

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NOVA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS - N. 12.850/13

Onofre José Carvalho Agostini¹

Marcos Dagoberto Cardoso Delavi²

Guilherme Brito Laus Simas³

Resumo: O estudo em referência delinea e explicita, embrionariamente, as principais inovações trazidas pela Lei n. 12.850/13, dentre elas, a evolução do conceito de organizações criminosas no ordenamento jurídico pátrio, a criação do crime autônomo, os meios de obtenção de provas e o procedimento criminal, fazendo uma leitura voltada aos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Organizações Criminosas. Novo Conceito. Crime Autônomo. Procedimento Criminal. Direitos Fundamentais.

Abstract: *The study in reference outlines and explains, in embryo, the main innovations brought by Law no. 12.850/13, among them the evolution of the concept of criminal organizations in the national legal system, the creation of autonomous crime, the means of obtaining evidence and criminal procedure, doing a reading dedicated to fundamental rights.*

Key-Words: *Criminal Organizations. New Concept. Autonomous Crime. Criminal Procedure. Fundamental Rights.*

1 Promotor de Justiça/Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal – MPSC

2 Assessor Jurídico do Ministério Público – MPSC

3 Técnico do Ministério Público – MPSC

Introdução

Atualmente, no cenário mundial, estamos vivenciando a globalização da economia e do mercado, que trouxe consigo a expansão do crime organizado, sem o correspondente acompanhamento da justiça e dos direitos e garantias fundamentais. A fraqueza deste sistema jurídico internacional conduz a um cenário de regressão social, no qual vigora a “lei do mais forte”, sob o domínio do crime organizado (terrorismo interno ou internacional, máfias, narcotraficantes, exploração ilícita dos jogos etc).⁴

Em âmbito nacional, o legislador tenta aperfeiçoar os instrumentos para combater esse avanço da criminalidade, como ocorreu no caso da edição da Lei n. 12.850/13. Essa legislação introduz novidades no ordenamento jurídico pátrio, alterando conceitos e procedimentos antes positivados, com o intuito de trazer mais eficiência nas ações do Estado.

Em 1995, foi promulgada a Lei n. 9.034 (agora revogada), que dispunha sobre os meios de investigação e provas relacionadas a ações praticadas por organizações criminosas. No entanto, o referido texto legal foi omissivo ao não conceituar o que seria uma organização criminosa, restando esse trabalho para os intérpretes do direito.

Diante desse impasse, a doutrina dividiu-se em duas correntes a fim de preencher esta lacuna legislativa:

1ª Corrente: o conceito de organizações criminosas poderia ser extraído do artigo 2º, “a”, do Decreto n. 5.015/04, que incorporou ao ordenamento brasileiro a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo:

a) **“Grupo criminoso organizado”** - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Essa corrente foi encampada pelo Superior Tribunal de Justiça em 2008, conforme se observa no seguinte acórdão:

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO Artigo 1.º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. **ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E**

4 GOMES, Luiz Flávio. <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/> Acesso em 2/9/2013.

PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004.

AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

2. Capitulação da conduta no inciso VII do artigo 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por **organização criminosa, sendo esta disciplinada no artigo 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente.**⁵

2ª Corrente: em contraposição ao entendimento anterior, esta corrente afirmava que o conceito de organizações criminosas não poderia ser extraído da Convenção de Palermo, como observamos dos comentários de Luiz Flávio Gomes:

1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade;

2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige “(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal;

3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno

⁵ STJ, HC 77.771/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 30/5/2008, DJe 22/9/2008.

em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*).⁶

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema, no ano de 2012, filiou-se à segunda corrente, entendendo que o conceito de organização criminosa não poderia ser extraído da Convenção de Palermo, restando esta conduta atípica, conforme observamos na ementa do mencionado julgado:

TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. **O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria.**⁷

Diante dessa posição do STF, o Congresso Nacional apressou-se para apresentar uma solução a essa falta de definição normativa, o que resultou na Lei n. 12.694/12, que, enfim, conceituou organização criminosa como uma associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Ressalta-se, no entanto, que, apesar da Lei n. 12.694/12 conceituar organizações criminosas, ela não definiu um crime autônomo para a constituição/formação de organizações criminosas, como era o caso da quadrilha, hoje chamada de “associação criminosa”. Na realidade, ela apenas instituiu uma maneira de se praticar crimes, sujeita a meios de prova e procedimentos investigatórios diferenciados, que, por sua vez, também não foram detalhados, ficando indefinidos seus requisitos e limites.

Ferrajoli, ainda, delineou três grupos de crime organizado:

- **Criminalidade organizada estruturada por poderes criminais privados (organizações criminosas privadas):** são grupos violentos, agressivos, que se utilizam de ações armadas e também contam com substancial poder econômico, como, por exemplo, as organizações de tráfico de drogas;

6 Gomes, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 6 de maio de 2009.

7 STF, HC 96.007, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/6/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013.

- **Criminalidade organizada estruturada por poderes econômicos privados:** é uma derivação da primeira modalidade, tendo como características principais a utilização de grandes empresas para o cometimento de crimes e o não uso da violência, em regra. Ela nasce no mundo empresarial e depois se infiltra no poder público. Cita-se, como exemplo, cartéis de empreiteiras e demais corporações empresariais;
- **Criminalidade organizada estruturada por agentes públicos:** trata-se de uma forma de crime organizado que originalmente já nasce dentro dos poderes públicos, praticado por seus próprios agentes.⁸

1. Conceito

Atualmente, com a chegada da nova lei de organizações criminosas (Lei n. 12.850/13), oriunda do Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 150/2006, apresentado pela Senadora Serys Slhessarenko, houve uma alteração da definição de organização criminosa, ficando esta caracterizada por uma associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Portanto, as principais diferenças entre os conceitos podem ser melhor verificadas no seguinte quadro comparativo:

Lei n. 12.694/12	Lei n. 12.850/13
Associação de três ou mais pessoas	Associação de quatro ou mais pessoas
Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente	Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente
Objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza	Objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza

⁸ GOMES, Luiz Flávio. <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/> apud FERRAJOLI, Luigi, em palestra ministrada na cidade de Tucuman, Argentina, em junho de 2012.

Lei n. 12.694/12	Lei n. 12.850/13
Mediante a prática de crimes	Mediante a prática de infrações penais
Pena máxima igual ou superior a 4 anos ou que seja de caráter transnacional	Pena máxima superior a 04 anos ou que seja de caráter transnacional

Em primeira análise, verifica-se que o número mínimo de agentes para a caracterização de uma organização criminosa aumentou de 3 (três) para 4 (quatro), alterou-se a expressão “crime” por “infrações penais”, e agora as infrações cometidas devem ter pena máxima superior a 4 (quatro) anos, afastando as com pena máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos, salvo se de caráter transnacional.

A exemplo do ocorrido com a modificação da lei de lavagem de capitais (Lei n. 12.683/12), o termo “crime” foi alterado por “infrações penais”. Apesar dessa expressão abranger as contravenções penais, o outro pressuposto de configuração é a pena máxima superior a 4 (quatro) anos, o que acaba por dificultar a possibilidade de ocorrência de contravenções, em virtude da elevada pena máxima, restando como eventual possibilidade de configuração do tipo apenas o caso de ter sido cometida a contravenção em caráter transnacional.

