colaboradores, e a prisão deverá ocorrer no momento mais oportuno para melhor obtenção de prova.

Assim, percebe-se claramente a distinção entre ambas:

Ação Controlada	Entrega Vigiada
Lei 12. 850/2013 – arts. 8.º e 9.º.	Lei 11.343/2006 – art. 53
Precisa de comunicação prévia para o juiz	Precisa de autorização judicial
O MP será cientificado	Precisa de parecer do Ministério Público
Precisa manter sob vigilância	Precisa conhecer o itinerário da droga
Prende no melhor momento para obtenção da prova	<i>Sem correspondência</i>

3.4 Da infiltração de agentes

A Lei 9.034/1995, (revogada), bem como a Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) já faziam previsão da possibilidade de infiltração de agentes, mas sem qualquer regulamentação, o que gerava diversas discussões à respeito de sua ampliação e seus efeitos. Nem mesmo a Convenção de Palermo tratou da qualificação da conduta do agente infiltrado.

Pode-se definir infiltração de agentes como a penetração sorrateira de policiais, em tarefas de investigação em ambientes de grupos criminosos, que atuam como empresa, com economia submersa e paralela. A função do policial quando ingressa no referido grupo é participar das atividades da organização até colher elementos probatórios suficientes para persecução penal.

O instituto da infiltração de agentes exige autorização judicial circunstanciada, motivada e sigilosa, mediante representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público, ou com requerimento deste órgão.

A investigação mediante infiltração não pode ser a primeira medida adotada pela autoridade policial, só é admitida quando a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis. Tal excepcionalidade tem como pressuposto necessário, indícios da prática do crime de organização criminosa.

Busca-se com esse instituto amparar legalmente os policiais em suas tarefas, para que possam ingressar licitamente na estrutura das organizações criminosas, conhecer sua hierarquia, estrutura e divisão das tarefas. Ainda que para isso possam se valer de recursos como, identidades falsas, ação controlada etc.

Aliás, uma vez deferida a infiltração, presume-se a autorização para a ação controlada, porque a infiltração traz em si o retardamento da ação policial em face de crimes ocorridos durante o período de vigilância infiltrada, aguardando-se o momento mais apropriado para a atuação policial para obtenção de provas.

A infiltração, como regra, ocorre na fase extrajudicial, por sugestão do delegado ou do promotor de justiça devendo, de qualquer forma, ser remetido ao juiz para homologação. Porém, nada impede, que seja realizada igualmente durante a fase processual.

É um meio de prova misto, envolvendo a busca e a testemunha, uma vez que a função primordial do agente infiltrado é conhecer a estrutura e as atividades, além de futuramente ser ouvido na condição de testemunha de acusação.

De acordo com a redação do art. 10, caput, da Lei 12. 850/2013, toda vez que o Ministério Público requerer a infiltração durante o curso do inquérito policial, deverá haver manifestação técnica do Delegado de Polícia; Tal representação não será necessária quando o parquet requisitar a infiltração de agentes policiais no curso do processo. Porém, tanto na requisição do Ministério Público, quanto na representação

da autoridade policial, ambas serão precedidas de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

Na autorização judicial, o juiz deverá expressamente indicar quais os indícios o levou a conclusão da existência de infrações penais, bem como indicar os limites de atuação do agente infiltrado e o prazo máximo da infiltração. De acordo com a lei, esse prazo máximo será de até 6 meses, permitidas renovações de igual período, se comprovada sua necessidade.

Expirado o prazo ou prazos marcados pelo juiz ou se por qualquer motivo a infiltração tiver que ser interrompida, como por exemplo, na hipótese de se mostrar infrutífera, ou do agente ser identificado ou, ainda se correr risco que ultrapasse o inerente à infiltração, a autoridade policial deverá apresentar relatório circunstanciado ao juiz competente explicando os motivos da interrupção.

Ao término de cada período, também deverá realizar relatório minucioso contendo todos os detalhes das diligências efetuadas. É com base nesse relatório que a autoridade judiciária decidirá ou não pela prorrogação da infiltração. Este relatório acompanhará a denúncia do Ministério Público, ocasião em que serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente infiltrado.

O requerimento do Ministério Público ou a representação do Delegado de Polícia para a infiltração de agentes, deverão conter, além dos indícios de materialidade, o indicativo de que outras atividades já foram realizadas durante a investigação, e, se possível, apontar nomes ou apelidos das pessoas investigadas, bem como o local da infração.

A infiltração de agentes deve ter um caráter subsidiário, esse meio de produção de prova jamais poderá ser a primeira medida investigatória tomada pela polícia, mas apenas uma complementação às medidas já efetivadas, aptas, inclusive, a evidenciar a materialidade.

O agente infiltrado durante a sua missão estará exposto a riscos, cabendo a própria polícia adotar medidas necessárias à sua segurança. A lei permite que o agente possa desistir da missão em caso de algum risco iminente, à sua integridade física. Por outro lado, a desistência do agente deverá fundar-se em motivos imperiosos, comprometedores de sua segurança ou de sua família, tendo em vista, o comprometimento de toda uma operação e até mesmo a segurança dos demais agentes. Tais motivos, poderão ser analisados em âmbito administrativo.

A lei em seu artigo 13 estabelece que o agente infiltrado deverá agir com a devida proporcionalidade, com a finalidade da investigação, impondo responsabilidades pelos excessos praticados.

