

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

STEFFANIE BERKENBROCK LOPES

**O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO:
PONDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.850/2013**

**CURITIBA
2013**

STEFFANIE BERKENBROCK LOPES

**O COMBATE AO CRIME ORGANIZADO:
PONDERAÇÕES SOBRE A LEI 12.850/2013**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Sergio Fernando Moro.

**CURITIBA
2013**

TERMO DE APROVAÇÃO

STEFFANIE BERKENBROCK LOPES

O Combate ao Crime Organizado: Ponderações sobre a lei 12.850/2013

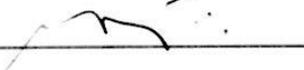
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no
Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



SERGIO FERNANDO MORO
Orientador



JOÃO GUALBERTO GARCEZ RAMOS
Primeiro Membro



ROLF KOERNER JUNIOR - Direito Penal e
Processual Penal
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

Com bastante propriedade, Clarice Lispector dizia que a felicidade aparece para aqueles que reconhecem a importância das pessoas que passaram pelas suas vidas.

Durante esses longos sete anos na universidade, muitas pessoas participaram da minha vida: tanto lá em 2007, quando tudo era novo e eu encarava duas faculdades ao mesmo tempo, quanto lá em 2010, quando eu terminava o curso de Relações Internacionais e não sabia se continuava ou não a faculdade de Direito, ou ainda lá em 2011, quando realizei o sonho de morar na França.

Entre todos esses momentos, desafiadores, difíceis ou alegres, algumas pessoas se tornaram essenciais para a minha caminhada, sendo imprescindível reconhecer a sua importância neste que é um dos momentos cruciais da minha existência.

Quero agradecer, primeiramente, aos meus amados pais, que incondicionalmente estiveram ao meu lado em todas as minhas conquistas, pesadelos, incertezas e euforias. Em toda a minha jornada eles foram verdadeiros companheiros, que souberam me incentivar e me apoiar sempre que precisei.

Agradeço também ao meu irmão, que, apesar do jeito burlesco de tratar os diversos assuntos, esteve sempre ali ao lado para me ouvir e me aconselhar.

Agradeço ainda a todos os meus amigos, em especial aqueles do ensino médio e os da faculdade de Direito. Os primeiros, durante esses dez anos, estiveram presentes em absolutamente tudo de mais significativo na minha vida, tanto me amparando quando necessário quanto me prestigiando nas minhas conquistas. Os segundos, dia a dia, conviveram comigo como se da mesma família fôssemos, formando praticamente uma 'união estável'.

Agradeço, por fim, a todos os mestres e professores que fizeram da minha graduação um momento de grande aprendizado e de êxitos pessoais e profissionais, particularmente ao meu orientador por sua disponibilidade, presteza e sapiência.

A todos vocês, um muito obrigado!

“Tudo muda. E muda rapidamente. Nada se solidifica. Até a lei penal. Nada se pensa dentro de um horizonte do “tempo longo”. É tudo “tempo breve”. Parece que já ninguém consegue pensar fora do horizonte do tempo breve que é, como todos sabemos, o tempo plano, chão, sem picos ou reentrâncias. O tempo do “agora”. Pobre tempo. Mas mesmo que assim se pense não se julgue que dele se escapa. Não. E em muita coisa daquilo que escrevo nestas “Lições” sinto que está lá a marca do “instante” e do precário”. (JOSÉ DE FARIA COSTA)

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo retratar a realidade jurídica do crime organizado no Brasil, analisando todas as nuances do conceito, suas características, seus modelos assemelhados e sua tipificação. Pretende-se examinar a evolução histórica dessa nova criminalidade, tanto internacional quanto internamente, desde os primeiros grupos que cometiam ilícitos na forma organizada até as figuras endógeno-empresariais existentes em diversos países na atualidade. Objetiva-se verificar a evolução normativa do tipo no ordenamento pátrio e entender como se deu a construção do artigo 2º da nova Lei sobre o Crime Organizado. Visa-se estudar principalmente a Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, a fim de explorar todos os seus institutos penais e processuais penais, destacando a primeira tipificação brasileira de crime organizado, bem como os meios de obtenção de prova especiais previstos em lei, como a colaboração premiada; a ação controlada; a infiltração de agentes e; o acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações.

Palavras-chave: direito processual penal, crime organizado, Lei 12.850/2013, tipificação organização criminosa, colaboração premiada.

RÉSUMÉ

Ce travail a pour but dépeindre la réalité juridique du crime organisé au Brésil, en analysant toutes les nuances du concept, ses caractéristiques, les modèles semblables et sa incrimination. Il y a l'intention de vérifier l'évolution historique de cette nouvelle criminalité, au niveaux international et national, dès les premiers groupes qui ont commis des illicites d'une manière organisée, jusqu'à les structures endogène-entrepreneuriales qui existent, aujourd'hui, dans plusieurs pays. Il vise examiner la évolution normative de l'incrimination pénale dans l'ordre juridique national, afin de pouvoir comprendre comment a pris la construction de l'article second de la nouvelle loi sur le crime organisé. A pour but principalement étudier la Loi 12.850, du 02 août 2013, a fin d'exploiter toute ses instituts criminelles et sa procédure pénale, en soulignant la première incrimination brésilienne du crime organisé, ainsi que les moyens spéciales d'obtenir les preuves établis para la loi, comme la collaboration en matière pénale; l'action contrôlée; l'infiltration des agents e; l'accès aux dossiers, aux données cadastrales, aux documents et aux informations.

Mots clés: procedure pénale, crime organisé, Loi 12.850/2013, incrimination d'organisation criminelle, collaboration en matière pénale.

LISTA DE SIGLAS

- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil
- AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros
- CF/88 – Constituição Federal de 1988
- CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa em Direito
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça
- CP – Código Penal
- CPC – Código de Processo Civil
- CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
- CPP – Código de Processo Penal
- CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
- CV – Comando Vermelho
- FARCs – Forças Armadas Revolucionárias Colombianas
- HC – Habeas Corpus
- LEP – Lei de Execuções Penais
- LSN – Lei de Segurança Nacional
- OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
- PCC – Primeiro Comando da Capital
- RDD – Regime Disciplinar Diferenciado
- RICO – The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act
- RT – Revista dos Tribunais
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
- TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região
- UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
RÉSUMÉ.....	7
LISTA DE SIGLAS	8
1. INTRODUÇÃO	11
2. CRIME ORGANIZADO: ORIGEM E EVOLUÇÃO CONCEITUAL	14
2.1. Origem Histórica	14
2.2. A Problemática do Conceito.....	18
2.2.1. Paradigmas de Organizações Criminosas.....	18
2.2.2. Distinção entre crime organizado e delitos assemelhados	22
2.2.3. Características e Tipificação.....	24
2.2.4. Direito Comparado.....	29
3. O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO	37
3.1. As Organizações Criminosas no Brasil	37
3.2. A Evolução Legislativa	44
3.2.1. O Código Penal e as leis extravagantes	44
3.2.2. A Lei 9.034 de 1995 e a Lei 10.217 de 2001	47
3.2.3. Projetos de Lei	49
3.2.4. A Convenção de Palermo e o Decreto Lei 5.015/2004	51
3.2.5. A Lei 12.694 de 2012.....	55
3.2.6. A Lei 12.720/2012.....	59
4. A LEI 12.850/2013: TIPIFICAÇÃO E MECANISMOS PROCESSUAIS.....	62
4.1. Definição de Organização Criminosa e Infrações Penais Correlatas.....	62
4.2. Investigação e Meios de Prova	66
4.2.1. Considerações iniciais	66
4.2.2. Da Colaboração Premiada.....	69
4.2.3. Da Ação Controlada.....	73
4.2.4. Da Infiltração de Agentes.....	75
4.2.5. Do Acesso a Registros, Dados Cadastrais, Documentos e Informações	77
4.2.6. Dos demais Meios de Obtenção da Prova.....	78
4.3. Outras Disposições	81

5. CONCLUSÃO.....	85
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

1. INTRODUÇÃO

Entendido por muitos anos como um fato de caráter patológico, o crime, como ofensa aos bens jurídicos mais valiosos para a sociedade, passou a ser concebido, na modernidade, como um fato social inerente a todo agrupamento social.

Diferentemente do que se pensava até então, a conduta criminosa se desenvolve como qualquer outra conduta humana, mudando tão somente de forma, dependendo da sociedade na qual é praticada. Apesar disso, é sabido que o padrão de normalidade se esvaece à medida que a criminalidade atinge níveis superiores aos habituais, ocorrendo de maneira reiterada no meio social, não só atingindo a segurança dos indivíduos, mas a estrutura do Estado Democrático de Direito como um todo.

Em oposição clara à criminalidade tradicional, oriunda principalmente das desigualdades sociais, em que se verifica um vínculo entre o autor do ilícito e a vítima, sendo esta última perfeitamente identificável, a nova criminalidade, decorrente das transformações tecnológicas e econômicas da contemporaneidade, produz uma vitimização difusa, atingindo pessoas indeterminadas, sem conexão com o fato transgressor inicial.

O contraste precípua é o bem jurídico atingido. Numa primeira etapa, o crime, como violência aberta, provoca a atuação estatal para conter violações a bens individuais. Numa segunda fase, quando o crime se aperfeiçoa, e, por isso, acaba por se sobrepor ao Estado, bens jurídicos supraindividuais, como a ordem pública e a ordem econômica, passam a ser atingidos.

É dentro dessa perspectiva que se fala em crime organizado. Por mais abstrato que o conceito possa parecer num primeiro momento, os riscos da criminalidade organizada são reais e efetivos. Apesar do desconhecimento da população civil, acaba-se por frequentar estabelecimentos comerciais que foram montados com dinheiro proveniente de atividade ilícita e até mesmo eleger candidatos que defenderão nos órgãos do governo os interesses dos grupos criminosos.

Nesse sentido, o crime organizado, por possuir características específicas, causar maiores prejuízos, ser mais complexo e mais difícil de ser controlado, requer

maior atenção dos órgãos repressores, sendo imprescindível, portanto, um estudo mais aprofundado a seu respeito.

Com o intuito de entender as novas alterações legislativas sobre o tema, o presente trabalho almeja traçar a evolução do crime organizado no mundo e também no Brasil, tanto no plano fático, quanto no jurídico.

Para tanto, inicia-se com o exame da origem histórica do crime organizado, que teve diversas feições dependendo do país retratado. Analisa-se com mais afinco os modelos jurídicos italiano e norte-americano para combate ao crime organizado, haja vista que foram eles os mais expressivos histórica e socialmente.

Aprecia-se ainda no primeiro capítulo toda a problemática do conceito de crime organizado, visto que não se pode apenas importar definições estrangeiras para a realidade brasileira. Dessa monta, quatro paradigmas de organizações criminosas são apontados: o tradicional, ou mafioso; o em rede; o empresarial e; o endógeno. Para uma melhor compreensão e delimitação do fenômeno, realiza-se uma distinção entre o crime organizado e os delitos assemelhados, como a quadrilha ou bando, a milícia, o terrorismo e o tipo mafioso.

Com base nos ensinamentos de José Paulo Baltazar Junior, as características essenciais e não essenciais das organizações criminosas são pormenorizadas, concluindo-se pela necessidade da tipificação do delito em tela.

No segundo capítulo, pretende-se delinear a realidade das organizações criminosas no Brasil, partindo de modelos primitivos como o cangaço, até os grandes esquemas de corrupção mais atuais, como foi o mensalão.

Cuida-se também da evolução legislativa sobre a matéria. Um exame mais significativo é realizado sobre os Códigos Penais brasileiros, a antiga Lei sobre o Crime Organizado, a Convenção de Palermo e a Lei 12.694/2012, que trata do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição.