Todos os mencionados conceitos de organizações criminosas fazem referência à possibilidade de configuração desta no caso de infrações de caráter *transnacional*, por isso, faz-se necessário resgatarmos o artigo 3º da Convenção de Palermo, que considera infração de caráter transnacional quando:

- a) for cometida em mais de um Estado;
- b) for cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
- c) for cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou
- d) for cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

Em continuidade, a Lei n. 12.850/13 acabou por alargar ainda mais o âmbito de aplicação da norma, alcançando ainda as infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; bem como as organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, além dos atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Portanto, verificam-se três principais requisitos para o reconhecimento da organização criminosa:

- **associação de 4 (quatro) ou mais pessoas:** percebe-se que há necessidade de uma reunião estável e permanente de, pelo menos, 4 (quatro) indivíduos, característica que a diferencia de um mero concurso de pessoas, que tem natureza efêmera e passageira;
- **estrutura ordenada que se caracteriza pela divisão de tarefas, ainda que informalmente:** geralmente, as organizações criminosas se caracterizam pela hierarquia estrutural, planejamento empresarial, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional das atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades ilícitas, alto poder de intimidação, alta capacitação para a prática de fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações;
- **finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional:** para a caracterização de uma organização criminosa, a associação deve ter por objetivo a obtenção de qualquer vantagem, seja ela patrimonial ou não, mediante a prática de infrações penais com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou que tenham caráter transnacional – nesse caso, pouco importa o quantum de pena cominado ao delito.⁹

Apesar de a Lei n. 12.850/13 ter dado novo conceito às organizações criminosas, Luiz Flávio Gomes, entre outros, entendem que o conceito de

9 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 558.

organização criminosa dado pela Lei n. 12.694/12 continua válido para os efeitos desta norma, havendo, então, dois conceitos concorrentes, que serão aplicados a depender do caso específico.¹⁰

De outro lado, temos Cezar Roberto Bitencourt¹¹ e Eugênio Pacelli de Oliveira, que afirmam ter havido uma revogação parcial da Lei n. 12.694/12:

Embora a Lei 12.850/13 não se refira à eventual revogação *parcial* da Lei 12.694/12, precisamente no que respeita à definição de organização criminosa, pensamos não ser mais possível aceitar a superposição de conceitos em tema de tamanha magnitude. Do contrário, teríamos que conviver com um conceito de organização criminosa *especificamente ligada à formação do Colegiado de primeiro grau* (Lei 12.694/12), e com outro, da Lei 12.850/13, aplicável às demais situações.

É certo que a Lei Complementar 95/98, alterada pela LC 107/01, exige que a cláusula de revogação de lei nova deve enumerar, expressamente, as leis e disposições revogadas (artigo 9º), o que não parece ter ocorrido na legislação objeto de nossas considerações (Lei 12.850/13). Nada obstante, o descuido legislativo quanto à respectiva técnica não poderá impor a convivência de normas jurídicas incompatíveis. Assim, e com o objetivo de unificarmos o conceito de organização criminal na ordem jurídica nacional, pensamos que deverá prevalecer, para quaisquer situações de sua aplicação, a definição constante do artigo 1º, da Lei 12.850/13.¹²

Com a devida vênia, coadunamos com o entendimento de Pacelli e Bitencourt no que diz respeito à não coexistência de dois conceitos distintos de organizações criminosas, devendo ser utilizado o mencionado na nova Lei n. 12.850/13, que revogou tacitamente o anterior conceito.

2. Crime autônomo

Em seu artigo 2º, por sua vez, a Lei n. 12.850/13 tipificou o crime autônomo de promover, constituir, financiar ou integrar organizações criminosas e ainda dispôs sobre causas de aumento e agravantes de pena:

Artigo 2 Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Os núcleos do tipo legal são:

10 GOMES, Luiz Flávio. <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/> Acesso em 02/09/2013.

11 BITENCOURT, Cezar Roberto. <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/> Acesso em 17/9/2013.

12 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 26/08/2013.

- promover: significa estimular, impulsionar, dar força, facilitar ou fomentar a organização criminosa;
- constituir: significa criar, abrir, colocar em marcha ou em movimento, compor, estabelecer, dar vida à organização criminosa;
- financiar: significa arcar com seus custos, pagar suas despesas, dar ajuda financeira para a movimentação do grupo;
- integrar: significa fazer parte, associar-se, agregar, juntar-se (à organização criminosa).¹³

Ponto de grande discussão, na doutrina e na jurisprudência, certamente será a possibilidade, ou não, de punição cumulativa entre o crime autônomo do artigo 2º dessa lei com a causa de aumento prevista no artigo 1º, § 4º, da Lei de Lavagem de Capitais, que assim dispõe:

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

Ou seja, caso uma pessoa integre uma organização criminosa e, por intermédio desta, oculte ou dissimule a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, poderá ela ser punida pelo prática do crime previsto no artigo 2º da Lei n. 12.850/13 c/c artigo 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/98?

Uma primeira corrente já se apresenta entendendo que essa cumulação não é possível, por caracterizar *bis in idem*, como denota-se das palavras de Cezar Bitencourt:

Entendemos que não é admissível essa dupla punição, pois, nessa hipótese particular, estamos diante da valoração do mesmo fato para efeito de ampliação da sua punição que caracterizaria o ne bis in idem. De modo que se o agente já é punido mais severamente pelo fato de praticar o crime de lavagem de dinheiro na condição de integrante de organização criminosa, esse mesmo fato, isto é, sua participação em organização criminosa não poderá caracterizar de forma autônoma o novo crime do artigo 2º da Lei 12.850/2013. Esse nosso entendimento encontra respaldo no conflito aparente de normas, sob a ótica do princípio da especialidade, aplicando apenas uma das duas punições, ou seja, somente a lavagem de capitais com sua respectiva causa de aumento (§ 4º do artigo 1º da Lei 9.613), qual seja, cometida “por intermédio de organização criminosa”.

13 GOMES, Luiz Flávio. <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/> Acesso em 2/9/2013.

Apesar da argumentação proposta pelo ilustre jurista, ousamos discordar, entendendo que os delitos em análise são autônomos e independentes, podendo ser aplicada cumulativamente a causa de aumento de pena prevista no artigo 1º, § 4º, da Lei 9.613/98 e o delito autônomo do artigo 2º, da Lei n.12.850/13.

O raciocínio da autonomia dos delitos aqui tratado é o mesmo aplicado à alegação de *bis in idem* entre o crime de associação criminosa (antiga quadrilha), previsto no artigo 288 do CP, e a causa de aumento em razão do concurso de agentes no crime de roubo, prevista no artigo 157, § 2º, II, CP.

Seguindo nesta esteira de pensamento, colacionamos o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, que já tratava da independência dos crimes:

EMENTA: Quadrilha (ou quadrilha armada) e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e pela prática em concurso de agentes: compatibilidade ou não: análise das variações da jurisprudência do STF: opção pela validade da cumulação da condenação por quadrilha armada, sem prejuízo do aumento da pena do roubo por ambas as causas especiais. **A condenação por quadrilha armada não absorve nenhuma das duas cláusulas especiais de aumento da pena de roubo previstas no artigo 157, § 2º, I e II, do C. Penal: tanto os membros de uma quadrilha armada podem cometer o roubo sem emprego de armas, quanto cada um deles pode praticá-lo em concurso com terceiros, todos estranhos ao bando.**¹⁴

Em julgados mais recentes, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o mesmo entendimento aqui exposto:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. QUADRILHA OU BANDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO Artigo 41 DO CPP. CONTRADIÇÕES TESTEMUNHAIS. DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA. AFASTAMENTO DE CONCURSO MATERIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. QUESTÕES QUE DEMANDAM IMERSÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. INCOMPATIBILIDADE. APLICAÇÃO CUMULATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA DE CONCURSO DE PESSOAS COM O DELITO DE QUADRILHA OU BANDO. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA STJ Nº 243. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. **III. Não se caracteriza *bis in idem* a condenação por crime de quadrilha armada e roubo qualificado pelo uso de armas e concurso de pessoas, tendo em vista a autonomia e independência dos delitos. Precedentes.**¹⁵