Para Vicente Greco Filho, "a análise dessa proporcionalidade deve levar em conta as circunstâncias em que se encontra o agente. Não pode ser milimétrica ou destituída de uma visão do contexto de tomada de decisão do agente, que pode colocar em risco a sua vida se não agir na conformidade com os padrões da organização".⁴⁹

Por isso, a situação deve ser interpretada sempre de um ponto de vista favorável ao agente que se arrisca além do usual em seu dever funcional, sob pena de se inviabilizar a aceitação de quem quer que seja para o exercício dessa função.

Na visão de Vicente Greco Filho o termo "proporcionalidade" está mal empregado. Deve ser entendido como "desnecessidade". Serão punidos os excessos, considerando-se como tais os atos desnecessários à finalidade da investigação. A proporcionalidade exige uma comparação, que é impossível no caso, porque a finalidade da investigação não é parâmetro para o tipo de atos a serem praticados.⁵⁰

É sabido que o agente infiltrado além de correr riscos quanto a sua integridade

⁴⁹ FILHO, Vicente Greco. **Comentários à Lei de Organização Criminosa..** Lei 12.850/2013 - São Paulo: editora Saraiva, 2014, p.62.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas.** 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.716.

física, também poderá ser coagido pelos membros da organização criminosa a praticar crimes. Por causa disso a lei prevê a possibilidade de excludente de culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa (artigo. 13, parágrafo único, da Lei 12. 850/2013).

Assim, demonstrando não haver censura ou reprovação social ao autor do injusto penal, em razão dele estar envolvido por circunstâncias especiais e raras, as quais impeçam que ele possa adotar outra conduta, ele estará isento de pena.

Nesse sentido, tem-se por exemplo que se um agente se infiltra em organização criminosa voltada à delitos financeiros, não teria cabimento em se matar alguém, somente para provar lealdade a um líder. Se isso ocorresse, o agente responderia por homicídio e não poderia valer-se da excludente de culpabilidade, visto a desproporcionalidade existente entre a sua conduta e a finalidade da investigação. Por outro lado, é perfeitamente admissível que o agente promova uma falsificação documental para auxiliar o grupo a incrementar um delito financeiro; e neste caso poderá invocar a inexigibilidade de conduta adversa, pois era a única atitude viável diante da circunstância.

Guilherme Madeira Dezem, afirma que "a análise conjunta destes requisitos, proporcionalidade e inexigibilidade de conduta adversa, deve sempre ser feita com cautela, ponderando-se com especial atenção a análise do caso concreto e todas as circunstâncias que o envolvem".⁵¹

Assim, embora a conduta do agente seja considerada típica, não se apresentaria ela, contrária ao ordenamento jurídico tendo em vista convergir com a vontade do legislador, (art. 13, parágrafo único da Lei 12. 850/2013 - norma permissiva). Pois não haveria sentido imputar a prática de infrações penais ao agente infiltrado, se é a própria lei que permite ao policial atuar nessas organizações, agindo portanto, acobertado pela referida excludente.

Em que pese a previsão da excludente de culpabilidade na hipótese da prática de

⁵¹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Leis Penais Especiais**. 3ª ed.. São Paulo: editora Revista do Distribuidor, 2014, p.224.

crime, quando não for possível exigir-se outra conduta do agente infiltrado, não há previsão expressa sobre a conduta a ser seguida por este, especificamente pelos atos que eventualmente possam configurar crime.

Esta solução, ficará a cargo da doutrina e da jurisprudência dos tribunais, tendo em vista as diversas situações, que fatalmente levarão o agente a alguma conduta criminosa que não poderá ser recusada, por questões de segurança do infiltrado, bem como de sua família e dos demais envolvidos na operação, além do risco de comprometer toda a investigação.

É evidente que o agente que se prontifica a atuar na condição de infiltrado deverá estar preparado para lidar com circunstâncias diversas dentro da organização criminosa, notadamente, por não ser possível prever as consequências desta atividade.

Neste sentido, numa eventual escusa por parte do policial infiltrado, poderá despertar a desconfiança dos demais membros da organização criminosa, colocando em risco toda a operação ou à sua própria vida.

Por outro lado, caso o agente não observe a proporcionalidade entre a sua conduta e a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados (art. 13, Lei 12.850/2013). Necessário enfatizar que o cometimento do delito por parte do agente infiltrado deverá se restringir ao absolutamente necessário e indispensável para o desenvolvimento da investigação, deverá ser proporcional a finalidade perseguida, de modo a evitar ou coibir abusos ou excessos.

Entende-se que a atuação dos agentes infiltrados não é compatível com a provocação dos membros da organização criminosa para prática de delitos. Neste sentido, a Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal estabelece que "não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

A Constituição Federal proclama serem inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º., LVI). A lei estende a inadmissibilidade também

para provas derivadas. Em razão da consagrada teoria do frutos da árvore envenenada. Exceção legal: no caso de provas derivadas, o Código de Processo Penal as admite quando provém de uma fonte independente.

Assim dispõe o art. 157, parágrafo 2º, do CPP, "aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou da instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova".

As provas ilícitas devem ser desentranhadas dos autos (art. 157, caput, do Código de Processo Penal), e não poderão influir no convencimento do juiz. Por essa razão, há reconhecimento da ilicitude quando o próprio agente da causa pratica o delito. Excede, portanto, as limitações concernentes ao exercício da infiltração, o agente que dá causa à prática do delito.