Verifica-se assim que, mesmo ciente da necessidade de um tipo penal sobre as organizações criminosas, o legislador pátrio travou uma luta homérica com a jurisprudência, a doutrina e a própria criminologia. Estas últimas já identificam, há algum tempo, o crime organizado como realidade em nosso país, porém o primeiro, apesar de diversos projetos de lei que circundavam a questão, nunca havia concretizado a necessidade de tutela da sociedade brasileira.

Mesmo diante das dificuldades e num contexto de insegurança social, em que a criminalidade aumenta vertiginosamente, é aprovada a Lei 12.850/2013, que pela primeira vez tipifica a participação em organização criminosa.

O terceiro capítulo, portanto, é uma análise sobre a tipificação e os mecanismos processuais da nova lei sobre o crime organizado, que não só pacificou o debate sobre a aplicação do tipo penal de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288 do Código Penal, como forneceu aos aplicadores do direito meios essenciais de investigação e obtenção de prova, como é o caso da colaboração premiada, da ação controlada, da infiltração de agentes e do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações.

2. CRIME ORGANIZADO: ORIGEM E EVOLUÇÃO CONCEITUAL

“Efectivamente o que define este fim de milênio não é tanto a emergência dos fenómenos, mas a sua multidimensionalidade, fluidez e incerteza. O crime não é apenas cometido no âmbito das profissões, ganha o estatuto da profissão. Deixou de ser subproduto dos negócios para ser um negócio em si mesmo. Não é estranho à economia: funciona segundo as suas regras, organiza-se e modela-as. Passa frequentemente de patologia do poder a forma de exercício do poder”¹ – RODRIGUES, J. N. Cunha.

2.1. Origem Histórica

A criminalidade organizada tem as suas origens bem antes da sua primeira conceituação ou tipificação normativa. Na verdade, desde que o homem se deu conta de que, mediante a união de esforços, mais fácil se afigura atingir os resultados pretendidos, a criminalidade, sendo uma atividade humana como qualquer outra, foi realizada em grupo, por meio de planejamento e organização.

Sobre as associações ilícitas na Roma Antiga e na Idade Média, ensina Heleno Cláudio Fragoso²:

As associações ilícitas desde tempos remotos preocupavam os governantes, por motivos puramente políticos, ou seja, pelo perigo da sedição ou conjuração. Um texto de Marciano, inserto no Digesto (Lei nº 47, título 22,1) refere a proibição de confrarias ou sodalícios, e, de modo geral, de congregações ilícitas (*illicitum collegium*). (...) Desde a Idade Média, já havia registro das denominadas *conventiocola*. Esse nome designava, a princípio, reuniões eclesiásticas, tendo passado a corresponder a associações de homens armados, com o propósito de praticar saques, depredações e outros crimes, sendo objeto de severa repressão.

Por certo que os fenômenos precursores da organização criminosa contemporânea não apresentavam todas as características exigidas pela doutrina

¹ RODRIGUES, J. N. Cunha. **Os Senhores do Crime**. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, n. 9, Coimbra, jan./mar. 1999, p. 9.

² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial**. 6ª Ed., rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 293-294.

para configuração do delito, mas traços semelhantes, como a hierarquia, a estabilidade, o uso da violência e a finalidade de lucro já podiam ser identificados até mesmo nos grupos de contrabandistas, piratas e mercenários dos séculos XVII e XVIII³, que atuavam em especial no roubo de cargas, os quais continham especiarias advindas das colônias.

Todavia, é no século XVI que surgem as primeiras estruturas mais fortemente hierarquizadas e disciplinadas, principalmente oriundas de movimentos populares que lutavam, entre outros, contra o descaso assistencial do Estado.

Na China, em 1644, são formadas as tríades, que tinham por finalidade original a expulsão dos invasores ao Império Ming⁴. A partir da proibição da produção e da comercialização do ópio, depois de um século de colonização e exploração britânica, esses grupos assumiram, sozinhos, o monopólio do mercado da heroína e desde então atuam predominantemente no mundo do tráfico de entorpecentes.

Na Espanha, na mesma época, fortalece-se o fenômeno do banditismo social, conhecido por “bandolerismo”⁵, que consistia numa espécie de protesto social contra a miséria na qual viviam os indivíduos das classes menos privilegiadas.

No Japão, da mesma forma, engendra-se a Yakusa, que desde a época do Japão feudal explorava atividades lícitas, tais como as casas noturnas, as agências de teatros e eventos esportivos, como atividades ilícitas, entre elas os prostíbulos, o tráfico de mulheres, drogas e armas e a lavagem de dinheiro. A partir do século XX, entretanto, o foco das ações criminosas recaiu sobre as “chantagens corporativas”, realizadas através dos “sokaiyas”⁶, cuja função é adquirir ações de empresas para num futuro extorqui-las, sob a ameaça de divulgação de informações confidenciais aos concorrentes.

O vínculo da organização se dá, desde suas origens, por laços de fidelidade e obediência, como se tratasse da relação entre pais e filhos, com previsão de severas punições em casos de desobediência.

³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 98-100.

⁴ SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado: Procedimento probatório*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

⁵ BALTAZAR JUNIOR, op. cit., p. 99-100.

⁶ SILVA, op. cit., p. 4.

Atualmente, a Yakusa atua principalmente, segundo Paulo José da Costa Junior e Angiolo Pellegrini⁷:

(...) no campo do tráfico de anfetaminas e de outros tipos de droga, na exploração da prostituição, no comércio de material pornográfico, nos jogos de azar, no racket dos transportes, da usura, da extorsão, no tráfico de imigrantes. Controla setores da construção, da especulação imobiliária e financeira, do esporte, do divertimento. Acha-se em condições de interferir em muitas empresas, seja com extorsão, seja com a condução de greves e protestos. Atingem um volume de negócios que supera dez bilhões de dólares.

Na Itália, o fenômeno bastante conhecido das Máfias teve sua origem em 1812 como movimento de resistência à realeza de Nápoles. Com a unificação da Itália em 1865, esses grupos se solidificaram como movimentos nacionalistas pela independência da região. Porém, foi apenas a partir da metade do século XX que as atividades transgressoras passaram a ser a finalidade principal dessas organizações.

Jean Ziegler⁸ explana de forma exemplar como se estruturou a Máfia italiana nessa nova fase de, exclusivamente, cometimento de ilícitos:

O movimento popular do sul da Itália se dividiu em vários grupos: a *Cosa Nostra da Sicília*, considerada a organização mais poderosa, agrupa cerca de 180 clãs, 5.550 “homens de honra” e 3.500 soldados (filiados), a *Camorra*, que controla a Campânia, vasta região agrícola e industrial do interior de Nápoles, que agrega 145 clãs e 7.000 membros, a *Sacra Corona Unita*, que atua na região da Apúlia, na costa do mar Adriático, e segundo estimativas conta com 500.000 membros; e a *N'Dranghetta*, que congrega 80 clãs e aproximadamente 5.000 homens.

Na Rússia, a organização mais tradicional, a “*Vor V Zakone*”, foi criada no final do século XIX, na Sibéria, atuando mormente na prática de extorsão, tráfico de mulheres, corrupção, desvio de dinheiro público e roubos variados. Durante o período da guerra fria, diversos grupos mafiosos se formaram sob o manto da

⁷ PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JR., Paulo José da. ***Criminalidade Organizada***. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 68-69.

⁸ ZIEGLER, Jean. ***Os Senhores do Crime: as novas máfias contra a democracia***. Tradução de Manuela Torres. Lisboa: Terramar, 1999, p. 44-45.

defesa do Estado contra o capitalismo e, por isso, foram abertamente aceitos pela população.

Nos Estados Unidos, o fenômeno da criminalidade organizada adveio mais tardiamente, apenas no final da década de 20, devido à proibição da comercialização de bebidas alcoólicas. A fim de contrabandear o produto, foram formados os grupos conhecidos como “gangs”. O mais famoso deles foi chefiado por Al Capone, que formou uma verdadeira rede de contrabando de destilados, mediante corrupção de autoridades e chantagem a empresários⁹.

Atualmente, as “gangs” passaram a atuar em outros setores, como o jogo e a prostituição, e convivem com as máfias ítalo-americanas formadas após as imigrações de famílias italianas em decorrência da Segunda Guerra Mundial. Outro tipo de crime organizado, baseado em moldes empresariais, também é observado.

Na Colômbia, por fim, os cartéis do narcotráfico surgiram como efeito da dominação, pelos produtores locais, do cultivo da coca, após anos de exploração espanhola. Do ponto de vista histórico, os principais cartéis, desmantelados na década de 90, foram o de Medellín, liderado por Pablo Escobar, e o de Cali, dirigido pelos irmãos Orejuela.

O primeiro, mais antigo, foi estruturado numa época em que os chefes do narcotráfico viviam nas grandes cidades e, devido a sua condição, desfrutavam de alto status social. Além disso, a estrutura do cartel era grandiosa, isto é, realizava-se das tarefas mais básicas (como a plantação da cocaína) até as mais complexas (como a administração dos negócios e a lavagem de dinheiro)¹⁰.

Já o *Cartel de Cali*, criado em um período não mais tão conivente com o tráfico de drogas, passou a descentralizar as atividades e se focar naquilo que era mais lucrativo e de menor risco, criando um padrão de atuação para os cartéis futuros.

Mais recentemente, o “*Cartel do Vale Del Norte*”¹¹ ficou bastante conhecido, uma vez que era liderado por Juan Carlos Ramirez Abadia, a segunda pessoa mais

⁹ GODOY, Luiz Roberto Ungaretti. **Crime Organizado e seu Tratamento Jurídico Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 52.

¹⁰ OLIVEIRA, Daniel Simões. **A Atuação das FARC na Região Cocaleira Colombiana**. In: Revista de Estudos Estratégicos da UNICAMP, nº 03, São Paulo, jan./jun. de 2008, p. 53-54. Disponível em: <http://www.unicamp.br/nee/epremissas/pdfs/3/asfarc.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2013.

¹¹ GODOY, op. cit., p. 69.

procurada no mundo depois do terrorista Osama Bin Laden¹². Abadia, que morava no Brasil desde 2004, controlando uma vasta rede de distribuição de drogas para Europa e Estados Unidos, foi preso em 07 de agosto de 2007 em Almeida da Serra, São Paulo, após uma megaoperação, denominada Farrapos, que se estendeu por seis estados brasileiros. Ele foi extraditado para os Estados Unidos logo depois, e atualmente não possui mais nenhuma influência.

2.2. A Problemática do Conceito

“O problema não está tanto no conceito de ‘criminalidade’, mas sim no de ‘organização’. É difícil averiguar o grau de organização. Isto se deve ao fato da criminalidade organizada ser um contínuo: há grupos pouco organizados, médio organizados e altamente organizados. Em realidade, ela manifesta categorias diferentes nos distintos países e regiões do mundo”¹³ – SCHNEIDER, Hans Joachim.

2.2.1. Paradigmas de Organizações Criminosas

Definir crime organizado foi sempre um desafio. A noção é muito mais criminológica do que jurídica e, por isso, a impossibilidade de atingir um consenso entre jurisprudência, dogmática e criminologia fez com que até hoje a imprecisão do termo gere impunidade e desconfiança em relação ao ordenamento como um todo.

As descrições sobre o fenômeno, bastante atual e recorrente, são heterogêneas, haja vista que as realidades da criminalidade organizada diferem a cada região, cidade ou país. Para alguns teóricos¹⁴, inclusive, seria completamente inviável elaborar uma única formulação, e, embora necessário o conceito, a forte

¹² DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Extradição no Brasil: casos de criminosos internacionais e a precipitada deportação dos atletas cubanos em 2007**. In: Pensar – Revista de Ciências Jurídicas, v. 13, n. 1, Fortaleza, jan/jun. 2008, p. 110. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/804/1699>. Acesso em 20 de agosto de 2013.

¹³ SCHNEIDER, Hans Joachim. **Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada**. In: Revista de Derecho Penal y Criminología n. 3. Madrid, 1993, p. 726. In: LEMOS JUNIOR, 2010, p. 431.