14 STF, HC 76213, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/04/1998, DJ 22-05-1998 PP-00003 EMENT VOL-01911-01 PP-00185

15 STJ, HC 179.182/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 14/02/2012.

O § 7º do artigo 2º da Lei n. 12.850/13, a seu turno, dispõe que, caso haja indícios de participação de policial nos crimes tratados nessa nova Lei, a Corregedoria da Polícia instaurará inquérito policial e comunicará o Ministério Público para que designe membro para acompanhar o feito. Trata-se de desdobramento lógico do controle externo da atividade policial, exercido pelo Ministério Público. No entanto, isto não impede que o *parquet* conduza a sua própria investigação, conforme interpretação resultante dos diversos debates acerca da PEC 37. Nesse sentido, Sidney Eloy Dalabrida:

Não se alegue, porém, que o dispositivo legal citado tenha conferido exclusividade à Polícia para a investigação de policiais envolvidos com o crime organizado. A norma deve ser interpretada pelo que nela se contém, sendo princípio elementar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual não se presumem, na lei, palavras inúteis - *verba cum effectu sunt accipienda*. O dispositivo sob análise se refere expressamente à “*inquérito policial*” e não à “*investigação criminal*”. Portanto, somente uma leitura comprometida com interesses corporativos pode sugerir a intelecção de que, nessas hipóteses, o inquérito policial figura como instrumento exclusivo de apuração.¹⁶

O Capítulo II trata da investigação e dos meios de obtenção da prova. A fim de estabelecer distinções entre essas duas expressões, utilizamos as palavras de Nucci:

Meios de prova: são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. Podem ser lícitos – os admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento, logo, vedados pela Constituição Federal (artigo 5º, LVI). Os meios de prova lícitos devem ser ponderados pelo juiz na formação do seu livre convencimento (artigo 155, caput, do CPP, com nova redação determinada pela Lei 11.690/2008), embora sempre fundamentado (artigo 93, IX, CF).

Procedimentos Investigatórios: a expressão utilizada significa o método pelo qual a autoridade competente pode empreender as diligências necessárias para descobrir e apurar a prática da infração penal e sua autoria. Não há, pois, o sentido jurídico-processual específico de representar o modo de desenvolvimento do processo, nem tampouco o desencadear do inquérito policial (ato após ato, num conjunto único e harmônico, como se diz, por exemplo, quanto ao procedimento comum ou especial do processo penal). Pode haver *procedimento investigatório* (forma de busca da verdade dos fatos) em qualquer fase da persecução penal, que abrange tanto a fase do inquérito quanto a instauração em juízo.¹⁷

O artigo 3º estabelece como meios de obtenção de prova na investigação desse crime a colaboração premiada, a captação ambiental de

16 DALABRIDA, Sidney Eloy. <http://atualidadesdodireito.com.br/henriqueziesemer/2013/09/12/a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-n-12-8502013/> Acesso em 17/9/2013.

17 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 91.

sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a ação controlada, o acesso a dados cadastrais, a interceptação telefônica, a quebra dos sigilos bancário e fiscal, a infiltração em atividades de investigação e a cooperação entre os órgãos de instituições e órgãos federais, estaduais, municipais e distritais.

Além disso, o agente envolvido em organizações criminosas ainda fica sujeito a outros gravames:

- sujeição do preso provisório ou do condenado ao RDD (LEP, artigo 52, § 2º);
- realização de interrogatório por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (CPP, artigo 185, § 2º, I);
- impossibilidade de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado de drogas (Lei n. 11.343/06, artigo 33, § 4º);
- aumento da pena do crime de lavagem de capitais de um a dois terços se o crime for cometido por intermédio de organização criminosa (Lei n. 9.613, artigo 1º, § 4º, com redação dada pela Lei n. 12.683/12).¹⁸

3. Colaboração premiada

O instituto da colaboração ou delação premiada é um instrumento de investigação criminal que permite uma recompensa legalmente preestabelecida a ser concedida pelo Estado ao investigado/indiciado/acusado (e agora condenado) em troca da sua efetiva cooperação com os órgãos de persecução penal na elucidação das infrações penais, podendo resultar na redução de sua pena e até mesmo na extinção da punibilidade pelo perdão judicial. Na lição de Guilherme de Souza Nucci:

(...) delatar significa acusar, denunciar ou revelar. Processualmente, somente tem sentido falarmos em delação, quando alguém, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma. Esse é um testemunho qualificado, feito pelo indiciado ou acusado.¹⁹

A Lei n. 12.850/13 tratou o tema sob a denominação de “colaboração premiada”. A opção do Legislador por essa nomenclatura pode se justificar tanto pela controvérsia doutrinária em que se discute se “delação premiada” e “colaboração premiada” são expressões sinônimas ou institutos diversos,

18 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 559.

19 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 408

quanto pelas críticas que o instituto recebe também da doutrina ao argumento de se constituir um incentivo a valores antiéticos e contrários à moral, associados à ideia de traição. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima pondera:

Nessa linha, segundo Luiz Flávio Gomes, delação premiada e colaboração à Justiça não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência. O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Pode, de outro lado, assumir a culpa (confessar) e delatar outras pessoas – nessa hipótese é que se fala em delação premiada (ou chamamento de corrêu). Só há falar em delação se o investigado ou acusado também confessa a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro, tem-se simples testemunho. A colaboração premiada funciona, portanto, como o gênero, do qual a delação premiada seria espécie.

É bem verdade que a referência à expressão *delação premiada* é muito mais comum na doutrina e na jurisprudência. No entanto, preferimos fazer uso da denominação *colaboração premiada*, quer pela carga simbólica carregada de preconceitos inerentes à *delação premiada*, que traz insita a ideia de traição, quer pela incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, que nem sempre se limita ao mero chamamento de corrêu. Com efeito, a chamada “delação premiada” (ou chamamento de corrêu) é apenas uma das formas de colaboração que o agente revelador pode concretizar em proveito da persecução penal.²⁰

Independentemente da nomenclatura utilizada, o assunto já foi tratado em nosso ordenamento jurídico nas seguintes normas: Decreto-Lei n. 1.001/1969 (Código Penal Militar), no Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), na hipótese do crime de extorsão mediante sequestro (§ 4º do artigo 159 – redação dada pela Lei n. 9.269/1996), bem como nas Leis n. 8.072/90 (Crimes Hediondos), n. 8.884/94 (Lei Antitruste), n. 8.137/90 (Crimes contra a Ordem tributária), n. 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), n. 9.034/95 (Organizações Criminosas), n. 9.613/98 (Lavagem de Capitais), n. 9.807/99 (Proteção a Vitimas e Testemunhas) e n. 11.343/06 (Drogas).

De igual modo, em que pesem as discussões referentes à sua compatibilidade com a Constituição da República, o instituto da delação premiada foi admitido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da famosa Ação Penal n. 470 (chamado julgamento do “mensalão”). Naquela oportunidade, o Plenário, ao fundamentar a dosimetria da pena do réu colaborador, sustentou que:

²⁰ *In*: Legislação criminal especial comentada. Niterói, RJ:Ímpetus, 2013. p. 3.

admitiu-se a delação premiada (Lei 9.807/99: “Artigo 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”) para fins de redução da pena, à exceção do Revisor. O Min. Luiz Fux distinguiu a delação do instituto da confissão. Assinalou que a confissão seria pro domo sua, ou seja, quem o faria teria ciência da obtenção de atenuação da pena. Já a delação seria pro populo, em favor da sociedade, porquanto a colaboração serviria para todo e qualquer delito, de modo a beneficiar a coletividade.²¹

Esse precedente da Suprema Corte enfraqueceu substancialmente a corrente doutrinária que sustentava a inconstitucionalidade da colaboração premiada sob o argumento de se tratar de um instrumento de cunho moral duvidoso e repugnável na persecução penal.