Por fim, em que pese a desnecessidade de previsão na lei no sentido de ser facultativo ao policial atuar como agente infiltrado em razão dos riscos inerentes a esta atividade, o art.14, inciso I, da Lei 12. 850/2013 traz explícita a possibilidade do policial recusar tal missão ou fazer cessar quando já tiver iniciado os trabalhos.

Trata-se de um direito de natureza administrativa. Assim, o agente policial não tem o dever de aceitar como ordem do superior hierárquico a missão, e não pode por isso ser punido. Além disso, ainda que haja a interrupção por sua vontade fará jus a preservação e alteração de sua identidade e de usufruir das medidas de proteção.

O inciso II do parágrafo 14, traz a possibilidade de alteração de identidade ao policial que aceitar atuar como agente infiltrado, determinando ainda que deverá ser aplicado, no que couber, o disposto no art.9º da Lei 9. 807, de 13 de julho de 1. 999 (Programa de Proteção à Testemunha), bem como usufruir das medidas de proteção á testemunhas.

O artigo 9º da lei 9.807/1999 assim dispõe "Em casos excepcionais e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o

conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo (...).

O requerimento deverá conter as razões que levaram o infiltrado a solicitar a alteração de sua identidade. A proteção poderá ser dirigida ou estendida a seus familiares como esposa, filhos menores, genitores ou a qualquer outro dependente que tenham convivência habitual com o requerente. A lei ainda faculta ao protegido a possibilidade de retorno a situação anterior, com a alteração para o nome original, depois de cessada a coação ou ameaça que deu causa a alteração.

A Lei 12.850/2013 protege os dados pessoais e a imagem do agente infiltrado, durante a investigação e o processo criminal. Assim, os meios de comunicação somente poderão fotografá-lo ou filmá-lo se houver autorização prévia e por escrito do infiltrado. Todavia, poderá ser questionado se a ocultação do agente infiltrado, envolve também a defesa.

Guilherme de Souza Nucci entende que "deveria haver um tipo penal incriminador específico para violação do direito a imagem. Não existindo, o único jeito seria a tomada de medida cautelar de ordem civil para bloquear a indevida divulgação."⁵²

3.5. Do acesso de registros, dados cadastrais, documentos e informações

A Constituição Federal de 1988, em seu art.5º incisos X e XI, traz como regra a proteção à intimidade e a vida privada. Assim, o acesso a esses dados para efeito de investigação criminal, deverá ser precedido de ordem judicial.

Neste sentido, quando a legislação infraconstitucional autoriza o Ministério Público e o Delegado de Polícia a captar diretamente sem determinação judicial, dados cadastrais do investigado (art.15 da Lei 12. 850/2013), poderá haver questionamento no sentido da constitucionalidade deste artigo, em razão do que

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.718.

compreenderia os dados cadastrais.

De acordo com o disposto no artigo 15 da Lei 12.850/2013, "o Delegado de Polícia e o Ministério Público terão acesso independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito."

Guilherme Madeira Dezem entende que há inconstitucionalidade parcial neste artigo. Dados cadastrais, como nome e endereço, não estariam cobertos pela proteção constante do artigo 5º inciso X e XI, da Constituição Federal de 1998. Por outro lado, dados como os registros de ligação, ou mesmo as reservas em registros de viagens, estão sim cobertos pela proteção constitucional e não pode seu acesso ser franquiado sem autorização judicial.⁵³

Por outro lado, Guilherme de Souza Nucci afirma que não há lesão constitucional, pois esses dados têm natureza pública - e não íntima - podendo ser conhecidos por qualquer pessoa. O nome, afiliação, endereço, o número do RG e do CPF, entre outros, são aspectos concernentes ao indivíduo, mas não de natureza privada. Tanto é verdade que, no momento do interrogatório, o acusado não têm direito ao silêncio na parte relativa aos seus dados pessoais, para preencher a sua qualificação. Qualquer pessoa têm o dever de se identificar perante órgãos estatais, de forma que essa captação pelo Ministério Público e pela Polícia independe de autorização judicial.⁵⁴

No mesmo sentido, para Vicente Greco Filho, a norma é constitucionalmente vaga, porque não viola os sigilos assegurados pela constituição, uma vez que os dados não se referem ao conteúdo de operações, sejam as de instituições de

⁵³ DEZEM, Guilherme Madeira. **Leis Penais Especiais**. 3ª ed.. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014, p.225.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.718.

crédito, sejam as telefônicas”.⁵⁵

Importa destacar que a Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), art.17-B, acrescentado pela Lei 12.683/2012, já trazia dispositivo semelhante, nos seguintes termos:

A autoridade policial e o Ministério Público, terão acesso, exclusivamente, ao dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelo provedores de internet e pela administradoras de cartão de crédito.

Assim, tanto nesta lei (Lei 9.613/1998), quanto na Lei 12.850/2013, há discussão quanto a constitucionalidade da ausência da ordem judicial. Há quem sustente que os dados cadastrais estão protegidos pela garantia constitucional de proteção à intimidade, sendo então necessária ordem judicial para seu fornecimento.