¹⁴ Nesse sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **“Crime Organizado”: Uma categoria Frustrada**. Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 1, 1º Semestre de 1996, p. 45.

carga ideológica e política que engloba o tema não possibilitaria a fixação dos contornos da definição, quanto menos a elaboração de um tipo penal ideal.

No entanto, mesmo apesar das dificuldades, a doutrina¹⁵ vem desenvolvendo diversos conceitos de crime organizado, sendo os mais recentes os que visualizam o fenômeno não como uma estrutura estática, mas como um delito que abrange diversas possibilidades paradigmáticas.

A primeira perspectiva do crime organizado seria a do paradigma mafioso ou tradicional, no qual se tem uma organização criminosa com efetivo domínio territorial, de vínculos verticais, em que seus membros se relacionam de forma extremamente hierarquizada, envolvendo, para o ingresso no seio da organização, certa ritualística, bem como se verifica uma justificação ideológica do comportamento criminoso.

O escopo principal da organização delitiva não se restringe à busca do lucro, mas também requer de seus integrantes um sentimento de pertença, noções de lealdade e ajuda recíproca. Tal modelo é ainda reconhecido por exercer monopólio sobre alguns mercados ilegais, havendo inclusive concorrência entre os diversos grupos transgressores.

Em linhas gerais, o paradigma mafioso é aquele idealizado pelo cinema: a máfia como modo de vida, sendo as atividades da organização baseadas em princípios familiares, de clandestinidade e tradições socioculturais. Como exemplo, pode-se citar a *Cosa Nostra* italiana, os cartéis colombianos e mexicanos de traficantes de drogas, as tríades chinesas, a *Yakusa* japonesa, as máfias étnicas russas e nigerianas e, no Brasil, o Primeiro Comando da Capital, em São Paulo e o Comando Vermelho, no Rio de Janeiro.

Afigura-se importante frisar que a linguagem coloquial e jornalística, amplamente divulgada, justamente pela popularidade do tema no âmbito cinematográfico, fez com que a máfia, equivocadamente, fosse concebida como sinônimo de organização criminosa, excluindo por completo os demais modelos existentes.

Essa imprecisão terminológica acabou por levar parte da doutrina a negar a existência do crime organizado em certos países. O discurso do mito, como ficou conhecido, defende que o conceito de crime organizado é algo forjado a partir dos

¹⁵ BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 103-118.

casos italiano e norte-americano e simplesmente exportado aos demais países, sem qualquer cuidado com as diversas realidades jurídicas neles existentes.

No Brasil, esse entendimento é defendido, entre outros juristas, por Juarez Cirino dos Santos, que afirma que “o conceito americano de crime organizado é, do ponto de vista da realidade, um mito; do ponto de vista da ciência, uma categoria sem conteúdo; e do ponto de vista prático, um rótulo desnecessário”¹⁶.

O segundo paradigma retrata a organização criminosa como uma rede, em que prevalece a ideia de cooperação e reciprocidade entre os membros, os quais são conhecidos dentro do grupo por suas habilidades específicas e reconhecidos na sociedade como criminosos profissionais.

Nesse modelo vigora o anonimato dos integrantes e, do ponto de vista da estrutura criminosa, mais valoroso se revela o indivíduo que possui uma ampla rede de contatos do que o chefe da organização propriamente dito.

Diferentemente do paradigma mafioso, em que se tem uma organização hierarquizada de forma rígida e piramidal, a organização criminosa em forma de rede estabelece entre seus membros vínculos horizontais, e a comunhão de esforços se dá pela necessidade momentânea de lucro e não pela lealdade.

Este paradigma é, na verdade, bastante inerente ao processo de globalização, em que os grupos e os agentes criminosos se entrelaçam, demonstrando a aptidão do crime organizado para se moldar às relações sociais modernas, mormente no âmbito econômico e empresarial.

Na realidade brasileira, cita-se como exemplo a relação entre o Primeiro Comando da Capital e o Comando Vermelho, sendo que sua atuação delitiva conjunta se afigura um bom exemplo de uma rede criminosa¹⁷.

Como terceiro paradigma, a doutrina aponta a organização criminosa como uma estrutura empresarial, em que o criminoso possui alto status social, agindo sempre no liame das atividades lícitas e ilícitas e gerando concorrência desleal com as empresas que funcionam regularmente.

Aqui há a racionalização da atividade criminosa, isto é, o paradigma empresarial representa o viés econômico e corporativo da criminalidade, haja vista que o agente transgressor planifica suas atividades, sempre objetivando o maior

¹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Crime Organizado**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 42, jan./mar., de 1994, p. 216.

¹⁷ CALDEIRA, Cesar. **Presídio sem facções criminosas no Rio de Janeiro**. Revista de Estudos Criminais. n. 23, jul./dez., de 2006, p. 119.

lucro e os menores custos. Para isso, se aproveita da sua condição de empresário para cometer crimes, amplamente conhecidos como delitos de colarinho branco.

Em regra, há três modalidades essenciais: a empresa criminosa, ou seja, aquela que foi constituída para a finalidade delitiva; a empresa regularmente formada, porém que, com o decorrer dos anos, inicia a cometer crimes reiteradamente, em especial ilícitos ambientais, financeiros ou tributários e; a “empresa laranja”, aquela meramente formada para encobrir as atividades criminosas ou facilitar a lavagem de dinheiro.

Pode-se dizer que a máfia italiana, deixando de lado a economia latifundiária e agrícola de sua origem, baseia-se, atualmente, em moldes empresariais, todavia o modelo empresarial na sua essência se desenvolve por intermédio dos crimes econômicos internamente ou à margem das grandes corporações.

Por fim, a criminalidade organizada pode se estruturar de maneira institucional, isto é, dentro das instituições e dos órgãos públicos, em que os funcionários estatais se tornam os agentes criminosos através da corrupção.

Esse paradigma é conhecido como endógeno e tem como principal exemplo as milícias tanto de policiais civis quanto de militares, formadas quando o Estado deixa um vácuo de atuação e permite que integrantes do poder público passem a praticar extorsão e cobrar por serviços originariamente públicos, como o transporte e a segurança.

É forçoso ressaltar que a realidade da criminalidade organizada não é estanque, tendo em vista que os referidos quatro paradigmas além de coexistirem, interpenetram-se, formando modelos intermediários ou mistos. Acreditar que padrões puros de organizações criminosas mafiosas, em rede, empresárias ou endógenas existem é o mesmo que regredir ao discurso do mito, ou pior, adotar uma noção superdimensionada do fato que não corresponde à realidade.

Os modelos apresentados são apenas um meio de entender um fenômeno complexo como o é o da criminalidade organizada. Não se tem como pretensão, por certo, o esgotamento do tema, mas conclui-se, pelo acima exposto, que, por ser um fenômeno cambiante, o crime organizado pode e se apresenta em diversas formas, motivo pelo qual o único consenso que se tem é a noção de quão árdua se demonstra sua conceituação.

2.2.2. Distinção entre crime organizado e delitos assemelhados

Estudar o conceito de um instituto jurídico é essencial para sua futura tipificação. Evidente que não cabe à lei pormenorizar todos os elementos e contornos esboçados pela dogmática, principalmente quando nem na doutrina se tem um consenso sobre qual enfoque criminológico será adotado.

O crime organizado tem na criminologia um instrumental necessário para sua definição, contudo o caráter polissêmico da expressão dificulta e muitas vezes impede a tipificação do fenômeno.

Com a finalidade de evitar impropriedades sobre o tema, faz-se mister a análise comparativa da organização criminosa com os delitos assemelhados, existentes ou não, no ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo-se do exposto no subitem anterior de que as organizações criminosas podem se apresentar em diversas formas, incontestemente que o crime organizado não se confunde com os crimes de quadrilha, bando, milícia, terrorismo ou o próprio tipo mafioso.

Os bandos ou as quadrilhas são associações criminosas que possuem um vínculo associativo estável, mas que não possuem uma organização complexa de divisão de tarefas, nem necessariamente distinção entre o líder e os demais participantes. Trata-se de organizações mais simples, que na maioria das vezes não possuem um patrimônio próprio e nas quais o próprio “chefe” da quadrilha ou do bando executa as mesmas tarefas que o resto do grupo¹⁸.

Mais especificamente, a quadrilha seria o grupo criminoso urbano, enquanto o bando seria o grupo rural; contudo, a lei brasileira não faz essa distinção.

Esse tipo penal tem como bem jurídico a paz pública e é considerado como crime de perigo abstrato, plurissubjetivo ou de concurso necessário¹⁹ e formal, tendo

¹⁸ Jurisprudência nacional - RT 655/319: No crime de formação de quadrilha ou bando pouco importa que seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos atuem em cada ação delituosa ou que cada uma desempenhe uma tarefa específica. O que importa verdadeiramente é o propósito deliberado de participação ou contribuição, de forma estável e permanente, para o êxito das ações do grupo.

¹⁹ Por delitos plurissubjetivos ou de concurso necessário “*entende-se a descrição típica que exige a reunião de dois ou mais sujeitos ativos para a realização do fato incriminado (...). Os modelos legais assim constituídos determinam a realização plúrima do fato incriminado. Em se tratando de uma forma de realização do fato, podemos, portanto, afirmar que a pluralidade de sujeitos ativos, nos tipos penais da Parte Especial, trata-se de elemento atinente ao desvalor de ação do fato incriminado*”.

em vista que não exige, para sua consumação, que o autor do delito tenha praticado efetivamente algum crime, desde que seja essa a intenção que o levou à associação originariamente.

Para a configuração do crime de quadrilha ou bando previsto no artigo 288 do Código Penal, é necessária apenas uma organização rudimentar, pouco importando se seus integrantes se conhecem, se há um líder, se todos participam do ilícito de forma plena ou se cada um desenvolve uma atividade específica²⁰. Não se verificam tampouco as raízes políticas ou de influência econômica.

A milícia, por sua vez, também se afigura como um crime associativo, mas possui uma especificidade manifesta, qual seja a sua finalidade originária de “privatização” das forças de segurança pública.

As milícias são formadas geralmente em decorrência da omissão estatal em uma determinada localidade, oportunidade na qual grupos formados por civis e agentes públicos passam a desenvolver um poder paralelo, prestando serviços de segurança, bem como de transporte e distribuição de água e gás.

Os grupos terroristas também possuem finalidade diferenciada, pois agem normalmente movidos por uma ideologia política, religiosa ou étnica e não têm como fim último o lucro, mas sim a tomada de poder político.

Ademais, verifica-se que o grupo terrorista busca sempre o máximo de publicidade, visando gerar medo na população e levar à descrença em relação aos órgãos repressivos.

As máfias, por fim, são grupos de pessoas organizadas de maneira hierárquica com finalidade criminal e econômica e até possuem o caráter transnacional das organizações criminosas; contudo, o tipo penal “crime organizado” não se restringe às máfias²¹. Estas últimas são mais reclusas, possuem um sistema de sanções internas e o ingresso de novos participantes ocorre de forma rígida, pois honra e lealdade são atributos indispensáveis. Além disso, as máfias se utilizam da violência como meio e não como fim, pois o que aspiram é o poder político, juntamente com o lucro.

SALES, Scheila Jorge Selim de. *Do sujeito ativo na parte especial do código penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 123.

²⁰ Jurisprudência Nacional – TRF4, 8ª Turma. AC 200071000379054/RS. Relator Juiz Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, julgamento 05.04.2006.

²¹ LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de. *Crime Organizado e o problema da definição jurídica de organização criminosa*. In: Revista dos Tribunais, vol. 901, ano 99 – novembro/2010, p. 434-438.

Sendo assim, percebe-se que o crime organizado, como ele é entendido na atualidade, pode ter se originado do crime de bando ou quadrilha, distingue-se das milícias e dos grupos terroristas devido ao princípio da especialidade e definitivamente é uma extensão da concepção de máfia, mas, em nenhum momento, pode ser confundido com estes institutos. O crime organizado possui características específicas, é mais complexo, é mais difícil de ser controlado e causa maiores prejuízos à sociedade, portanto requer maior atenção dos órgãos repressores.