A Lei n. 9.807/99 (Programa de Proteção a Testemunhas) foi pioneira ao permitir o perdão judicial ao acusado que tenha colaborado com a investigação criminal. Segundo o texto da Lei, quanto ao indiciado e ao acusado (não primário/reincidente), é possível apenas a redução de pena.

Artigo 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o **perdão judicial** e a conseqüente extinção da punibilidade **ao acusado** que, sendo **primário**, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Artigo 14. O **indiciado ou acusado** que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá **pena reduzida** de um a dois terços.

Observa-se que o perdão judicial não foi previsto para o acusado reincidente na Lei n. 9.807/99 e também que os benefícios são destinados apenas aos colaboradores “indiciados ou acusados”. A Lei n. 12.850/13,

21 STF: AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 28/11/2012. (Informativo 690 do STF)

por sua vez, expandiu a abrangência do instituto da colaboração premiada facultando o perdão judicial “àquele que tenha colaborado”, possibilitando, em tese, que uma pessoa que não seja o indiciado ou acusado possa ser beneficiado.

A concessão dos benefícios oriundos da colaboração prestada sempre levará em consideração a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e repercussão social do fato, além da eficácia dos resultados da colaboração previstos no artigo 4º da Lei n. 12.850/13, os quais estão dispostos na seguinte ordem:

- I. a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II. a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III. a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV. a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V. a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

É importante destacar que os benefícios previstos na Lei em referência possuem caráter pessoal e serão aplicados tão somente àqueles que colaborarem, efetiva e voluntariamente, com as investigações na medida²².

A nova Lei de Organizações Criminosas inovou ao permitir expressamente o benefício ao colaborador já condenado que ainda esteja cumprindo pena, possibilitando a este ter sua pena reduzida até a metade ou admitindo a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos, conforme artigo 4º, § 5º.²³

Antes da Lei, diante da ausência de previsão legal, caso houvesse a oportunidade de se obterem informações de uma pessoa já cumprindo pena definitiva, a única alternativa seria buscar, no juízo competente e na administração da unidade prisional, a possibilidade de oferecer ao condenado alguma espécie de regalia dentro do próprio ergástulo, dentro dos limites legais, é claro, em troca da sua efetiva colaboração.

22 LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. Niterói, RJ:Ímpetus, 2013. p. 16.

23 Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Criou-se, também, mais uma hipótese de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, mitigando o princípio da obrigatoriedade, além da possibilidade de suspensão do prazo para oferecimento da peça acusatória, com a consequente suspensão do prazo prescricional (artigo 4º, §§ 3º e 4º).

A possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia já era aventada por parte da doutrina, sustentada por uma concepção de que o instituto da delação premiada se trata de um poder-dever do juiz, uma vez preenchidos todos os requisitos legais pelo colaborador. Nesse sentido:

Não obstante a lei utilizar-se da forma verbal *poderá*, no sentido semântico de mera faculdade, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento jurídico de se tratar de um *poder-dever*, que obriga o Magistrado a conceder o benefício sempre que as condições objetivas e subjetivas previstas no direito positivo estiverem presentes no caso concreto sob exame judicial. Nessa linha de raciocínio, o perdão judicial não deve ser entendido como um mero favor a ser concedido pelo Estado-Juiz, mas como um direito individual condicionado à satisfação de determinados requisitos legais. Presentes tais requisitos, indicadores de uma situação fática de perfeita correspondência com o quadro de exigência legal, é evidente que o Magistrado não poderá arbitrariamente negar a concessão do instituto despenalizador. Por isso mesmo, pode-se dizer que, no plano abstrato e genérico da lei positiva, trata-se de uma simples faculdade, que se transforma num verdadeiro *poder-dever* no momento em que o indivíduo-infrator atende plenamente às exigências estabelecidas na própria lei criadora do referido benefício penal.²⁴

Exemplificando, o indivíduo já indiciado, no momento do oferecimento da denúncia, identifica todos os coautores e partícipes, localiza a vítima com sua integridade física preservada e/ou colabora para a recuperação total do produto do crime. O promotor de justiça percebe que todos os requisitos do artigo 13 da Lei n. 9.807/99 foram atendidos, mas o indivíduo ainda não foi denunciado, como exige o dispositivo em questão. Dessa forma, considerando que se trata de um poder-dever do magistrado, uma vez cumpridos todos os requisitos para a concessão do perdão judicial, o membro do Ministério Público poderia deixar de denunciá-lo diante da certeza de que a pena deixaria de ser aplicada ao final da demanda.

Ou seja, considerando a tese de que o preenchimento de todos os requisitos do artigo 13 da Lei em referência já na fase policial não ensejaria uma mera expectativa, mas um direito subjetivo, o membro do Ministério Público, ciente de que a ação penal estaria inapta a ensejar uma condenação, deixaria de denunciá-lo pela ausência de interesse de agir, pois o objetivo final da ação penal já estaria fadado ao insucesso.

24 LEAL, João José. *A Lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou prêmio à delação*. In: RT 782/00. p. 451.

Deve-se deixar bem claro, no entanto, que a Lei n. 12.850/13 limita essa possibilidade nas hipóteses em que o colaborador for o primeiro a prestar a efetiva colaboração nos termos da Lei, sendo vedada nos casos em que ele for o líder da organização criminosa.

Outro aspecto a se ressaltar é que o juiz não participará das negociações para formalização do acordo de colaboração. No entanto, tal qual ocorre na proposta de transação penal, o acordo de colaboração não terá eficácia se não se submeter à homologação do juiz, que verificará a regularidade e a legalidade dos termos propostos, bem como a voluntariedade do colaborador. Nesse último caso, o magistrado poderá verificar este requisito mediante a sua oitiva, em sigilo, na presença do seu defensor.

Caso o acordo de colaboração não preencher os requisitos legais, o juiz poderá rejeitá-lo ou, ainda, havendo possibilidade, adequá-lo ao caso concreto respeitando as normas constitucionais, penais e processuais penais vigentes.

Assim, não há como afastar o instituto da colaboração premiada do Poder Judiciário, até mesmo porque o prêmio dessa colaboração é atrelado à pena, ou seja, à prestação jurisdicional. Mesmo nas hipóteses do § 4º, I e II, do artigo 4º da Lei em referência, a questão deverá ser submetida ao Judiciário para a efetiva verificação da sua validade.

Nesse contexto, mostra-se oportuna a transcrição dos ensinamentos do Juiz Federal Fausto Martin de Sanctis:

Verifica-se que o espectro normativo é amplo e autorizativo de tal forma que é possível hoje concretizar um “acordo” entre o suspeito/acusado e o Ministério Público, com a participação do magistrado, embora a legislação, quanto a este último aspecto, não seja clara. Entretanto, seria letra morta garantir às partes a delação premiada e não lhe conferir eficácia, dada a ausência de participação do Judiciário. A participação do Judiciário não pode, porém, comprometer a necessária independência deste, que deve estar livre para decidir quanto a conveniência de aplicação do instituto excogitado diante de todo o espectro verificado durante o procedimento autorizativo da delação premiada.²⁵

A sentença condenatória, por sua vez, não poderá ser fundamentada apenas nas declarações do agente colaborador. Agiu com a prudência necessária o Legislador nesse aspecto, pois a colaboração premiada passa a ser uma estratégia de defesa sedutora, apta a diminuir a pena ou até mesmo torná-la inaplicável.