Também há quem entenda que mesmo considerando constitucional o art.15 da Lei 12.850/2013, a sua aplicabilidade só será válida desde que se parta de um indivíduo determinado, para, depois obter-se seus dados de qualificação. Pois a norma não autoriza que se parta de um fato a ser apurado, para só então proceder à quebra de dados cadastrais, sem autorização judicial.⁵⁶

Apesar de a norma estar inserida na lei relativa à organização criminosa, é válida também para o processo penal em geral, tendo em vista os poderes investigatórios inerentes às autoridades policiais e ao poder de requisição do Ministério Público. Não deixa, porém, de ser útil como forma de esclarecimento e clareza quanto ao dever de colaborar com a justiça.⁵⁷

⁵⁵ FILHO, Vicente Greco. **Comentários à Lei de Organização Criminosa..** Lei 12.850/2013 - São Paulo: editora Saraiva, 2014, p.65.

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique e Bottini, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.353-356).

⁵⁷ FILHO, Vicente Greco. **Comentários à Lei de Organização Criminosa..** Lei 12.850/2013 - São Paulo: editora Saraiva, 2014, p.10.

Assim, consoante o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, entende-se que será desnecessária a ordem judicial para o acesso de Delegado ou promotores a dados cadastrais do investigado (qualificação pessoal, filiação, endereços mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito).

Desta forma, a recusa ou omissão de dados cadastrais em face de requisição do juiz, Ministério Público ou delegado de polícia em se tratando de investigação ou processo relativa à organização criminosa, incide o crime do artigo 21 da lei.

A legislação ainda impõe a obrigação das empresas de transporte de manterem por 5 (cinco) anos o acesso direto e permanente do Juiz, do Ministério Público ou do Delegado de Polícia ao banco de dados de reservas e registros de viagens.

A norma não prevê sanção específica pelo descumprimento, mas poderá haver sanção administrativa pela desobediência ao dever legal pelos órgãos de regulação e fiscalização das concessões de transportes públicos de passageiros.

Compete a estes órgãos a conservação destes dados, tendo em vista a impossibilidade de manutenção dessas informações, que no caso de transportes urbanos, ainda nem existem. A regulamentação da forma de conservação dos dados caberá a autoridade administrativa competente.

O mesmo prazo é fixado às concessionárias de telefonia fixa ou móvel quanto ao registro de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais. Porém, neste caso, há necessidade de decisão judicial.

Neste sentido, Vicente Greco Filho sustenta que aplica-se a disciplina da norma legal comentada (autorização judicial, somente se houver razoável suspeita de prática de crime punido com reclusão etc.) à quebra de sigilo das comunicações telefônicas, mesmo não se tratando de "interceptação" propriamente dita, quanto aos registros sobre as comunicações existentes nos concessionários de serviços

públicos, tais como a lista de chamadas interurbanas, os números chamados para telefones celulares etc.⁵⁸

3.6 Dos crimes ocorridos na investigação e na obtenção de prova

A Lei 12.850/2013 prevê 5 (cinco) condutas criminosas, conforme os artigos 2º, 18, 19, 20, 21. Esses crimes são dolosos e ação é pública incondicionada Vejamos cada uma destas condutas:

O artigo segundo prevê como condutas típicas promover constituir, financiar ou integrar pessoalmente ou por interposta pessoa organização criminosa: promover, no sentido de dar subsídio ao crescimento da organização; constituir, no sentido de iniciar a organização criminosa; financiar, no sentido de patrocinar as despesas; integrar, no sentido de fazer parte da organização.

Alguns desses verbos poderão ensejar questionamentos sobre sua aplicação, pois qualquer destas condutas, com exceção do verbo constituir, caracteriza crime permanente. Assim, ainda que a organização criminosa já existisse antes da Lei 12.850/2013, levaria para a incidência da figura típica.

Para efeito desta, é indiferente se a conduta é praticada pelo próprio integrante da organização ou por interposta pessoa, ou seja, a lei se preocupa em impedir que os criminosos venham a embaraçar o desenvolvimento da investigação. Imprescindível que a conduta seja dolosa, pois não há previsão de punição na figura culposa.

A pena é de 3 a 8 anos, sem prejuízo das penas impostas em razão de outras infrações, ensejando portanto, concurso material de crimes. Há previsão de duas causas de aumento de pena e uma agravante. As causas de aumento variam até a metade, em caso de emprego de arma de fogo; se houver participação de criança ou adolescente o aumento da pena será de 1/6 (um sexto) à 2/3 (dois terços).

⁵⁸ FILHO, Vicente Greco. **Interceptação telefônica**. 2.ed.São Paulo: Saraiva, 2005.

Também haverá aumento de pena de 1/6 (um sexto) à 2/3 (dois terços), se houver concurso de funcionário público, valendo se a organização criminosa dessa condição para prática de infração penal; se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo o em parte, ao exterior; se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes; se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

Ainda em relação ao funcionário público, este poderá ser afastado cautelarmente de seus cargo emprego ou função pública, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual. Esta medida já estava prevista no Código de Processo Penal, entre as medidas diversas da prisão (artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal).

A legislação específica estabelece que se houver indícios suficientes que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar o afastamento cautelar do cargo, emprego ou função; e em caso de condenação as consequências são ainda mais severas para o funcionário público, como a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

Na hipótese em que o membro da organização criminosa exercer o comando, individual ou coletivo, ainda que o faça através do chamado popularmente "testa de ferro", haverá a incidência do agravamento da pena.