Oportuno salientar que a mera associação de pessoas e a organização destas não demonstram, indubitavelmente, que se está diante de uma organização criminosa. Diferentes níveis de hierarquização estrutural, gestão, centralização de poder e complexidade, dependendo também da finalidade da associação, geram institutos diversos.

O crime organizado é tão somente uma modalidade dos crimes de grupo, que abrigam os arrastões e as rixas, não se restringe à criminalidade profissional – pois requer a pluralidade de agentes, mesmo que ambos tenham adotado o crime como meio de vida – e não se limita à realização de um delito de forma organizada, uma vez que exige para sua configuração a estabilidade e o vínculo permanente entre seus componentes.

2.2.3. Características e Tipificação

Mesmo intangível à primeira vista, a definição de crime organizado pode ser elaborada a partir das suas características, lógica esta que se apresenta como a tendência doutrinária da atualidade. Para melhor entender esse fenômeno social, econômico, político e por que não cultural²², um estudo sobre os elementos que compõem a criminalidade organizada se torna, portanto, imperioso.

José Paulo Baltazar Junior²³ diferencia as características da organização criminosa em essenciais e não essenciais, conforme elas são encontradas ou não nos paradigmas supramencionados.

Como essenciais, têm-se a pluralidade de agentes, a estabilidade ou permanência, a finalidade de lucro e a organização, estrutura ou planejamento. A

²² FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *A Criminalidade Organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 43, abr./jun. 2003, p. 14.

²³ BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 123.

primeira delas distinguiria o crime organizado do crime profissional, que, apesar de ser também um modo de vida, pode ser efetuado unissubjetivamente.

A estabilidade seria imprescindível, uma vez que a organização criminosa não se confunde com o crime cometido de forma organizada e nem com o mero concurso ocasional de agentes, diferenciando-se das estruturas mais primitivas, como a quadrilha e o bando, pois a substituição dos integrantes nada interfere na estrutura da organização.

A exclusiva finalidade de lucro, por sua vez, é o elemento que discerne a organização criminosa do grupo terrorista. Essa característica revertida em legislação comporia o elemento subjetivo do tipo penal.

Por fim, tem-se a característica da organização, que corresponde ao elemento normativo do tipo, cabendo ao juiz, no caso concreto, a análise do nível mínimo necessário de planejamento e estrutura para configurar uma organização criminosa. Tal requisito é constatado quando há a racionalização das atividades, isto é, quando a organização se estrutura de forma empresarial.

Como elementos não essenciais o autor elenca a hierarquia; a divisão de trabalho; a compartimentalização; a conexão com o Estado; a violência; a exploração de mercados ilícitos ou exploração ilícita de mercados lícitos; o monopólio ou cartel; o controle territorial; o uso de meios tecnológicos sofisticados; a transnacionalidade e; a obstrução à justiça.

A hierarquia, característica majoritariamente mencionada pelos juristas, é colocada por José Paulo Baltazar Junior como não essencial, haja vista que pode não ser encontrada de forma tão rígida nas organizações criminosas em rede, nas quais vigora a fragmentação do poder e não sua centralização²⁴.

A hierarquização condiz com a separação da equação 'tempo-espaço'²⁵, em que o resultado criminoso e até mesmo sua execução propriamente dita restam dissociados dos verdadeiros responsáveis pela ideação do ilícito. É a noção do 'homem de trás'²⁶ da organização, aquele que ocupa a posição de dirigente ou chefe

²⁴ MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o Crime Organizado**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998, p. 85.

²⁵ FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (coordenadores). **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 576-577.

²⁶ LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. **A Responsabilidade Criminal do "Homem de Trás" das organizações criminosas**. In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 3, nº 02, jul./dez. 2002, p. 129.

e que arquiteta as atividades a serem realizadas, mas que nunca se envolve na prática das ações delituosas.

Interligada à ideia da hierarquia, tem-se a divisão de trabalho e a compartimentalização. Esta última equivale à noção de cadeia de comando, permitindo que o executor dos atos lesivos não receba ordens diretamente do chefe da organização, dificultando, por certo, sua identificação. Já a divisão de tarefas é assim ilustrada por José Paulo Baltazar Junior²⁷:

Concretamente, a divisão pode ser exemplificada com o caso do furto de veículos, em que há membros especializados na subtração em si, no desmanche, na venda do veículo ou das peças ou no seu transporte para o exterior. Outro exemplo pode ser encontrado no jogo do bicho, em que há uma divisão de funções entre apontadores, que recolhem as apostas do público; arrecadadores, encarregados de recolher as apostas e levá-las à banca; olheiros, que avisam da chegada da polícia; e gerentes, que controlam vários pontos em favor do banqueiro que controla um determinado território e pode contar ainda com os serviços de advogados, contadores, pistoleiros ou seguranças. Apontadores e gerentes tanto podem ser remunerados por comissão quanto por salários fixos. O banqueiro, a seu turno, eventualmente descarrega parte de suas apostas em favor de um banqueiro mais poderoso, que controla uma área maior.

Como outra característica não essencial, pode-se citar a conexão com o Estado, que distinguiria a organização criminosa da milícia privada, tendo em vista que no crime organizado o que se verifica é o desaparecimento da fronteira entre os agentes criminosos e aqueles que devem lutar contra as atividades delituosas²⁸. Aproveita-se de certa cumplicidade das autoridades vinculadas aos órgãos repressores para evitar a persecução criminal e, diferentemente da milícia, em que há a formação de um estado paralelo, preserva-se a estrutura estatal com escopo de manter a ilusão de prevenção ao crime.

Essa relação simbiótica de colaboração²⁹ entre a organização criminosa e o Estado ocorre geralmente através da corrupção, por meio de pagamento regular de propina, do clientelismo, ou seja, da troca de favores e, de forma menos comum, da

²⁷ BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 129.

²⁸ GOMES, Abel Fernandes. **Crime Organizado e suas conexões com o poder público**. In: GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo e; DOUGLAS, Willian. Crime Organizado. Rio de Janeiro: Impetus, 2000, p. 3.

²⁹ GOMES, 2000, p. 14.

infiltração, que seria a atuação de membros da organização dentro do serviço público.

O crime organizado também pode ser caracterizado pela violência, tanto interna, realizada contra os próprios membros da organização, visando a manutenção da disciplina e do silêncio, quanto a externa, direcionada a testemunhas, obstruindo a justiça; integrantes de grupos rivais; contra agentes públicos que não quiseram ser coniventes ou ainda; civis, na chamada violência instrumental, como nos roubos, nas extorsões e nos sequestros.

É importante sublinhar, no entanto, que, para as organizações mais bem estruturadas e que agem mais voltadas aos delitos econômicos, há preferência à corrupção e à lavagem de dinheiro em detrimento dos crimes violentos, que se apresentam como a última opção.

Outro elemento apontado para a configuração de algumas organizações criminosas é o monopólio ou cartel, ligado com a exploração dos mercados lícitos ou ilícitos, garantida pela manutenção de um controle territorial.

Sobre o tema, leciona Samuel Pantoja Lima³⁰:

De maneira geral, há cinco categorias de “produtos” em torno dos quais o crime organizado engendra suas estratégias: a) o fornecimento de serviços ilegais (jogo, prostituição, proteção etc.); b) o suprimento de mercadorias ilícitas (drogas, pornografia etc.); c) a infiltração em negócios lícitos (aquisição e/ou criação de empresas legítimas para operar esquemas de “lavagem” de dinheiro); d) a utilização de empresas legítimas ou formalmente legítimas para prática de crimes (criminalidade corporativa, empresas *off shore* etc.); e) infiltração na estrutura estatal e a corrupção de servidores e agentes públicos.

Uma organização criminosa pode vir a ser, ainda, transnacional, característica esta inerente ao processo de globalização, o que dificulta a persecução penal, ante a restrição estatal ao princípio da territorialidade³¹.

A partir dos aspectos acima elencados poderia ser formado o tipo penal de organização criminosa, tendo como base as características tidas como elementares

³⁰ LIMA, Samuel Pantoja. ***Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: Uma aplicação das teorias dos jogos e de redes neurais para reconhecimento e descrição de padrões***. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005, p. 66.

³¹ Art. 5º, CP. Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.

do tipo (a pluralidade de agentes, a estabilidade, a hierarquia e a divisão de tarefas), acrescido do elemento subjetivo (a finalidade de lucro) e normativo (a organização) e como figuras equiparadas as circunstâncias passíveis de serem constatadas em certos casos (a conexão com o Estado, a violência, a exploração de mercados ilícitos, o controle territorial e a transnacionalidade).

A necessidade da tipificação, com a devida delimitação conceitual, advém primeiramente da premissa de que só se pode combater um crime quando se sabe contra o que se está “lutando”. Não bastam analogias ou silogismos para tratar de uma criminalidade complexa como o crime organizado, sendo que somente após a compreensão da dimensão real do problema é que o Estado pode fornecer um tratamento processual-penal adequado para seu combate.

Por segundo, verifica-se que apenas com um conceito de organização criminosa é que alguns institutos jurídicos podem ser aplicados em sua plenitude, como são os casos, na legislação brasileira, do artigo 52, §2º da Lei de Execuções Penais³² e do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas³³.

Outra questão relevante concerne ao princípio da legalidade que determina a necessidade de haver lei prévia para que alguma conduta seja considerada crime³⁴. Ora, se não há tipificação de organização criminosa, por certo que não se pode considerar crime o que não o é por lei. Sendo assim, unicamente com a devida tipificação haverá segurança jurídica, situação na qual todos saberão qual conduta é considerada ilícita.

³² Art. 52, Lei 7.210/84. “A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (...) § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

³³ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

³⁴ Art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Outrossim, a lei deve evoluir conforme exige a sociedade, atendendo seus anseios às tutelas dos bens jurídicos primordiais. Contudo, a tipificação do delito de organização criminosa depende da solução para a problemática da determinação do seu bem jurídico, uma vez que se trata de um crime pluriofensivo.

O crime organizado é difuso, mutante e intimidante: ele não possui vítimas individuais e determinadas, o que obsta a reparação do dano. Verifica-se, portanto, que se trata de um bem jurídico metaindividual, ou seja, que transcende o indivíduo singular. E este talvez seja o ponto nevrálgico da tipificação, pois o bem jurídico, muito mais do que meio de proteção dos valores mais importantes à sociedade, configura-se como verdadeira limitação do poder punitivo estatal³⁵.

A crítica que se faz é que um modelo que aglutinasse apenas algumas características principais poderia ser considerado muito fechado, e, por isso, sinônimo de impunidade. Já um tipo penal que enumerasse as características da organização criminosa seria deveras aberto e feriria os princípios da legalidade e da taxatividade.

Mesmo diante de tais dificuldades, acredita-se que a tipificação mais aberta, com a inclusão do maior número de aspectos possíveis, mesmo como causas de aumento ou qualificadoras, é a melhor opção, cabendo à jurisprudência moldar o sentido e preencher eventuais lacunas, permitindo a efetiva aplicação do tipo penal.

Tratar o crime organizado apenas como uma causa de aumento do crime de quadrilha ou desenvolver, tão somente, um conceito instrumental, ou seja, uma norma que serviria para explicar o conceito e balizar instrumentos processuais, não se revela suficiente para atender as necessidades de tutela de valores primordiais da nossa sociedade.

2.2.4. Direito Comparado

Previamente ao estudo do modelo legislativo adotado pelo ordenamento brasileiro, e tendo como base os preceitos doutrinários para o estudo do fenômeno da criminalidade organizada, cumpre examinar como o tema é tratado nas

³⁵ Nesse sentido: ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19 e 36.

legislações dos diferentes países. Faz-se oportuno destacar que, pelos propósitos do presente trabalho, a análise se restringirá aos modelos legislativos mais importantes: o da Itália e o dos Estados Unidos.