25 SANCTIS, Fausto Martin de. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas, SP: Milenium, 2008. p. 125.

A delação premiada, desde a sua inserção no plano jurídico pátrio, *passou a se constituir um instrumento processual importante para a apuração da verdade real*²⁶. No entanto, ela deve ser vista com cautela, servindo de base para a obtenção de outras provas a partir das informações nela obtidas. Não se poderia fixar um decreto condenatório amparado apenas nas informações prestadas por alguém que quer se ver livre de uma condenação a todo custo.

Por outro lado, a Lei permite ao colaborador retratar-se da proposta. Nesse caso, em respeito ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) inserido implicitamente na previsão do direito ao silêncio do artigo 5º, LIII, da Constituição da República, a Lei determina que as provas incriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor (artigo 4º, § 10).

A Lei n. 12.850/13 finalmente normatizou o procedimento a ser seguido na colaboração premiada. Até então, havia a previsão legal do instituto apenas no seu aspecto material. A sua forma de operacionalização, apesar da existência de uma padronização mínima no âmbito nacional aplicada pelos agentes do Direito, dependia da logística de atuação adotada pelo Judiciário e pelo Ministério Público.

O termo de colaboração premiada, agora, necessariamente, deverá conter o relato da colaboração e de seus resultados possíveis, as condições propostas pelo representante do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, a declaração expressa de aceitação do colaborador e do seu defensor, as respectivas assinaturas dos envolvidos, além da especificação das medidas de proteção, quando existentes.

Como não poderia ser diferente, o Legislador demonstrou preocupação com a segurança do colaborador, prevendo expressamente, no artigo 5º, os seus direitos:

- I. usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II. ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III. ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV. participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V. não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

26 Op. Cit. p. 124.

VI. cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

A norma em questão, assim como já disposto no artigo 15 da Lei n. 9.807/99²⁷, assegura a proteção do colaborador com relação aos demais corréus. Logo, no âmbito do Estado de Santa Catarina, muito embora a norma só se refira a vítimas e testemunhas protegidas, não haveria óbice à aplicação do procedimento previsto na Seção XI (artigo 360-D e seguintes) do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça, incluída pelo Provimento n. 5, de 5 de março de 2010, daquele Órgão (antigo Provimento 14), cuja constitucionalidade já foi assentada pela Corte catarinense²⁸.

O respeito incondicional a esses direitos, em conjunto com as demais regras procedimentais previstas nessa Lei, é que torna possível o dispositivo que determina que o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, ou seja, o que deixa de ser sigiloso é o teor do acordo, permanecendo em segredo as informações referentes à qualificação do colaborador, direito resguardado no artigo 5º, II.

Em que pese a Lei n. 12.850/13 ter dedicado uma seção à colaboração premiada, corrigindo a falha das legislações anteriores ao normatizar o seu procedimento, não há dúvidas que ainda se torna um instituto muito difícil de se operacionalizar. Muito embora seja uma ferramenta bastante sedutora para a persecução penal, ao nosso ver, o Estado ainda não conseguiu criar uma fórmula eficaz, apta a dismantelar as organizações criminosas com a devida segurança do colaborador.

Isso porque, pela atual redação da Constituição da República, *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação* (artigo 93, IX).

27 Artigo 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no artigo 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

28 “O Provimento n. 14/2003, da Corregedoria Geral da Justiça deste Tribunal, está em consonância com o disposto na Lei 9.807/99, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas. Tal legislação preconiza em seu artigo 7º.” (Recurso Criminal n. 2012.017645-4. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. Julgado em 10.7.2012.)

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, alterou o artigo 93, IX, da Constituição da República, mitigando a publicidade dos atos processuais em determinadas hipóteses legais, mas a regra da fundamentação das decisões judiciais continua sendo absoluta.

Assim, surgirão inúmeras situações em que, mesmo respeitadas à risca as regras procedimentais previstas na Lei n. 12.850/13 e todo o sigilo permitido pela legislação processual penal vigente (informações pessoais preservadas, condução em juízo em separado dos demais réus etc), o réu colaborador será identificável por força da fundamentação da sentença penal condenatória.

Portanto, deve-se ter muita cautela no momento de se utilizar do instituto da colaboração premiada, ponderando todos os elementos que envolvem a situação fática apresentada, para não submeter indevidamente o colaborador e sua família a um risco irreparável.

Por fim, cabe fazer a ressalva da possível inconstitucionalidade do artigo 4º, § 14²⁹, onde se verifica uma imposição do legislador para que uma pessoa renuncie ao direito constitucional de permanecer em silêncio. O direito ao silêncio é renunciável, claro, mas de forma voluntária e espontânea, jamais imposta, por isto, deve-se analisar com cuidado este dispositivo.

4. Ação controlada

Ação controlada, segundo definição do artigo 8º da Lei n. 12.850/13, consiste em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. Guilherme Nucci ainda enriquece esse conceito assim tratando a ação controlada:

Ação controlada é o retardamento da realização da prisão em flagrante, mesmo estando a autoridade policial diante da realização do crime praticado por organização criminosa, sob o fundamento de se aguardar o momento oportuno para tanto, colhendo-se mais provas e informações. Assim, quando, futuramente, a prisão se concretizar, será possível atingir um maior número de envolvidos, especialmente, se viável, a liderança do crime organizado.³⁰

29 Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

30 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 7. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 91.

Na realidade, a ação controlada funciona como uma mitigação ao flagrante obrigatório (prorrogado, retardado ou diferido). A prisão continua sendo obrigatória, porém em momento posterior.

O procedimento em análise também é mencionado na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/11) e na Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98). Em ambos os casos, a ação controlada só é possível mediante prévia autorização judicial. No caso da nova Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13), exigiu-se apenas uma *comunicação* ao Juiz, que, por sua vez, comunicará o Ministério Público (artigo 8º, § 1º).

A antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 9.034/95), no entanto, não fazia qualquer menção à autorização ou comunicação judicial, tendo inclusive o STJ entendido que não era necessária prévia permissão da autoridade judicial para a efetivação da ação controlada.³¹

A inovação trazida pela nova Lei é a menção de retardamento da intervenção “administrativa”. Antes, a Lei referia-se apenas à intervenção policial. Portanto, ampliou-se a possibilidade de ação controlada, abrangendo agora os agentes do Estado ligados a centrais de colheita de dados e fiscalização, embora sem pertencerem à polícia.

Estas autoridades administrativas que presidem investigações fazem-no no exercício do respectivo *poder de polícia* e não para a apuração de ilicitudes *exclusivamente* penais, tal como ocorre nas hipóteses de procedimentos fiscais, tributários, nas ações do Banco Central, dos Tribunais de Contas etc. As Comissões Parlamentares de Inquérito, por sua vez, detêm autoridade para a promoção de investigações, com poderes, inclusive, mais amplos que as policiais, por força do disposto no artigo 58, § 3º, da Constituição da República.³²

A Lei n. 12.850/13 ainda trata da ação controlada quando envolver transposição de fronteiras, sendo que esta somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Uma das mais tradicionais formas de ação controlada já tinha sido prevista na Convenção de Palermo, com a alcunha de “entrega vigiada”, conforme artigo 2º, i:

31 STJ, HC 119205/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 29/9/2009, DJe 16/11/2009.

32 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 26/8/2013.

i) "Entrega vigiada" - 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;

O mencionado texto da ONU ainda vai além, em seu artigo 20, 4., tratando da interceptação das mercadorias:

4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.