O art.18 da referida legislação, estabelece como criminosa a conduta de revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador sem sua prévia autorização por escrito. A objetividade jurídica deste crime, é a proteção do colaborador, assim entendido o reconhecido como tal nos termos dos artigos 4º a 6º da lei, mas também a administração da justiça no que se refere à apuração do crime de organização criminosa ou os por intermédio dela praticados.

O colaborador, somente após obter a homologação judicial do acordo celebrado

com o Ministério Público e com o Delegado de Polícia, passa a ser tutelado pelo tipo penal em comento.

Trata-se de conduta dolosa, não se prevendo a forma culposa. Assim, na hipótese de o colaborador ser filmado ou fotografado por qualquer órgão de comunicação sem que se saiba que ele é um colaborador, não haverá crime. Caso contrário, incide também nesse tipo penal o profissional de imprensa que venha a praticar uma das condutas do tipo.

Prevalece a segurança da integridade pessoal do colaborador e o interesse público da investigação ou do processo sobre a curiosidade da revelação de quem está dando informações para a persecução da organização criminosa e seus crimes.

O crime é de perigo abstrato, por isso, independe de ocorrer algum dano para o colaborador ou para investigação ou processo, pois a probabilidade é presumida pelo tipo penal. Há portanto, dois sujeitos passivos: o colaborador e também a coletividade quanto ao interesse público dos crimes do artigo 2º e seus correlatos.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o funcionário público que esteja envolvido na investigação ou no processo a eles relativos. Sendo o agente funcionário público, incidirá a agravante do artigo 61, alínea g, do Código Penal ou outro crime, como a corrupção passiva.

Ainda no que se refere a classificação desse tipo, não há exigência de qualquer resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para o colaborador (crime formal). Nas três modalidades admite-se a forma tentada, pois o delito admite o fracionamento da conduta (íter críminis fracionável) .

Este crime pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente, (crime de forma livre); pode ser praticado em vários atos (crime plurissubsistente); a consumação se dá em momento determinado na linha do tempo (crime instantâneo) e pode ainda ser praticado por uma única pessoa (crime unissubjetivo)

O crime previsto no artigo 19 da lei, é um misto de calúnia e denúncia caluniosa. Este tipo se ocupa em punir aquele que cometer o crime de denúncia caluniosa, sob pretexto de colaboração com a justiça e assim dispõe:

"Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com justiça, a prática de infração penal, a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: - Pena - reclusão, 1 (um) a 4 (quatro) anos".

Trata-se, aqui, de falta grave, pois o delator imputa falsamente a alguém a prática de fato definido como crime e além disso, comunica esse fato a autoridade pública; esta conduta é dolosa, ou seja, o agente tem ciência que as informações por ele prestadas são falsas ou inverídicas e ainda assim as comunica ao aparelho estatal.

Importante destacar que diversamente da denúncia caluniosa prevista no artigo 339 do Código Penal, o crime previsto no artigo 19 da Lei 12.850/2013 dispensa que a imputação falsa de causa à instauração de processo ou investigação. Isto ocorre porque o delator já é parte na investigação ou no processo criminal.

A imputação deve dirigir-se a pessoa determinada, não se considerando configurado o crime se o agente imputar genericamente uma conduta criminosa à diversos indivíduos, sem qualquer especificação de conduta. O mesmo ocorre quando houver referências genéricas no tocante à estrutura da organização criminosa.

No caso de a imputação falsa dirigida a pessoa determinada dar causa a instauração de investigação policial ou processo, o crime é de denúncia caluniosa, cuja a pena poderá ser de um a quatro anos, e multa.

Importa destacar que em razão da pena mínima ser de um ano, o agente poderá se beneficiar da suspensão condicional do processo, e em caso de condenação, se não houve emprego de violência ou grave ameaça, poderá haver a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No mais, trata-se de crime próprio, basicamente de mão própria, pois somente o delator pessoal e indiretamente pode fazer a imputação ou a revelação; formal, não dependendo de resultado ou prejuízo; de forma livre, pois não exige um único meio para seu cometimento; comissivo, pois exige uma ação do agente - imputar e revelar- ; instantâneo, pois sua consumação não se prolonga no tempo; unissubjetivo, pois pode ser praticado por um único sujeito; plurissubsistente, pois a ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento; admite tentativa, embora de difícil configuração.

O delito ainda é classificado como crime de perigo, sendo o sujeito passivo a pessoa à qual foi imputada falsamente a prática da infração penal, e também a coletividade quanto à administração da justiça, porque a imputação falsa prejudica a investigação ou o processo relativo à organização criminosa.

O presente elemento subjetivo do tipo específico, consiste na vontade de induzir o investigador ou o julgador em erro, prejudicando a administração da justiça. O objeto material é a prática de infração penal ou a informação sobre a estrutura da organização criminosa. O objeto jurídico é a administração da justiça.⁵⁹

O artigo 20 trata da violação de sigilo funcional e assim dispõe: "descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes": - Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos em multa.

Trata-se, portanto, de crime cometido por funcionários públicos, os quais tem acesso ao procedimento do incidentes referidos, quer na sua formação quer na investigações decorrentes e que perduram até a sua liberação para o contraditório dos autos do processo, mas podem prolongar-se se o juiz determinar a manutenção do sigilo de justiça.