Quando se pensa em crime organizado, a primeira noção que se tem é a da máfia italiana, há séculos existente e enraizada histórica e culturalmente naquele país. O conceito de máfia desenvolvido pelos juristas italianos é bastante vinculado à criminologia e à sociologia, porque, muito mais do que um tipo penal, a associação mafiosa é um estilo de vida.

Nesse sentido, o conceito italiano de máfia se molda a uma espécie, da qual a organização criminosa é gênero³⁶. Difere de todos os demais conceitos de crime organizado existentes, porque reconhece, além das características gerais de pluralidade de agentes, estabilidade, organização e finalidade de lucro, três aspectos especializantes: a intimidação interna e difusa; o perpétuo vínculo hierárquico e a manifestação do silêncio junto à população³⁷.

Em síntese, o legislador italiano percorreu quatro etapas até identificar as diferenças entre o modelo mafioso e a associação criminosa comum, ou seja, aquela sem a natureza de perpetuidade, lealdade e disciplina. A primeira tentativa de individualização das ações criminosas organizadas ocorreu na Sicília em 1956, através da *Legge n. 1423*, que apenas elencou medidas de prevenção gerais. Em 1962, surge a comissão parlamentar da Sicília que foi criada para investigar o fenômeno mafioso. Três anos depois entra em vigor a primeira lei (*Legge n. 575*) específica antimáfia, abrangendo todo o país e utilizando juridicamente pela primeira vez o termo “associação mafiosa”.

Apesar dos avanços foi apenas em 1982, por meio da *Legge n. 646*, conhecida como *Legge Rognoni La Torre*³⁸, que foi inserido no Código Penal italiano o delito de “associação de tipo mafioso”, já que até então só havia a previsão da “associação para delinquir”, conceitual e probatoriamente insuficiente, tendo em vista o maior desvalor criminológico da máfia.

³⁶ FAYET, Paulo. **Da Criminalidade Organizada**. Porto Alegre: Núbia Fabris Editora, 2012, p. 77.

³⁷ PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **Processo Penal Garantista e Repressão ao Crime Organizado: a legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 75-76.

³⁸ FALCONE, Giovanni. PADOVANI, Marcelle. **Cosa Nostra. O juiz e os “Homens de Honra”**. Tradução Maria D. Alexandre. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil S.A., 1993, p. 126-127.

Em 1990 a última mudança na definição de máfia foi realizada, a fim de inserir os referidos elementos especializantes. O artigo 416-bis do Código Penal italiano³⁹ passou a ter a seguinte redação:

Art. 416 bis – Associação de tipo mafioso.

I - Aquele que faz parte de uma associação de tipo mafioso formada por três ou mais pessoas é punido com reclusão de três a seis anos.

II - Aqueles que promovem, dirigem ou organizam a associação são punidos, tão somente por isso, com reclusão de quatro a nove anos.

III - A associação é de tipo mafioso quando aqueles que nela fazem parte se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeição e de lei do silêncio que dela deriva para cometer crimes, para adquirir, de modo direto ou indireto a gestão ou de qualquer modo o controle de atividade econômica, de concessões, de autorizações, contratos e serviços públicos ou para obter lucros ou vantagens injustos para si ou para outrem ou com o fim de impedir ou obstar o livre exercício do voto ou obter voto para si ou para outrem por ocasião das eleições.

IV - Se a associação é armada se aplica a pena de reclusão de quatro a dez anos nos casos previstos no primeiro inciso e de cinco a quinze anos nos casos previstos no segundo inciso.

V - A associação se considera armada quando os participantes têm a disponibilidade, para alcançar a finalidade da associação, de armas ou explosivos, ainda que ocultos ou mantidos em local de depósito. (...)

VIII - As disposições do presente artigo se aplicam também à camorra e outras associações, como sejam localmente denominadas, que valendo-se da força intimidatória do vínculo associativo perseguem fins correspondentes aqueles das associações de tipo mafioso.

A intimidação pelo uso da força (*intimidazione*) passou a ser uma elementar do tipo, uma vez que essa característica distingue a máfia da associação para

³⁹ No original: Art. 416-bis, codice penale – Associazione di tipo mafioso.

I - Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da tre a sei anni.

II - Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da quattro a nove anni.

III - L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri.

IV - Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da quattro a dieci anni nei casi previsti dal primo comma e da cinque a quindici anni nei casi previsti dal secondo comma.

V - L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplosive, anche se occultate o tenute in luogo di deposito. (...)

VIII - Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra e alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.

delinquir, já que a primeira possui um poder de influência sobre a população que a segunda não tem.

O perpétuo vínculo hierárquico (*assoggettamento*) corresponde à submissão incondicionada tanto dos membros quanto dos civis aos interesses da associação mafiosa e a manifestação do silêncio (*omertà*) concerne à conivência da sociedade que intimidada aceita o controle territorial da máfia.

Processualmente, um direito de emergência foi aplicado, com o aumento do aparato repressivo do Estado, e mecanismos processuais restritivos de certos direitos e garantias individuais foram utilizados, como a obrigatoriedade do confisco dos instrumentos do crime e seu produto e a inversão do ônus da prova quanto ao patrimônio do réu. Além disso, leis especializadas como a de antiterrorismo e a de antissequestro também foram editadas, bem como a polícia judiciária foi reestruturada.

Outro modelo legislativo historicamente importante é o dos Estados Unidos da América. Foi em 1919 que se reconheceu pela primeira vez o conceito de “crime organizado”, através da Comissão de Crime de Chicago, associação civil de negociantes, advogados e banqueiros que tinha a finalidade de alterar o sistema de justiça criminal do país⁴⁰.

Com a proibição do consumo de álcool nos Estados Unidos, a partir da década de 20, as gangues, que distribuía e comercializavam ilicitamente bebidas alcoólicas, proliferaram no território norte-americano e passaram a ser a grande preocupação do governo. Nos anos subsequentes, diversas leis penais foram sendo aprovadas pelo Congresso Nacional, contudo nenhuma delas era estritamente direcionada ao combate do crime organizado.

Em 1950, por iniciativa do Senador Estes Kefauver, um Comitê Especial do Senado para Investigação do Crime Organizado no Comércio Interestadual⁴¹ foi formado, chegando-se a conclusão de que se tratava de um problema nacional, tanto relativo à economia quanto à segurança pública⁴². Na mesma época a

⁴⁰ MACHADO, Anderson Fonseca. ***Criminalidade organizada transnacional e a globalização***. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, 2006, p. 52-53.

⁴¹ No original: “Special Senate Committee to Investigate Organized Crime in Interstate Commerce”.

⁴² MENDRONI, Marcelo Batlouni. ***Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais***. 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 247.

*American Bar Association*⁴³ insistiu na criação de uma comissão para o combate ao crime organizado, a qual teria por finalidade estudar o tema e desenvolver as premissas gerais para a criação de uma lei específica.

Em virtude dos diversos estudos realizados sobre a criminalidade organizada, em 1970 entrou em vigor a lei contra o crime organizado norte-americana, conhecida como RICO (*The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*), que visa combater a máfia estadunidense, por meio do tipo penal de *racketeering*, que seria a figura da empresa criminoso⁴⁴.

Importante frisar que não há, nesta legislação, uma definição do crime organizado. Nas palavras de Marcelo Batlouni Mendroni⁴⁵:

Embora não exista definição legal, há um consenso nos EUA de que crime organizado possa ser caracterizado como “atividade ilegal para ganhos financeiros através de negócios ilícitos. Inclui a realização de negócios através de ameaça, extorsão, tráfico ilícito de entorpecentes, sexo, contrabando, usura e pornografia etc. Assemelham-se a negócios com estruturas corporativas, mas se utilizam de força, intimidação e ameaça em seus negócios”.

Dentro dessa perspectiva, o RICO trabalha com três definições de *racket*, todas descritas no título 18, capítulo 96, seções 1961 e 1962 do *US Code*⁴⁶.

⁴³ A American Bar Association é a associação de classe dos advogados dos Estados Unidos. É um organismo profissional, administrativo e jurisdicional de defesa e regulamentação da profissão da advocacia.

⁴⁴ KAWAMOTO, Silva Reiko. **Breves Apontamentos sobre o crime organizado e a proteção à testemunha na Itália e nos Estados Unidos**. In: Revista de Justiça Penal, nº 07 (coordenação Jacques de Camargo Penteado). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 426.

⁴⁵ MENDRONI, op. cit., p. 247.

⁴⁶ No original: “18 USC § 1961 – Definitions: As used in this chapter— (1) “racketeering activity” means (A) any act or threat involving murder, kidnapping, gambling, arson, robbery, bribery, extortion, dealing in obscene matter, or dealing in a controlled substance or listed chemical (as defined in section 102 of the Controlled Substances Act), which is chargeable under State law and punishable by imprisonment for more than one year; (B) any act which is indictable under any of the following provisions of title 18, United States Code: Section 201 (relating to bribery), section 224 (relating to sports bribery), sections 471, 472, and 473 (relating to counterfeiting), section 659 (relating to theft from interstate shipment) if the act indictable under section 659 is felonious, section 664 (relating to embezzlement from pension and welfare funds), sections 891–894 (relating to extortionate credit transactions), section 1028 (relating to fraud and related activity in connection with identification documents), section 1029 (relating to fraud and related activity in connection with access devices), section 1084 (relating to the transmission of gambling information), section 1341 (relating to mail fraud), section 1343 (relating to wire fraud), section 1344 (relating to financial institution fraud), section 1351 (relating to fraud in foreign labor contracting), section 1425 (relating to the procurement of citizenship or nationalization unlawfully), section 1426 (relating to the reproduction of naturalization or citizenship papers), section 1427 (relating to the sale of naturalization or citizenship papers), sections 1461–1465 (relating to obscene matter), section 1503 (relating to obstruction of justice), section 1510 (relating to obstruction of criminal investigations), section 1511 (relating to the obstruction of State or local law enforcement), section 1512 (relating to tampering with a witness, victim, or an informant), section 1513 (relating to retaliating against a witness, victim, or an informant), section 1542 (relating to false statement in application and use of passport), section 1543 (relating to forgery or false use of passport), section 1544 (relating to misuse of passport), section 1546 (relating to fraud and misuse of visas, permits, and other documents), sections 1581–1592 (relating to peonage, slavery, and trafficking in persons)., section 1951 (relating to interference with commerce, robbery, or extortion), section 1952 (relating to racketeering), section 1953 (relating to interstate transportation of wagering paraphernalia), section 1954 (relating to unlawful welfare fund payments), section 1955 (relating to the prohibition of illegal gambling businesses), section 1956 (relating to the laundering of monetary instruments), section 1957 (relating to engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity), section 1958 (relating to use of interstate commerce facilities in the commission of murder-for-hire), section 1960 (relating to illegal money transmitters), sections 2251, 2251A, 2252, and 2260 (relating to sexual exploitation of children), sections 2312 and 2313 (relating to interstate transportation of stolen motor vehicles), sections 2314 and 2315 (relating to interstate transportation of stolen property), section 2318 (relating to trafficking in counterfeit labels for phonorecords, computer programs or computer program documentation or packaging and copies of motion pictures or other audiovisual works), section 2319 (relating to criminal infringement of a copyright), section 2319A (relating to unauthorized fixation of and trafficking in sound recordings and music videos of live musical performances), section 2320 (relating to trafficking in goods or services bearing counterfeit marks), section 2321 (relating to trafficking in certain motor vehicles or motor vehicle parts), sections 2341–2346 (relating to trafficking in contraband cigarettes), sections 2421–24 (relating to white slave traffic), sections 175–178 (relating to biological weapons), sections 229–229F (relating to chemical weapons), section 831 (relating to nuclear materials), (C) any act which is indictable under title 29, United States Code, section 186 (dealing with restrictions on payments and loans to labor organizations) or section 501 (c) (relating to embezzlement from union funds), (D) any offense involving fraud connected with a case under title 11 (except a case under section 157 of this title), fraud in the sale of securities, or the felonious manufacture, importation, receiving, concealment, buying, selling, or otherwise dealing in a controlled substance or listed chemical (as defined in section 102 of the Controlled Substances Act), punishable under any law of the United States, (E) any act which is indictable under the Currency and Foreign Transactions Reporting Act, (F) any act which is indictable under the Immigration and Nationality Act, section 274 (relating to bringing in and harboring certain aliens), section 277 (relating to aiding or assisting certain aliens to enter the United States), or section 278 (relating to importation of alien for immoral purpose) if the act indictable under such section of such Act was committed for the purpose of financial gain, or (G) any act that is indictable under any provision listed in section 2332b (g)(5)(B)” (...).