Portanto, nessa forma de ação controlada, a autoridade pode interceptar a mercadoria e autorizar que ela prossiga, sem alteração do seu conteúdo (entrega vigiada suja), ou pode subtrair ou substituir o conteúdo por produto lícito (entrega vigiada limpa).³³

Cumpre-nos afastar a possível alegação de afronta ao direito à não autoincriminação, como inclusive observa-se nos comentários de Maria Elizabeth Queijo, pois, inicialmente, a inexistência de advertência quanto ao *nemo tenetur se detegere* poderia gerar uma ideia de violação ao citado direito fundamental, em razão de que os averiguados acabariam por produzir provas em seu desfavor. No entanto, prevalece aqui o interesse público na persecução penal dos delitos, que justifica a restrição ao referido princípio, preponderando o princípio da proporcionalidade.³⁴

5. Infiltração de agentes

Há pesquisas idôneas dando conta de que o antecedente histórico mais importante do *agente encoberto* seria o *agent provocateur*, associado a atividades de espionagens francesas, e que, entre nós, ficou conhecido como o agente provocador, presente em situações de flagrante realizados a partir de sua intervenção.³⁵

Infiltração de agentes consiste em uma introdução dissimulada de pessoas integrantes da estrutura dos órgãos policiais em uma organização criminosa, passando eles a agir como um de seus integrantes, ocultando-se

33 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Niterói: Impetus, 2013. p. 573.

34 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 368.

35 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 26/08/2013. *Apud* PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente encubierto y proceso penal garantista: limites y desafios*. LERNER Editora, 2012, p. 358/359.

sua verdadeira identidade, com o objetivo precípua de obter informações capazes de permitir a desarticulação da referida organização.³⁶

A Convenção de Palermo prevê expressamente a possibilidade de utilização de operações de infiltração entre as técnicas especiais de investigação (artigo 20.1.), no entanto, ela trata da matéria de forma genérica, configurando como uma mera recomendação.

A antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 9.034/95) fez a primeira abordagem da matéria em âmbito nacional, no seu artigo 2º, inciso V, seguida pela Lei n. 11.343/06, em seu artigo 53, inciso I. Agora, com a nova Lei n. 12.850/13, a medida foi melhor regulamentada pelos artigos 10 a 14 e veio com o escopo de suprir as lacunas antes existentes.

Preliminarmente, percebe-se que foi retirada a possibilidade de infiltração de agentes de inteligência, permitindo-se esta técnica apenas aos agentes de polícia (estadual ou federal) em tarefas de investigação. No entanto, manteve-se a proibição de infiltração de particulares, chamados de “gansos” ou “informantes”. Observa-se, ainda, a possibilidade de um dos integrantes da organização colaborar com a investigação a fim de ser beneficiado com a colaboração premiada.

O legislador deixou expresso no artigo 10, § 2º, que esta medida será utilizada apenas nos casos em que houver indícios de infração penal praticada por meio das organizações criminosas definidas no artigo 1º da Lei, e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis. Portanto, é uma medida subsidiária e complementar, a *ultima ratio* das medidas investigatórias.

Continua sendo indispensável a prévia, circunstanciada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites, e agora possui prazo determinado de até 6 meses, sem prejuízo de eventuais renovações. O legislador não estipulou a quantidade máxima de renovações, cabendo ao Juiz aferir o termo da infiltração baseado nos critérios da razoabilidade, de acordo com o caso concreto, a depender da complexidade da organização criminosa.

Com relação ainda ao tempo da infiltração, a doutrina costuma classificá-la em duas espécies: *Light Cover*, com duração de até 6 meses; *Deep Cover*, com duração de mais de 6 meses.³⁷

Importante mencionar que se trata de uma medida cautelar *inaudita altera parte*, com contraditório postergado (ou diferido), a fim de preservar

36 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Niterói: Impetus, 2013. p. 582.

37 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 588.

a eficácia da própria investigação. Nem o advogado de defesa deverá ser cientificado com antecedência desta operação, invocando-se, para isso, a Súmula Vinculante n. 14 do STF.

Conforme artigo 11 da nova lei, a infiltração será representada pelo Delegado de Polícia ou requerida pelo Ministério Público, com a demonstração da necessidade da medida, alcance das tarefas e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração. Manteve-se a proibição de determinar a infiltração de ofício, pelo juiz, a fim de se afastar a imagem de juiz inquisidor e resguardar o sistema acusatório.

Acerca dos fundamentos judiciais exigíveis para deferimento do pedido de infiltração de agentes, Eugênio Pacelli os estipula da seguinte forma:

- a presença de elementos indicativos da existência da estrutura da organização voltada para a prática de delitos, tal como definida no artigo 1º, §1º. Não se pode exigir a prova segura dessa realidade, até por que, se assim fosse, seria desnecessária a produção de quaisquer outros elementos informativos;
- a insuficiência de outros meios de prova para a coleta de material comprobatório da organização. Deve-se observar, no ponto, que, por vezes, a comprovação da autoria ou da participação em organização criminosa não seja suficiente para esclarecer as circunstâncias acerca de sua estrutura, da divisão de tarefas e do *modus operandi* então utilizado;
- pensamos, então, que a infiltração deve ser *precedida* de outros meios de prova ainda que igualmente invasivos, como as interceptações de comunicações telefônicas e de dados, eventuais buscas e apreensões, desde que também se atendam, em relação a eles, as exigências e demais requisitos legais. Nesse sentido é também a doutrina de Flávio Cardoso PEREIRA (*Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. cit. p.778;
- nas hipóteses de ação controlada, evidentemente, a deflagração de alguns meios de prova, como a busca e apreensão, por exemplo, ou de outras medidas cautelares, patrimoniais ou pessoais, poderá reduzir a nada os possíveis êxitos da investigação. Tais circunstâncias deverão ser abarcadas pela decisão judicial que determine a infiltração de agentes;
- que seja fixado, desde logo o prazo para a realização da medida, atentando-se o magistrado para as necessidades apontadas na representação da autoridade e na manifestação do Ministério Público, quando não for dele próprio o requerimento (artigo 10, *caput*, §1º, §3º;
- observância das exigências do disposto no artigo 11.³⁸

38 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 26/8/2013.

A lei confere ao delegado o poder de representar ao Juiz para deferimento da medida de infiltração de agentes, havendo a necessidade de prévia manifestação do Ministério Público. A dúvida que aqui surge é na hipótese do Ministério Público manifestar-se contrariamente à infiltração. Neste caso o Juiz estará vinculado a este parecer?

De um lado, temos que, em respeito à titularidade da ação penal pelo Ministério Público, esse parecer deve vincular o Juiz. Caso contrário, do que adiantaria uma medida de infiltração, com todos os seus riscos para os envolvidos, se ao final desta o membro do *parquet* entendesse que não é caso de oferecimento de denúncia. Justamente, por isso que o legislador explicitou a oportunidade do Ministério Público se manifestar, se não fosse assim, a lei não abriria margem para essa manifestação, como não o fez nos casos de pedido de medidas cautelares pela autoridade policial.

De outro lado, a Lei n. 12.830/13, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, menciona que a este agente, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal. Desse modo, ele não necessitaria de uma autorização do Ministério Público para requerer a infiltração de agentes, assim como ocorre nos casos de requerimento de interceptação telefônica, por exemplo, em que é prescindível manifestação favorável do *parquet*.

As duas correntes possuem fundamento, restando-nos aguardar o posicionamento a ser adotado pelos tribunais.

O artigo 13 da Lei n. 12.850/13, por sua vez, dispõe que o agente deve guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, respondendo pelos excessos praticados. Não obstante, não é punível, no âmbito da infração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa, que excluirá a culpabilidade e, por conseguinte, a existência de crime. Há quem entenda melhor ser mais técnico excluir a ilicitude do fato típico e culpável, em razão do estrito cumprimento do dever legal.³⁹

Críticas surgem sobre essa excludente prévia da culpabilidade, pois a infiltração de agentes *sempre* excluirá a existência de no mínimo um crime, qual seja o de “promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa” (artigo 2º da Lei n. 12.850/13), como podemos observar nas palavras de Eugênio Pacelli:

39 MOREIRA, Rômulo de Andrade. <http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/> (acessado em 12/08/2013).

Para que seja útil a infiltração, o agente, em regra (não sempre, é verdade) deverá contribuir na prática de infrações penais. E aí, a exclusão prévia e permanente da culpabilidade soa paradoxal (e necessária!): *quando inexigível conduta diversa*.