O objeto jurídico tutelado é a administração da justiça. Pune-se a conduta daquele que descumprir determinação de sigilo das investigações. Também aqui

⁵⁹ NUCCL, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.722

haverá discussão a cerca do sujeito ativo e da possibilidade de atingir jornalistas. Há discussão semelhante na lei de interceptação telefônica, porém, prevalece o entendimento na jurisprudência de que a lei não deve se aplicar aos jornalistas.

Enquanto mantido o sigilo, até mesmo o defensor do investigado, caso tenha acesso aos autos, está ele também sob as penas do crime comentado, porque o interesse tutelado, não é somente do investigado, mas também da administração da justiça e, no caso da infiltração de agentes, da própria segurança do agente infiltrado.

Assim, se a violação do sigilo ocasionar lesão ou morte do policial infiltrado, aquele que descumpriu a determinação de sigilo poderá responder como participe da lesão corporal ou do homicídio.

Quanto a classificação do crime, trata-se de crime próprio, pois somente pode ser praticado por um sujeito ativo qualificado; é crime de perigo abstrato, tendo como sujeito passivo a coletividade quanto a administração da justiça no caso da ação controlada e também como sujeito passivo o agente infiltrado se se tratar da infiltração de agente.

Esse delito não exige o resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a administração da justiça, sendo portanto um crime formal. Também não exige um único meio a ser cometido pelo agente, dessa forma, classifica-se como um crime de forma livre. A sua consumação não se prolonga no tempo (crime instantâneo); pode ser cometido por um único sujeito, e em um único ato ou através de vários atos (crime unissubjetivo, unissubsistente e plurissubsistente). Embora de difícil configuração, existe a possibilidade desse crime ocorrer em sua forma tentada.

O artigo 21 é o último crime previsto na Lei 12.850/2013, e assim dispõe: "recusar ou omitir dados cadastrais, registros documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou de processo: - Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (...).

Esse artigo estabelece a conduta de recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitados pelo Juiz, Ministério Público ou Delegado de Polícia no curso de investigação ou do processo. Em seu parágrafo único, busca-se incriminar o apossamento, divulgação ou uso indevido dos dados constantes das entidades referidas nos artigos 15, 16 e 17 quando requisitados pelas autoridades ou depois da requisição.

O verbo recusar, é no sentido de desobedecer, de modo que a requisição do Ministério Público e do delegado de polícia no curso da investigação policial devem ser prontamente atendidos pelas entidades, independentemente de autorização judicial. Na forma de omitir, também se trata de uma desobediência, porque é fornecer de maneira incompleta ou sonegar os referidos dados.

De acordo com o disposto no parágrafo único do artigo 21, o que se pretende é punir aqueles que se valeram de forma indevida dos dados cadastrais. A punição é a mesma prevista no caput, para quem de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta lei.

A expressão (forma indevida), constitui elemento normativo do tipo, ligado a ilicitude, e, ressalva a possibilidade da utilização dos dados para além da finalidade da requisição se houver fundamento legítimo. Assim, se a ação for devida (legal), o fato é atípico.

Na hipótese da entidade não ter mantido os dados, entende-se que não incorrerá em crime, mas sim em infração administrativa e será punida pela autoridade competente com a devida sanção administrativa.

Quanto a classificação do crime, pode ser praticado por qualquer pessoa e não se exige para sua consumação nenhum resultado naturalístico (crime comum e formal); não existe um meio único de ação para o agente, e consuma-se em um momento determinado, nas modalidades apossar propalar e divulgar (crime de forma livre e instantâneo); mas, permanente, ou seja, a consumação se protraí no tempo na forma fazer uso; o crime pode ser praticado por um único sujeito através de um

único ato ou mesmo em vários atos, conforme o meio eleito pelo agente (crime unissubjetivo, unissubsistente ou plurissubsistente). Admite tentativa, quando na forma plurissubsistente embora de rara configuração.

Conforme disposição do artigo 22 da Lei 12.850/2013, os crimes e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Decreto - Lei 3.689, de 3 de Outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Assim, após o recebimento da denúncia, o réu será citado para responder à acusação em dez dias, por escrito (396, Código de Processo Penal). Caso o acusado não apresente advogado, o magistrado nomeará defensor dativo, (artigo 396 - A, parágrafo 2º do Código de Processo Penal). Nesse momento haverá possibilidade de absolvição sumária, ou se assim não entender o juiz, este designará a audiência e instrução de julgamento.

Ao término da audiência, o juiz poderá sentenciar ou em caso de processos complexos, o magistrado poderá conceder prazo para juntada de memoriais, prolatando a sentença depois.

A Lei 12.850/2013 estabelece o prazo máximo de 120 dias, quando o réu estiver preso, prorrogáveis por igual período. Por outro lado, a jurisprudência entende que o encerramento da instrução de acusado preso deverá respeitar um prazo razoável, sem que se possa fixar um período exato.

Assim, o procedimento previsto no artigo 22 desta lei pode ser bom por um lado, pelo fato de conferir maior eficiência, mas também pode se tornar negativo, quando se imagina que um período de 240 dias pode ser um período muito longo a depender do caso concreto.

Esse procedimento é aplicado tanto para o crime de organização criminosa quanto para os crimes a eles conexas (artigo 76 do Código de Processo Penal). Para ilustrar apurando-se o crime conexo de omissão de dados cadastrais (artigo 21 da Lei 12.850/2013) cuja pena é de reclusão de seis meses à dois anos (infração de

menor potencial ofensivo), não se aplicando a transação, a pena a ser fixada, pode ser inferior ao prazo máximo estabelecido para instrução do réu preso.