“18 USC § 1962 – Prohibited activities: (a) It shall be unlawful for any person who has received any income derived, directly or indirectly, from a pattern of racketeering activity or through collection of an unlawful debt in which such person has participated as a principal within the meaning of section 2, title 18, United States Code, to use or invest, directly or indirectly, any part of such income, or the proceeds of such income, in acquisition of any interest in, or the establishment or operation of, any enterprise which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce. A

A primeira delas é a *pattern of racketeering activity*, em que haverá uma organização criminosa quando se estiver diante de uma estrutura organizacional que se desenvolve por intermédio de atividades delitivas reiteradas e contínuas, que revelam um padrão de conduta (pelo menos a prática de dois dos crimes listados num período de dez anos), realizadas por um grupo de pessoas, cuja finalidade é a obtenção de vantagens ilegais⁴⁷.

A segunda modalidade é o *racketeering activity*, que diz respeito ao cometimento das infrações previstas em *numerus clausus* na seção 1961 do *US Code*. Nesta seção, são enumerados delitos estaduais, como o homicídio, o sequestro, a prática do jogo de azar, o incêndio doloso, o roubo, a corrupção, a extorsão, a venda de material pornográfico e o tráfico de drogas e cerca de cinquenta e cinco delitos federais, relacionados aos crimes de colarinho branco⁴⁸.

Por fim, há o *racketeering offenses*, referentes aos ilícitos ligados à interferência no comércio interestadual através de violência ou ameaça.

As sanções são previstas na seção 1963. Caso a conduta se enquadre nas modalidades da seção 1962, a pena será de até 20 anos de reclusão, porém, se o acusado cometer qualquer das condutas de *racketeering activity*, comina-se a pena perpétua. Além disso, são confiscados todos os ganhos, propriedades ou direitos contratuais obtidos através de qualquer empresa que o indivíduo tenha estabelecido, operado, controlado, conduzido ou participado em violação às determinações legais.

purchase of securities on the open market for purposes of investment, and without the intention of controlling or participating in the control of the issuer, or of assisting another to do so, shall not be unlawful under this subsection if the securities of the issuer held by the purchaser, the members of his immediate family, and his or their accomplices in any pattern or racketeering activity or the collection of an unlawful debt after such purchase do not amount in the aggregate to one percent of the outstanding securities of any one class, and do not confer, either in law or in fact, the power to elect one or more directors of the issuer.

(b) It shall be unlawful for any person through a pattern of racketeering activity or through collection of an unlawful debt to acquire or maintain, directly or indirectly, any interest in or control of any enterprise which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce.

(c) It shall be unlawful for any person employed by or associated with any enterprise engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce, to conduct or participate, directly or indirectly, in the conduct of such enterprise's affairs through a pattern of racketeering activity or collection of unlawful debt.

(d) It shall be unlawful for any person to conspire to violate any of the provisions of subsection (a), (b), or (c) of this section". Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-96>. Acesso em: 04 de novembro de 2013.

⁴⁷ LEMOS JUNIOR, novembro/2010, p. 443.

⁴⁸ BUCY, Pamela H. *White Collar Practice. Cases and Materials*. 3ª ed. St. Paul, Minnesota: Thomson West, 2005, p. 68.

É forçoso comentar, ainda, que na seção 1964 prevê-se a possibilidade de interposição de ação civil contra o acusado, objetivando a sua condenação ao pagamento do triplo do valor auferido.

Outros países como a Alemanha e a Áustria não possuem tipos penais específicos. Chile, Paraguai, Peru, Portugal e Uruguai, por sua vez, apenas possuem um tipo penal genérico menos complexo, similares à quadrilha ou ao bando. Já a Bélgica, a Bolívia, a Espanha e a Suíça possuem conceito legal para o delito de organização criminosa⁴⁹.

⁴⁹ BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 158-161.

3. O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

“Com quinze mil integrantes no estado de São Paulo, o grupo se esforça para vender a ideia de que luta pela melhoria das condições de vida nos presídios. Nada mais falso. O principal objetivo do PCC é o mesmo do mais reles ladrão ‘pé de chinelo’: ganhar dinheiro fácil” – PORTELA, Fábio.⁵⁰

3.1. As Organizações Criminosas no Brasil

Não se sabe bem ao certo quando a criminalidade organizada surgiu no território brasileiro. Os autores afirmam que a primeira expressão do crime organizado poderia ter sido o cangaço ou então o jogo do bicho^{51/52} - este último, mais recente, está relacionado ao refinamento de grupos que praticavam contravenções penais.

O jogo do bicho foi criado pelo Barão de Drummond com a finalidade legítima de arrecadar verbas para salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. Contudo, o sorteio de prêmios por meio do recolhimento de apostas foi popularizado e passou a ser controlado por grupos de criminosos. Atualmente, as organizações criminosas do jogo expandiram suas atividades, abrangendo a exploração ilegal de máquinas eletrônicas⁵³.

O cangaço, por outro lado, foi um movimento popular do sertão nordestino que se caracterizava, sobretudo, pela estrutura hierárquica, pelas conexões políticas e pelo uso de táticas primitivas de guerrilha. Tinha como principais atividades o saque de pequenas cidades ou fazendas e a extorsão mediante sequestro de autoridades ou mediante a ameaça de pilhagem.

Sobre a origem do cangaço, leciona Edgard Magalhães Noronha⁵⁴:

⁵⁰ PORTELA, Fábio. **PCC: Primeiro Comando da Cocaína**. São Paulo: Revista Veja, v. 40, n. 1990, 10.01.2007, p. 62-65.

⁵¹ PRADO, Luiz Regis e CASTRO, Bruno Azevedo de. **Crime Organizado e Sistema Jurídico Brasileiro: a questão da conformação típica**. In: RIBEIRO, Bruno de Moraes (Coord.). **Direito Penal na Atualidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 166.

⁵² POLIMENO, Celso Domingos. **Organização Criminosa: Controvérsias de Interpretação e aplicabilidade na execução penal**. Revista da ESMESC, v. 18, n. 24, 2011, p. 222.

⁵³ SILVA, 2009, p. 9.

⁵⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 8 ed.. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 108.

Sua origem é quase sempre o analfabetismo, a ignorância, a miséria, como fatores sociais. Suas vidas se assemelham material e psicologicamente. São nômades e vivem animados por sincretismo religioso: amálgama de religião, superstição, fetichismo e macumba.

O grupo mais conhecido foi personificado pela figura de Virgulino Ferreira da Silva, comumente conhecido como “Lampião”, que teve seu auge no início do século XX.

No entanto, é somente a partir da década de 60 que a criminalidade em grupo passa a ser foco da mídia brasileira e, de uma questão ligada estritamente à segurança da população, torna-se um verdadeiro problema sociopolítico, afetando, além da segurança, a estabilidade econômica e o Estado de Direito⁵⁵.

Na década de 70, o país se chocou com o grupo de extermínio de espécie paramilitar formado no Estado de São Paulo, vulgarmente conhecido como “Esquadrão da Morte”⁵⁶. Porém, foi em 1979 que se formou a primeira organização criminosa brasileira, o Comando Vermelho, no Rio de Janeiro.

Oriundo da convivência dos presos comuns com os presos políticos durante o período de ditadura militar, em que os primeiros teriam aprendido táticas de guerrilha, formas de organização, hierarquia e clandestinidade com os segundos, o Comando Vermelho foi concebido através da junção de facções que conviviam de forma violenta no Instituto Penal Cândido Mendes, mais conhecido como presídio de Ilha Grande, em Angra dos Reis, no Estado do Rio de Janeiro.

Nas palavras de Carlos Amorim⁵⁷:

Sessenta e seis homens condenados por atividades revolucionárias passaram pela Galeria B, entre 1969 e 1975, quando os presos políticos começaram a ser transferidos para uma unidade especial do Departamento do Sistema Penitenciário (Desipe) [...] Ali aguardaram a anistia, que

⁵⁵ GODOY, 2011, p. 97.

⁵⁶ O Esquadrão da Morte foi o nome dado à organização paramilitar composta por policiais civis e militares que atuavam mormente nas áreas do tráfico de drogas e do jogo do bicho e que figurou como braço armado da polícia na época da ditadura militar, sendo lembrado como grupo de extermínio. O seu principal líder foi o delegado Sérgio Paranhos Fleury, que por anos foi chefe do DOPS, a polícia da ditadura. BICUDO, Hélio Pereira. *Meu Depoimento sobre o Esquadrão da Morte*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 16-17.

⁵⁷ AMORIM, Carlos. *CV PCC - A Irmandade do Crime*. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 58.

devolveu todos eles à liberdade. Os presos políticos foram embora, mas deixaram muitas marcas na vida do presídio da Ilha Grande. Naquele mesmo setor do Instituto Penal Cândido Mendes – a Galeria B – estavam os presos comuns condenados por crimes previstos na LSN, como assaltos a bancos e instituições financeiras. O governo militar tentou despolitizar as ações da esquerda, tratando-as como “simples banditismo comum”, o que permitia também uma boa argumentação para enfrentar as pressões políticas internacionais em prol da anistia e contra as denúncias de tortura. Nivelando o militante e o bandido, o sistema cometeu um grave erro. O encontro dos integrantes das organizações revolucionárias com o criminoso comum rendeu um fruto perigoso: o Comando Vermelho.

Verifica-se que o Comando Vermelho atualmente é estruturado de forma horizontal, em que o poder é exercido por vários integrantes que coordenam setores diversos dentro do grupo. Características como busca de lucro, planejamento, hierarquia, divisão de tarefas, corrupção de agentes públicos, violência, disciplina e até mesmo a transnacionalidade são visualizadas⁵⁸.

É válido ressaltar que a organização, desde sua origem, ganhou inúmeros adeptos e expandiu suas atividades graças à tecnologia. Partindo de crimes locais e passando por investimentos em armamentos pesados e no comércio de substâncias entorpecentes, hoje o Comando Vermelho comanda os presídios do Rio de Janeiro e domina majoritariamente o tráfico carioca de entorpecentes.

Outrossim, a maioria dos líderes encontra-se em presídios federais⁵⁹, mas devido à grande autonomia financeira e tecnológica, à falta de estrutura carcerária e à adesão popular das favelas, ordens entre as cabeças e os braços da organização são rapidamente repassadas e as atividades criminosas continuam sendo realizadas. Segundo Willians da Silva Lima⁶⁰, antigo líder da organização:

⁵⁸ Um dos líderes da organização, Luiz Fernando da Costa, vulgo “Fernandinho Beira-Mar”, antes de ser preso, já lidava com o tráfico internacional de drogas, tendo se estabelecido na cidade de Pedro Juan Caballero, na Colômbia, a fim de se relacionar com membros das Forças Armadas Revolucionárias Colombianas (FARC). GODOY, 2011, p. 113.