Ora, mas veja-se bem: a inexigibilidade de conduta diversa, como regra, pressupõe situação da necessidade de conduta contrária ao direito, desde que não tenha sido criada voluntariamente pelo agente (a situação de necessidade).

No modelo legal de infiltração, o que a lei afirma é o *dever* de comportamento indevido (participação em delitos), como inexigibilidade de conduta diversa! Se o agente tem o dever de contribuir na ação criminosa como lhe seria exigível outro comportamento?

Quanto ao cômputo do agente infiltrado para chegar-se ao número mínimo de pessoas exigido para a caracterização da associação criminosa ou mesmo da organização criminosa, Nucci entende ser possível, da mesma forma que se admite o cômputo do adolescente, que não é culpável, no número mínimo de agentes para configuração do crime do artigo 288 do CP.⁴⁰

A oitiva do agente infiltrado como testemunha é um ponto que merece destaque, devendo a ação de infiltração ser orientada no sentido de colheita de provas diversas da testemunhal, a fim de garantir a segurança do agente, evitando-se ao máximo a necessidade utilizá-lo como testemunha. No entanto, caso seja indispensável esta oitiva, será dado tratamento similar ao agente colaborador, a fim de resguardar a sua identidade.

Outro ponto que exige reflexão é o fato que o agente infiltrado não será denunciado pelo Ministério Público em razão dos delitos por ele praticados, desde que não atue em excesso. Muito cuidado deve existir nesta situação, pois a ausência deste agente na peça acusatória pode acabar revelando sua identidade para os demais membros da organização criminosa, causando um sério risco para a segurança do agente infiltrado.

Por fim, cabe destacar, ainda a diferenciação de agente infiltrado e agente provocador:

- agente infiltrado (*undercover agent*): agente de polícia; depende de prévia autorização judicial; deve agir de maneira passiva, não instigando os demais agentes a prática de eventual ilícito; eventual prisão a partir das informações por ele obtidas será um flagrante esperado.
- agente provocador (*entrapment doctrine* ou *teoria da armadilha*): pode ser qualquer pessoa; não há necessidade de autorização

40 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 96.

judicial; caracteriza-se pela indução de alguém a prática de determinado ilícito; eventual prisão será hipótese de flagrante preparado, prisão ilegal, crime impossível, devendo ser relaxada.⁴¹

6. Acesso a dados cadastrais

Conforme artigo 3º, inciso IV da nova lei, é permitido, em qualquer fase da persecução penal, o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais.

A Lei n. 12.850/13 dispõe ainda, em seu artigo 15, que o delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, *apenas* aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Esse dispositivo repete o contido no artigo 17-B da Lei 9.613/98 (Lavagem de Capitais) com redação dada pela Lei n. 12.683/12.

Quanto à restrição de acesso apenas aos dados cadastrais, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), da Câmara dos Deputados, ao analisar o texto do Projeto de Lei n. 150/2006, externou sua preocupação ao “abrir a porta para exceções e abusos”, ponderando dois pontos específicos:

- necessidade de prévia autorização judicial versus burocratização da investigação e do combate às organizações criminosas;
- ausência de definição legal para “dados cadastrais”.

Justificando a inserção do termo “apenas”, feita pela CCJ, por emenda, os Deputados citaram a seguinte jurisprudência:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SIGILO TELEFÔNICO. INVOLABILIDADE, SALVO REQUISIÇÃO JUDICIAL. DADOS CADASTRAIS. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE DE REQUISIÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR N. 75/93, Artigo 8º, § 2º.

1. A **disposição do artigo 5º, XII, da Constituição – inviolabilidade do sigilo “de dados e das comunicações telefônicas” – não se estende aos dados cadastrais** dos assinantes do serviço de telefonia, em relação a requisições, especificamente justificáveis, feitas diretamente pelo Ministério Público Federal, em face do disposto no artigo 8º, § 2º, da Lei Complementar n. 75/93.

2. Parcial provimento à apelação.⁴²

41 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 590.

42 TRF-1, 5ª Turma, Apelação Cível 2007.33.00.0084184/BA, rel. Des. João Batista Gomes Moreira,

A lei não trata de acesso a dados de movimentações financeiras nem de valores ou gastos constantes nas contas bancárias ou telefônicas dos investigados. Na realidade, a permissão conferida ao delegado de polícia e ao Ministério Público diz respeito ao acesso a nome, estado civil, filiação e endereço da pessoa investigada. Desta forma, a maioria da doutrina entende pela constitucionalidade do dispositivo, sendo indispensável a existência de regular procedimento investigatório em curso.⁴³

Os argumentos da inconstitucionalidade deste acesso podem ser observados na doutrina de Guilherme Nucci:

Cadastros sigilosos, estejam onde estiverem, com qualquer conteúdo, somente podem ser acessados por ordem judicial. Há muito se consolidou tal entendimento pelo STF e demais tribunais pátrios. Não há razão alguma para se alterar essa posição. De tempos em tempos, por lei ordinária, surge alguma tentativa de violação da intimidade ou da privacidade do indivíduo por órgãos estranhos ao Judiciário, tais como a polícia e o Ministério Público. [...] Enfim, permitir o livre acesso, sem autorização judicial, é abrir perigoso precedente, incompatível com as garantias individuais básicas do cidadão.⁴⁴

Coadunando com o pensamento da constitucionalidade do acesso direto, sem necessidade de autorização judicial para o acesso aos dados cadastrais, Renato Brasileiro, ao comentar o dispositivo contido na Lei de Lavagem de Capitais, vai além, permitindo essa medida para a apuração de qualquer delito:

Embora inserido na Lei de Lavagem de Capitais, este dispositivo pode ser invocado para a apuração de qualquer delito, especialmente infrações penais antecedentes. Não teve o legislador a intenção de limitar seu escopo à lavagem de capitais e nem teria razão para fazê-lo, já que o tipo penal de branqueamento depende de uma infração antecedente.⁴⁵

Importante mencionar ainda que a recusa ou omissão desses dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo Juiz, Ministério Público ou Delegado de Polícia, no curso da investigação ou do processo configura o crime do artigo 21 da Lei n. 12.850/13.

j. Em 24/05/2010.

43 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 26/08/2013.

44 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas* – 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 505.

45 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: 2013. Ed. Impetus. p. 539.

7. Crimes ocorridos na investigação e na obtenção de provas

A Lei n. 12.850/13 criou mais 4 crimes, estando eles localizados nos seguintes artigos da nova lei:

Artigo 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Artigo 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a 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, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Artigo 20. 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, e multa.

Artigo 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

Percebe-se, portanto, que o intuito do legislador foi o de preservar os objetivos da lei, protegendo o colaborador, penalizando o falso colaborador, tipificando a quebra de sigilo específico na ação controlada e infiltração de agentes, além de criminalizar a recusa no fornecimento de dados requisitados pelas autoridades competentes no curso da investigação ou do processo.

8. Disposições finais

O artigo 22 da recente norma prevê que os crimes nela previstos, bem como as infrações penais conexas, serão apurados em procedimento ordinário previsto no CPP. Já surgem vozes apontando a inconstitucionalidade deste dispositivo, por afronta à competência constitucional do Juizado Especial, visto que há crimes de menor potencial ofensivo no diploma legal.⁴⁶

Quanto ao tempo de duração do procedimento, a antiga Lei n. 9.034/95 previa um prazo para encerramento da instrução criminal de 81 dias, quando o réu estivesse preso, e de 120 dias, quando solto. Com a nova Lei,

46 MOREIRA, Rômulo de Andrade. <http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/> (acessado em 12/08/2013).

este prazo passa a ser de 120 dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período.