Além disso, poderá existir casos em que alguns juízes poderão acomodar a instrução de maneira a ocupar os 240 dias, em situações absolutamente desnecessárias, o que seria um prejuízo para o réu; noutros casos, poderá ser imprescindível em virtude da complexidade do feito e do número de acusados, a necessidade de mais prazo, ultrapassando os 240 dias. E isto poderá ocasionar a indevida soltura do réu simplesmente pelo formal excesso de prazo.

Assim, o estabelecimento de um prazo certo para a instrução nem sempre é vantajoso para o acusado. Por isso, levando-se em conta o princípio maior da presunção de inocência conjugado ao princípio da duração razoável do processo, o ideal é interpretar em primeiro plano o seguinte, em caso de réu preso, o ideal é findar a instrução no menor prazo possível; qualquer postergação injustificada, mesmo dentro do prazo de 120 dias (ou 240), gera constrangimento ilegal, passível de solução por meio de habeas corpus.

Guilherme de Souza Nucci entende que não se deve estabelecer um prazo certo para instrução findar - seja de réu preso, seja de solto. Para o autor, Tais períodos, fixados em lei, podem ser longos demais, ou curtos em demasia. Por isso, a mais adequada proposta é exigir a razoabilidade e a proporcionalidade em todo e qualquer caso. Além do mais, o prazo disposto no artigo 22 da Lei 12.850/2013 poderá ser objeto de intenso debate nos tribunais acerca de sua qualidade. Questionar-se-à se os prazos são próprios ou impróprios, se há razoabilidade na fixação de 120 dias prorrogáveis por outros 120 dias. Enfim tais parâmetros devem representar apenas um limite ilustrativo do razoável, conforme o caso concreto.⁶⁰

Assim, quando se tratar de apuração de crime de organização criminosa, com vários corréus, diversos defensores presos em locais diferentes demonstrando complexidade, tramitando em vara com muitos processos, pode acolher como razoável os 240 dias; se houver atuação procrastinatória da defesa, seria possível

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.736.

até mesmo ultrapassar tal período.⁶¹

Por outro lado, na hipótese de se tratar de um só réu, em causa sem complexidade tramitando em Vara com número regular de feitos, atingir 120 dias ou mais pode configurar excesso, ferindo a razoabilidade. Em suma, o caso concreto deve determinar o mais adequado prazo para findar a instrução, segunda a razoabilidade e proporcionalidade.

Portanto, o prazo de 120 dias (ou 240) seria o máximo admissível, desde que não haja atuação procrastinatória da defesa. Romper esse período acarreta a presunção de irrazoabilidade de duração do processo, gerando constrangimento ilegal, sanável por habeas corpus.

No que se refere ao sigilo da investigação (artigo 23 da Lei 12. 850/2013), por força da lei, haverá sigilo na distribuição dos pedidos de ação controlada e infiltração de agentes (artigo 8º, parágrafo 2º; artigo 12).

A lei estabelece que na investigação de delito ligado a investigação criminosa, o juiz poderá decretar o sigilo, tendo como requisitos, para tanto, a celeridade e a eficácia da diligência.

O referido dispositivo impõe a necessidade de autorização judicial prévia ao defensor constituído e com procuração nos autos, para ter acesso a estes no interesse de seus representados.

Desse modo, para que o advogado tenha acesso aos elementos de prova, que digam respeito ao exercício do direito de defesa, ele deverá despachar petição com o magistrado para tomar conhecimento das diligências investigatórias.

Assim, o propósito deste dispositivo é impedir que qualquer pessoa estranha a

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014, p.746.

investigação e mesmo os advogados, que não tenham procuração nos autos, nem tampouco representem investigados já indiciados, tenham conhecimento da investigação em curso, tendo em vista que a apuração do delito de organização criminosa ou crime conexo, lida com casos de extrema gravidade.

De acordo com o parágrafo único do artigo 23, a pessoa investigada, ainda não indiciada poderá ser formalmente ouvida em declarações, com a prévia vista dos autos ao seu defensor. Caso o investigado não tenha constituído advogado, ser-lhe-à nomeado defensor público, antes de ouví-lo ou mesmo indiciá-lo.

Não se trata do implemento de contraditório no inquérito, cuida-se apenas de uma construção concreta para privilegiar o princípio constitucional da ampla defesa, aprimorando o seu tramite.

4. CONCLUSÃO

A ordenamento jurídico brasileiro é regido por padrões normativos estipulados pela Constituição Federal cujo objetivo é limitar o poder do Estado, protegendo o cidadão do arbítrio judicial e da coerção estatal, com o intuito de resguardar sua liberdade e afastar eventuais abusos por parte do estado. Deve se buscar uma solução equilibrada no deslinde dos conflitos, assegurando-se sempre a preservação da dignidade da pessoa humana e o Estado democrático de direito.

Não obstante, com a globalização, verificou-se um enorme aumento de atividades criminosas, exigindo-se do Estado novas formas de combate a essa criminalidade contemporânea, bem desenvolvida e especializada. Surgindo, então, a preocupação com a proteção de bens jurídicos individuais e coletivos.

Importa ainda destacar que já no Código Criminal de 1830, (Capítulos II e III, da Parte IV, "Dos Crimes Policiaes", artigos 282 e 285), notamos que legislador já demonstrava a necessidade de punição dos crimes de concurso necessário.