⁵⁹ Luiz Fernando da Costa, o “Fernandinho Beira-Mar”, foi recolhido inicialmente na Superintendência da Polícia Federal no Distrito Federal. Contudo, o preso fazia uso de aparelho celular para liderar as atividades de sua organização criminosa, que operava, principalmente, na região da fronteira com o Paraguai, no Estado do Paraná, mas que destinava o produto ilícito ao Rio de Janeiro. Transferido para a Penitenciária Federal de Catanduvas/PR, Luiz Fernando passou a chefiar o grupo por meio da transmissão de ordens e instruções a seus visitantes. Depois, foi transferido para o Presídio Federal de Campo Grande/MS, condenado, dentro outros crimes, por tráfico internacional de drogas, associação para o tráfico, tráfico de armas e lavagem de dinheiro. (JUSTIÇA FEDERAL – 2ª Vara Criminal de Curitiba. Ação Criminal nº 2007.7000026565-0. Juiz Federal Sergio Fernando Moro. Julg. 25.08.2008, p. 9, 90-91), porém atualmente se encontra novamente recolhido na Penitenciária Federal de Catanduvas/PR.

⁶⁰ AMORIM, 1995, p. 348.

Conseguimos aquilo que a guerrilha não conseguiu: o apoio da população carente. Vou aos morros e vejo crianças com disposição, fumando e vendendo baseado. Futuramente, elas serão três milhões de adolescentes que matarão vocês – a polícia – nas esquinas. Já pensou o que serão três milhões de adolescentes e dez milhões de desempregados em armas?

Outra grande organização criminosa brasileira, o Primeiro Comando da Capital (PCC), foi criada em 1993, no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, em São Paulo, como reação ao massacre do Carandiru que ocorreu no ano anterior.

Num primeiro momento, o PCC era apenas uma facção, isto é, atuava tão somente dentro dos presídios e tinha como mote a melhora da qualidade de vida carcerária. Tal concepção inicial fez com que autoridades públicas da área de segurança pública do Estado de São Paulo não concebessem o PCC como organização criminosa⁶¹.

Contudo, atualmente o PCC age criminosamente dentro e fora dos presídios, mantendo atividades econômicas, que seriam de responsabilidade estatal direta ou indiretamente, como o transporte público e a distribuição de combustíveis.

A sua primeira grande mobilização, assunto da mídia nacional e internacional por semanas, foi em 2001. A megarebelião envolveu 29 unidades prisionais no Estado de São Paulo e foi motivo da edição da resolução 26, pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, que dispõe sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, e a resolução 49, que restringe o direito de visita e os encontros com os advogados⁶².

Ambas as resoluções foram objeto de grande discussão doutrinária no país, mas o advento da Lei 10.792/2003 pacificou de certa forma a questão⁶³, alterando a

⁶¹ GODOY, 2011, p. 102.

⁶² POLIMENO, 2011, p. 234-235.

⁶³ Nesse sentido é a decisão do STJ de 2004 (HC 40300/RJ; HABEAS CORPUS 2004/0176564-4. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julg. 22/08/2005). Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 03 de agosto de 2013.

HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA.

1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade.

2. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos

redação do artigo 52 da Lei de Execuções Penais⁶⁴, que passou a impor o Regime Disciplinar Diferenciado para todos os presos, condenados com trânsito em julgado ou não, que praticarem crime doloso apto a desnaturar a ordem ou disciplina interna das unidades prisionais ou forem integrantes de organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Numa infrutífera tentativa de controlar as constantes rebeliões nos presídios, alguns líderes da organização foram transferidos para outros Estados brasileiros. Não obstante, o resultado foi bastante negativo, uma vez que, com isso, houve a expansão da atuação do PCC em âmbito nacional.

Nesse sentido, o Delegado de Polícia Federal Orlando Rincon relata⁶⁵:

A transferência de presos do PCC para outros Estados foi uma experiência negativa, está formando uma escola do crime. A solução são os presídios federais, os líderes ficam isolados. (...) No Rio Grande do Sul, o PCC está voltado para aquisição de armas. Em Mato Grosso do Sul, os criminosos contam com a frágil fiscalização da fronteira para adquirir e transportar armas e drogas. O Paraná entrou como rota do PCC pela fronteira com o Paraguai. Algumas pessoas foram presas nesse trajeto e ficaram no Estado, o que começou a disseminação, alimentada pelo remanejamento dos presos. Os transferidos levaram a ideologia do PCC.

Constata-se, ainda, que a organização, diferentemente do Comando Vermelho, possui estrutura piramidal⁶⁶, devendo seus membros seguir com

penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social.

⁶⁴ Art. 52, LEP. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

⁶⁵ O Estado de São Paulo. **Transferência criou filiais do PCC**. Caderno Metrôpole, 28 de maio de 2006. In: GODOY, 2011, p. 104.

rigoriedade o estatuto da sociedade criminosa⁶⁷, inclusive pagando mensalidades para financiamento do narcotráfico e do tráfico de armas, principais atividades delitivas do PCC.

Além do Comando Vermelho e do PCC, outros grupos menos conhecidos, mas não menos importantes, atuam em outros Estados do país, dentro e fora das prisões, agindo principalmente em quatro setores: jogo do bicho; roubo de cargas; roubo e furto de veículos e tráfico de drogas⁶⁸.

Exemplos que se encaixam predominantemente em cada um dos referidos quatro paradigmas de organizações criminosas são encontrados. O Comando Vermelho e o PCC pertenceriam ao modelo tradicional, não vinculado estritamente com a ideia de máfia, haja vista que a associação de tipo mafioso é específica para a realidade histórica e sociocultural italiana.

O paradigma de rede é representado pelos comandos cariocas de tráfico de drogas, como explana Alba Zaluar⁶⁹:

No Rio, mesmo que não completamente coordenado por uma hierarquia mafiosa, o comércio de drogas tem um arranjo horizontal eficaz pelo qual, se faltam drogas ou armas de fogo em uma favela, essa imediatamente obtém das favelas aliadas. Essas quadrilhas ou comandos conciliam os dispositivos de uma rede geograficamente definida que inclui pontos centrais ou de difusão, e outros que se estabelecem na base da reciprocidade horizontal.

Como exemplo do paradigma empresarial, pode-se citar o grupo de contrabando liderado por Law Kin Chong, proprietário de shoppings, estandes de vendas, empresas, lojas e estacionamento em São Paulo, locais onde vendia

⁶⁶ A divisão de tarefas se dá da seguinte forma: há os 'torres', que são os criminosos chefes, os 'pilotos', responsáveis pela transmissão das ordens e controle das atividades criminosas tanto no interior das penitenciárias ('piloto-detento'), como fora ('piloto-gerente'), os 'soldados', que seria a base operacional, os 'tesoureiros', cuja função se limita ao recebimento das mensalidades e contribuições dos membros e, por fim, os 'pombos-correios', como são chamados os advogados que realizam a corrupção de agentes penitenciários facilitando o tráfico de celulares para dentro dos presídios, além de permitir a utilização de suas contas bancárias para lavagem de dinheiro. GODOY, 2011, p. 106-107.

⁶⁷ O estatuto do PCC pode ser encontrado, na sua íntegra, no site do jornal Folha de São Paulo online em: <http://www1.folha.uol.com.br/foha/cotidiano/ult95u22521.shtml>. Acesso em 03 de agosto de 2013.

⁶⁸ MINGARDI, 1998, p. 247.

⁶⁹ ZALUAR, Alba. *Democratização inacabada: fracasso da segurança pública*. São Paulo: Revista USP Estudos Avançados. Dossiê Crime Organizado. V. 21, n. 61, set.-dez./2007, p. 45.

produtos contrabandeados da China. O empresário foi preso em 2004, em decorrência da CPI da pirataria⁷⁰.

No que concerne ao paradigma endógeno, vários esquemas de corrupção dentro do governo brasileiro servem de exemplo, como é o caso do grupo dos anões do orçamento⁷¹, da máfia da propina⁷² e do mensalão⁷³.

Dessa monta, é importante salientar que, em decorrência da inexistência, à época, de tipo penal específico em nosso ordenamento para a formação de organização criminosa, muitos dos casos aqui citados foram enquadrados erroneamente como simples quadrilhas ou bandos. Todavia, o crime organizado como *fattispecie* existe em nosso país, nesse sentido, conforme deslinda Raúl Cervini⁷⁴:

O crime organizado não é absolutamente exclusivo dos países desenvolvidos. Muito ao contrário. São nos países subdesenvolvidos que coabitam, frequentemente, as formas de organização estruturais, próprias da marginalidade, quantitativamente preponderantes e outras formas de delinquência que decorrem no abuso de poder e do tipo de sistema.

⁷⁰ VEJA online. **Corruptor de Policiais**. Edição 1861 de 07 de julho de 2004. Disponível em: http://veja.abril.com.br/070704/p_092.html. Acesso em: 03 de agosto de 2013.

⁷¹ Segundo conclusões da CPI do orçamento, o grupo era formado por sete políticos principais, entre eles deputados e senadores que passaram a integrar a Comissão de Orçamento do Congresso Nacional e agiam cobrando propinas dos prefeitos para inclusão de obras no orçamento ou conseguir liberação de verbas e de empreiteiras, para que seus projetos constassem no orçamento. Agiam ainda através das subvenções sociais dos Ministérios que eram destinadas a entidades-fantasma, que tinham como principal finalidade o financiamento das campanhas políticas. Para legalizar o dinheiro oriundo das propinas, realizavam também lavagem de dinheiro. Sobre o tema: FOLHA DE SÃO PAULO online de 15 de novembro de 2004. **Entenda o caso dos anões do orçamento**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u65705.shtml>. Acesso em 03 de agosto de 2013.

⁷² “A máfia da propina ficou conhecida após denúncias de um esquema de corrupção envolvendo fiscais, administradores regionais e vereadores em São Paulo. (...) Entre maio e junho de 99, uma comissão da Câmara investigou a participação de vereadores no esquema de arrecadação de propina nas regionais”. Como resultado vários políticos tiveram seus mandatos cassados. FOLHA DE SÃO PAULO online de 18 de março de 2000. **Entenda a Máfia da Propina**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1803200017.htm>. Acesso em 03 de agosto de 2013.

⁷³ O mensalão foi o “esquema de desvio de recursos públicos para comprar apoio político para o governo Lula e pagar dívidas de campanhas eleitorais. A denúncia diz que políticos da coalizão governista recebiam pagamentos mensais para apoiar a gestão petista. O escândalo provocou um grave abalo no governo Lula”. Até o momento, os réus foram condenados por diversos crimes, entre eles, formação de quadrilha, peculato, gestão fraudulenta, corrupção passiva, corrupção ativa e lavagem de dinheiro. BBC Brasil online de 02 de agosto de 2012. **STF começa a julgar o mensalão. Entenda o caso**. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/08/120731_mensalao_entenda_jf.shtml. Acesso em 03 de agosto de 2013.

⁷⁴ CERVINI, Raúl. **Mesa Redonda sobre Crime Organizado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 8, out.-dez./1994, p. 147.

Sendo assim, é evidente que o problema se estende da realidade social desastrosa à legislação incompleta, retrógrada e fragmentada. Nas palavras de Wálter Fanganiello Maierovitch, juiz de direito e ex-secretário nacional antidrogas: “A metralhadora foi substituída pelo mouse, sendo impossível continuar com um Código Penal de 1941”⁷⁵.

3.2. A Evolução Legislativa

“Não é a crueldade das penas um dos mais grandes freios dos delitos, senão a infalibilidade delas... a certeza do castigo, ainda que moderado, causará sempre maior impressão que o temor de outro castigo terrível, mas que aparece unido com a esperança da imunidade”⁷⁶ – BECCARIA, Cesare.

3.2.1. O Código Penal e as leis extravagantes

A preocupação do legislador brasileiro em relação a grupos de indivíduos que, com *animus* associativo, praticam ações delituosas em conjunto é antiga. O Código Criminal de 1830⁷⁷ previa dois tipos penais de concurso necessário que tutelavam a ordem e a paz pública: as “sociedades secretas” e os “ajuntamentos ilícitos”:

Sociedades Secretas - Art. 282. A reunião de mais de dez pessoas, em uma casa em certos e determinados dias, sómente se julgará criminosa, quando for para fim de que se exija segredo dos associados, e quando neste ultimo caso não se comunicar em fórmula legal ao Juiz de Paz do districto em que se fizer a reunião. Penas – de prisão por cinco a quinze anos ao chefe, dono, morador, ou administrador da casa; e pelo dobro, em caso de reincidência.