O crime de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288, CP, teve seu *nomen juris* alterado para “associação criminosa”, tendo sido o requisito do número de agentes reduzido de mais de três (quatro) para apenas três agentes, que associam-se para o fim específico de cometer crimes.

A pena permaneceu a mesma, reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos. O parágrafo único foi alterado, antes a pena era aplicada em dobro se a quadrilha ou bando fosse armado, agora, a pena é aumentada até a metade se a associação é armada ou se houver participação de criança ou adolescente.

A modalidade qualificada prevista no artigo 8º da Lei n. 8.072/90 continua vigente, pois a remissão ao artigo 288 do CP, em caso de se tratarem de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, continua válida.

A fim de elucidar as principais diferenças entre a associação criminosa e a organização criminosa, apresenta-se o seguinte quadro comparativo:

Associação Criminosa	Organização Criminosa
Associação de três ou mais pessoas	Associação de quatro ou mais pessoas
Reunião não eventual de pessoas, com caráter estável e permanente	Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente
Finalidade específica de cometer crimes, independentemente da pena a eles aplicada	Objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza
-	Mediante prática de infrações penais
-	Pena máxima superior a 4 anos ou que seja de caráter transnacional

Percebe-se importantes diferenças entre os conceitos de associação criminosa e organização criminosa, sendo o primeiro mais genérico na descrição de sua conduta, não possuindo como número de agentes o seu fator de diferenciação, pois também poderá haver associação criminosa com 4 ou mais pessoas.

Característica importante é o objetivo de obter vantagem mediante a prática de infração penal cuja pena máxima seja superior a 4 anos ou que seja de caráter transnacional (ocasião em que não importará a quantidade

da pena), a fim de caracterizar a organização criminosa, exigência esta que não é feita ao delito de associação criminosa, pois este demanda apenas a finalidade de cometer crimes, independentemente da pena a eles aplicada.

Outro marco essencial é a forma de constituição do grupo, a organização criminosa caracteriza-se pela estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, enquanto a associação criminosa dispensa esta organização, considerando irrelevante a posição ocupada por cada agente.

Reforçando as distinções entre a organização criminosa e a associação criminosa, Adel el Tasse ressalta:

Há, ainda, no crime de organização criminosa os seguintes importantes elementos especializadores: a) ordem estrutural; b) divisão de tarefas; c) objetivo de obtenção de vantagem. Com isso, o campo que separa o crime de associação criminosa do de organização criminosa fica mais claro, pois somente se poderá cogitar da ocorrência deste delito se comprovada a existência de estruturação perfeitamente ordenada, com divisão interna de tarefas entre os participantes e objetivo de obtenção de vantagem diversa da inerente ao próprio delito meio, ou seja, deve se comprovar que a existência do grupo criminoso se faz em razão do atingimento de vantagens próprias, o que não pode ser, por exemplo, o lucro pela prática do roubo, pois esta vantagem é a inerente ao próprio delito de roubo, não se confundindo, portanto, com a vantagem objetivada para que se visualize a hipótese como consistente em organização criminosa.⁴⁷

O crime de falso testemunho ou falsa perícia teve seu preceito secundário alterado, aumentando-se esta pena que antes era de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa para reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa, afastando-se a possibilidade de suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei n. 9.099/95).

Foi revogada a Lei n. 9.034/95, permanece em vigor a Lei n. 12.694/2012, que trata da faculdade conferida ao Juiz para decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro grau para a prática de qualquer ato processual em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, restando aqui a já mencionada discussão de qual definição de organização criminosa será utilizada.

A Lei n. 12.850/13 entra em vigor 45 dias de sua publicação oficial, ou seja, dia 19 de setembro de 2013.

47 TASSE, Adel el. Nova Lei de Crime Organizado. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br>> (acessado em 04/09/2013)

9. Conclusão

A nova lei de organizações criminosas tratou de instrumentos extremamente delicados, que atingem intensamente direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Esses direitos não são considerados absolutos e ilimitados, encontrando limites em outros direitos fundamentais, podendo, assim, sofrer restrições a fim de que um deles prevaleça sobre o outro, a depender do caso concreto, buscando atingir equilíbrio e harmonia.

O crime organizado possui grande força e potencial de causar danos à sociedade, por isso demanda um combate árduo e diferenciado pelo Estado. Essa incessante persecução aos grupos criminosos especializados exige uma série de duras e invasivas medidas a serem tomadas para que possa haver um resultado prático na proteção dos bens jurídicos tutelados e uma eficácia na realização da justiça, respeitando, assim, a proibição da proteção deficiente.

De outro lado, deve-se também atentar para não instaurar um Direito Penal de Emergência ou de Exceção, fadado ao reconhecimento de inconstitucionalidade pelos Tribunais. A medida proporcional deve ser encontrada para tratar de forma especial esses crimes que também atingem com especial severidade a sociedade, cuidando sempre para não incidir em excessos.

Os instrumentos jurídicos do direito penal clássico sempre estiveram em descompasso com a sofisticação dos atuais grupos criminosos organizados, e é neste contexto que surge a Lei n. 12.850/13, restringindo direitos e garantias fundamentais.

O direito à intimidade, imanente ao ser humano, cláusula pétrea, é flexibilizado com a possibilidade de realização de interceptação telefônica, ressalvada pelo artigo 5º, XII da Constituição Federal, bem como pelo afastamento do sigilo a registros financeiros, bancários e fiscais, previstos pela legislação.

A colaboração premiada, tratada por alguns como um fomento à traição, um incentivo a condutas que violam preceitos éticos e morais também não deixa de ser um sopesamento de valores e princípios feito pelo legislador e pelos atores nas investigações e processos judiciais.

A infiltração de agentes é outro ponto de grande discussão quando se contrapõe aos direitos e garantias fundamentais. Há quem diga que este agente receberia uma “carta branca” para praticar crimes, violando o imperativo da exemplariedade e até mesmo o princípio da moralidade em

sentido amplo. No entanto, o legislador preferiu permitir esta prática quando a prova não puder ser produzida por outro meio, justificado na eficiência do combate ao crime organizado e na proteção dos bens jurídicos.

A fim de proteger esses bens e garantir a fruição dos direitos previstos para a sociedade, o Estado deve tomar atitudes que restringirão em certa medida direitos e garantias de indivíduos, mas a pergunta que se faz é qual o grau de restrição aceitável em um estado democrático. Esta será a decisão a ser tomada pelos operadores do direito.

Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Primeiras reflexões sobre organização criminosa*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa>. Acesso em 17/9/2013.

DALABRIDA, Sidney Eloy. *A nova lei do crime organizado – Lei n. 12.850/13*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/henriqueziesemer/2013/09/12/a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-n-12-8502013>. Acesso em 17/09/2013.

Gomes, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 06 de maio de 2009.

_____. *Criminalidade econômica organizada*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada>. Acesso em 02/09/2013.

LEAL, João José. *A Lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou prêmio à delação*. In: RT 782/00.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A nova Lei de organização criminosa – Lei n. 12.850/2013*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013>. Acesso em 12/8/2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. rev. atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. – *Comentários ao CPP – 5. Ed. – Lei 12.850/13*. Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2>. Acesso em 26/8/2013.

QUELJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas, SP: Millenium Editora, 2008.

TASSE, Adel el. *Nova Lei de Crime Organizado*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/adeleltasse/2013/08/22/nova-lei-de-crime-organizado>. Acesso em 4/9/2013.