A Lei Nº 9.034/1995, regulamentou os meios de provas e procedimento investigatórios, posteriormente foi alterada pela Lei 10. 217/2001, que acabou por diferenciar o crime de quadrilha ou bando da figura não definida de organização criminosa e associação de qualquer tipo. Surgiram , então, diversas controvérsias no mundo jurídico.

Com o objetivo de promover a cooperação para prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional, o Brasil incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro, através do Decreto presidencial nº 5.015, após sua aprovação pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida por Convenção de Palermo.

Houve quem adotou o conceito de crime organizado estabelecido na Convenção de Palermo, e houve questionamento, no sentido de a Convenção possuir ou não

valor normativo suficiente para delimitar internamente o conceito de organização criminosa. Alegava-se que, por se tratar de fonte direta (imediate) do direito penal internacional, não poderia servir de base normativa para o direito interno.

Argumenta-se que em respeito ao princípio da reserva legal, ou reserva de lei formal, apenas a lei ordinária ou complementar podem definir crimes e penas no Brasil. Apesar do entendimento contrário esposado na recomendação nº3/2006 do Conselho Nacional de Justiça e em julgados do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o conceito trazido pela Convenção de Palermo, não tinha o condão de definir Organização Criminosa.

A Lei Nº 12.694, de 24 de julho 2012, estabeleceu normas especiais para o processo e julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, trouxe o conceito de organização criminosa e instituiu a possibilidade de instauração de júízo colegiado para julgamento envolvendo tal situação.

A Lei Nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013, (que entrou em vigor após decorridos 45 dias de sua publicação oficial, e revogou a Lei 9.034/1995), aperfeiçoou o sistema nacional, tanto no aspecto penal quanto processual. Criou, dentre outros, o tipo penal incriminando a organização criminosa, suprimindo finalmente a lacuna do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, disciplinou diversos meios especiais de obtenção de provas.

Dentre os meio de obtenção de prova disciplinadas pela lei 12.850/2013, está a colaboração premiada, benefício instituído por lei para que um criminoso delate o esquema no qual está inserido, bem como seus cúmplices. Graças a este instrumento, tornou-se possível aprofundar as investigações, em inquéritos e processos, os quais culminaram com indiciamentos e processos de diversos políticos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Alfredo de. **Algumas novidades do código penal**. Revista Forense. Dez., vol. 92,p. 38-44, 1942.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed.rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique – BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BENTO, Ricardo Alves. **Da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A Confusão proposital do concurso eventual de pessoas: "a formação de quadrilha ou bando. **Revista Instituto de Ciências Criminais**. Belo Horizonte: ICP, vol. 01, p. 165-185, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BRASIL. Decreto n.º 1.127, de 06 de dezembro de 1890. In: **Decretos do Governo Provisório**. p. 33. Disponível

<http://www.camara.gov.br/internet/infdoc/novoconteudo/legislacao/republica/leisoc erizadas/leis1890decretos01a31-dez.pdf> Acesso em: 01/05/2015

BUENO, Paulo Amador Thomaz da Cunha. **Breve notícia histórica do Direito Penal no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito, Fundação Armando Alvares Penteado. [FAAP/SP]. São Paulo: Faap, n.º. 02: 191-205, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra Almedina,1998

CHIAVARO, Mario. **Direitos humanos, processo penal e criminalidade organizada**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.5.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19ª. ed.rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

DEZEM, Guilherme Madeira - de PONTES Evandro Fernandes. "**Crime Organizado e Devido Processo Legal**. Estudo de Processo Penal, o mundo à revelia". In: Fauzi Hassan Choukr. Campinas: Agá Júris Editora, 2000.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Leis Penais Especiais**. 3ª ed.. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014.

DUTRA, Mario Hoepfner. **Alguns aspectos do novo código penal**. Revista dos Tribunais. Juk., vol.453,p.299-310, 1973

EI HIRECHE, Gamil Foppel. **Análise Criminológica das Organizações Criminológicas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio**. Manifestação do Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Crime organizado e a legislação brasileira**. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord). Justiça Penal - 3: críticas e sugestões. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais,1995, p.35.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: Bushatsky,1976.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte especial, vol II (artigos 213 a 359)**. 6ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FRANCO, Alberto Silva. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.578.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei. 9.034/1995) e político-criminal**. 2ª. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. Lei 12.850/2013 - São Paulo: editora Saraiva, 2014.

HASSEMER, Winfried. **Segurança pública no Estado de direito**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, nº. 5, jan-mar.-1994, p.55

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. IX, 1959.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª Edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabis Editor, 2002.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCRIM, 1998, p. 82.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Lei da "Caixa Preta"**. Revista do Tribunais, n.720, out./1995, p. 572-581

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Comentadas**. 8ª ed.. São Paulo: editora Forense, 2014.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. Evolução Histórica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antônio Marques da. Globalização e direito penal economico.In: Marco Antônio Marques da Silva e José de Faria Costa (coord). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais - visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latim, 2006.

SILVA, Maurício Pereira da. **"Três Institutos Tratados no Livro 'V' Das Ordenações Filipinas Presentes Hoje na Legislação Penal Pátria."**

ZAFFARONI Raúl Eugenio; PIERANGELI, José henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 5ªed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.