⁷⁵ Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=79373&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=crime%20organizado. Acesso em: 03 de agosto de 2013.

⁷⁶ BECCARIA, Cesare. *De los delictos y de las penas*. Tradução de Juan A. de Iñs Casas. Madrid: Alianza, 1982, p. 71-72. In: GOMES, Luiz Flávio. CERVINI, Raúl. *Crime Organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 30.

⁷⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. 2. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 267.

Ajuntamentos Illicitos – Art. 285. Julgar-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 ilegalmente a algum gozo, ou exercicio de algum direito, ou dever.

Art. 286. Praticar em ajuntamento illicito algum dos actos declarados no artigo antecedente. Penas – de multa de vinte a duzentos mil réis, além das mais em que tiver incorrido o Réo.

O Código Penal de 1890⁷⁸, por sua vez, previa o tipo de “conspiração”, crime este que tutelava a segurança interna da República, e o referido tipo de “ajuntamento ilícito”, mas com uma redação mais técnica.

Conspiração. Art. 115. É crime de conspiração concertarem-se vinte ou mais pessoas para:

§ 1. Tentar, directamente e por factos, destruir a integridade nacional;

§ 2. Tentar, directamente e por factos, mudar violentamente a Constituição da República Federal, ou dos Estados, ou a forma de governo por elles estabelecida;

§ 3. Tentar, directamente e por factos, a separação de algum Estado da União Federal;

§ 4. Oppor-se, directamente e por factos, ao livre exercicio das atribuições constitucionaes dos poderes legislativo, executivo e judiciário federal, ou dos Estados;

§ 5. Oppor-se, directamente e por factos, á reunião do Congresso e á das assembléas legislativas dos Estados.

Pena – de reclusão por um a seis annos.

Ajuntamento ilícito. Art. 119. Ajuntarem-se mais tres pessoas, em logar publico, com o desígnio de se ajudarem mutuamente, para, por meio de motim, tumulto ou assuada:

1º. commeter algum crime;

2º. privar ou impedir a alguém o gozo ou exercicio de um direito ou dever;

3º. exercer algum acto de ódio ou desprezo contra qualquer cidadão;

4º perturbar uma reunião publica ou a celebração de alguma festa cívica ou religiosa:

Pena – de prisão cellular por um a tres mezes.

Importante ressaltar que tanto no Código de 1830 quanto no de 1890 os crimes previstos tinham intensa conotação política, não sendo aplicados para a criminalidade comum.

Com a entrada em vigor do Código Penal de 1940 surge pela primeira vez em nosso ordenamento o tipo de “quadrilha ou bando”, copiado dos códigos europeus⁷⁹:

⁷⁸ PIERANGELI, 2001, p. 284.

Quadrilha ou Bando. Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.
Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

O tipo do artigo 288 do Código Penal brasileiro, bem como os seus predecessores europeus, se baseia na teoria restritiva no que concerne à diferença entre autores e partícipes⁸⁰, conforme redação dada pela reforma de 1984 ao artigo 29 do Código Penal brasileiro⁸¹.

Outros tipos de associações criminosas, previstas como ato preparatório aos crimes principais, foram tipificados em leis extravagantes, como a Lei do Genocídio (artigo 2º, Lei 2889/1956⁸²), a Lei de Segurança Nacional (artigos 16 e 24, Lei 7170/1983⁸³) e a Lei de Drogas (artigo 35, Lei 11.343/2006⁸⁴).

⁷⁹ A primeira tipificação normativa é do Código Napoleônico de 1810, que na verdade previa o tipo legal de associação de pessoas com a finalidade delituosa e não o de crime organizado propriamente dito. O modelo de 1810 se manteve nas demais legislações sobre o tema por diversas décadas. Uma distinção legislativa mais efetiva entre bandos, quadrilhas, organizações criminosas e figuras assemelhadas começou a ser realizada apenas no final do século XX.

⁸⁰ Para a teoria restritiva, a distinção entre autores e partícipes está na realização ou não de elementos do tipo. Dessa forma, nas palavras do professor Rogério Greco: “*para aqueles que adotam um conceito restritivo, autor seria somente aquele que praticasse a conduta descrita no núcleo do tipo penal. Todos os demais que, de alguma forma, o auxiliassem, mas que não viesse a realizar a conduta narrada pelo verbo do tipo penal seriam considerados partícipes*” (GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 475). Cumpre destacar que, para Zaffaroni, o art. 29 do CP adota a teoria restritiva da autoria, uma vez que se ocupou dos partícipes nos parágrafos 1º e 2º do referido artigo de forma especial (ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4º Ed. 2002, p. 666).

⁸¹ Concurso de Pessoas. Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º. Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º. Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

⁸² Art. 2º Associarem-se mais de 3 (três) pessoas para prática dos crimes mencionados no artigo anterior.

Pena: Metade da cominada aos crimes ali previstos.

⁸³ Art. 16 - Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça.

Pena: reclusão, de 1 a 5 anos.

Art. 24 - Constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa.

Pena: reclusão, de 2 a 8 anos.

Constata-se, portanto, que a maioria dos tipos penais em vigor foi elaborada quando ainda se lidava com a criminalidade tradicional, isto é, aquela direcionada a um bem jurídico determinado e específico, o que de forma alguma se compara com a criminalidade contemporânea que atinge bens jurídicos metaindividuais.

3.2.2. A Lei 9.034 de 1995 e a Lei 10.217 de 2001

A antiga lei de Crime Organizado brasileira (Lei 9.034), como era conhecida, entrou em vigor em 1995, assim dispondo no seu artigo 1º: “Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando”. Uma alteração terminológica foi efetuada seis anos depois, com a lei 10.217 de 2001, estendendo os meios operacionais ali descritos para ações criminosas de organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

De um ponto de vista processual, a lei destacou-se por prever o instituto da delação premiada (artigo 6º), que seria um acordo voluntário efetuado entre a autoridade judiciária e o agente criminoso, a fim de que este último coopere com a investigação criminal, em troca da redução da sua pena. Ademais, a lei protelou o prazo para encerramento da instrução criminal (artigo 8º), determinou uma estruturação policial no combate às organizações criminosas, quadrilhas e bandos (artigo 4º) e enrijeceu determinadas normas processuais, como a liberdade provisória, que era vedada (artigo 7º), a apelação do réu em liberdade, que era proibida (artigo 9º) e o regime inicial fechado, que era imposto ao condenado (artigo 10º)⁸⁵.

Entretanto, de um ponto de vista conceitual, a lei pecou gravemente, mesmo com a alteração realizada em 2001. Ao criticar a lei em questão, Antonio Scarance Fernandes⁸⁶ explica:

⁸⁴ Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

⁸⁵ PRADO e CASTRO, 2010, p. 175 - 176.

⁸⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **O Conceito de Crime Organizado na Lei 9.034**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, nº 31, jul. de 1995, p. 03.

A lei seguiu um caminho próprio. Não definiu criminalidade organizada, desprezando a linha inicial do projeto. Não definiu, através de seus elementos essenciais, o crime organizado. Não elencou condutas que constituiriam crimes organizados. Preferiu deixar em aberto os tipos penais configuradores de crime organizado, mas, ao mesmo tempo, admitiu que qualquer delito pudesse caracterizar como tal, bastando que decorresse de ações de bando ou quadrilha. É o que se depreende da leitura do art. 1º, segundo o qual é organizado o “crime resultante de ações de bando ou quadrilha”. Não foi boa essa orientação.

Na verdade, pode-se afirmar que a Lei 9.034/95, com a redação dada pela Lei 10.217/2001, tentou elaborar uma tipologia nova, porém acabou por preferir locuções abertas que dependiam na sua integralidade de um exercício interpretativo homérico, desrespeitando os princípios da taxatividade⁸⁷ e da legalidade⁸⁸.

De acordo com Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo⁸⁹:

O uso genérico da expressão “organizações criminosas”, tal como é feito no Brasil, afronta o princípio da taxatividade e, portanto, o próprio princípio da legalidade previsto na CRFB/1988. É necessário que o legislador expresse o significado normativo do “crime organizado”, especificando, formalmente, suas características, sob pena de inconstitucionalidade. Ressalte-se que a Lei n. 9.034/95 não definiu as organizações criminosas, apenas as equiparou às quadrilhas, bandos ou associações criminosas em seu artigo 1º, o que é um grave equívoco, afinal, o que não é semelhante não pode ser equiparado.

O autor⁹⁰ ainda prossegue afirmando que:

⁸⁷ “O postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme”. LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 24.

⁸⁸ Previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁸⁹ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa: Nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 111-112.

⁹⁰ *Ibid*, p. 111-112.

(...) quadrilha ou bando e crime organizado apresentariam mais diferenças do que semelhanças, sendo inaceitável a transposição do art. 288 do CP para tipificar a estrutura complexa e perene da organização criminosa. O grupo de pessoas, unidas de forma rudimentar, apto a tipificar a quadrilha não se coadunaria com o modelo empresarial da organização criminosa. Entre as figuras delitivas, haveria proximidade, tão-só, por configurarem espécies de associação criminosa.

Outrossim, a falta de conceituação gerou insegurança jurídica para a população, uma vez que, por previsão da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84, com redação dada pela Lei 10.792/2003)⁹¹, há o recrudescimento da forma da aplicação da pena corporal para o caso de participação em organização criminosa, sem, contudo, haver em lei quais eram os critérios a serem considerados para configuração do delito que exige mecanismos processuais mais severos.

A confusão cometida pelo legislador foi, portanto, errônea num duplo sentido: ela não implica na prescindibilidade da tipificação da organização criminosa, nem tampouco, torna adequada a aplicação de sanções processuais mais rigorosas para o delito de quadrilha ou bando que não possui o grau de sofisticação do crime organizado.

Foi devido a essa constatação e procurando acabar com a confusão cometida que o legislador brasileiro passou a elaborar diversos modelos de tipificação para o delito de crime organizado.

3.2.3. Projetos de Lei

⁹¹ Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abranger presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º ***Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando*** (grifo nosso).

Durante o passar dos anos, diversos foram os projetos de lei elaborados tanto pela Câmara dos Deputados quanto pelo Senado Federal, com o escopo de tipificar organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro.

A maioria dos projetos de lei mais antigos foi arquivada, como o de número 724-A de 1995, que visava a alteração do Código Penal, criando os crimes “de especial gravidade”, ou o de número 67 de 1996, que dispunha sobre medidas investigatórias e procedimentos processuais bem como previa uma definição de crime organizado, ou ainda o de número 118 de 2002, que tratava dos meios de obtenção de prova e regime especial de cumprimento de pena para os líderes das organizações criminosas.

Essa, na verdade, é a tendência, uma vez que, com a Lei 12.850 de 2013, o país passa a ter o tipo de organização criminosa e a previsão de mecanismos processuais adequados.

Não obstante, os projetos de lei sob os números 3.731 de 1997, 2.858 de 2000 e 7.622 de 2006 tramitam pelo Congresso Nacional⁹².

O projeto de lei 3.731 de 1997 define e regula os meios de prova e procedimentos investigatórios no que concerne aos delitos praticados por organizações criminosas. Para tanto, considera esta última como uma associação de três ou mais pessoas estruturada, por meio de uma entidade jurídica ou não, com a finalidade de obter vantagem de qualquer natureza. O projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados e desde 2003 se encontra no Senado Federal.

O projeto de lei 2.858 de 2000, oriundo do poder executivo, visa alterar a redação do artigo 1º, da Lei 9.034 de 1995, e acrescentar o artigo 288-A ao Código Penal, tipificando organização criminosa da seguinte maneira:

Art. 288-A. Associarem-se mais de três pessoas, em grupo organizado por meio de entidade jurídica ou não, de forma estruturada e com divisão de tarefas, valendo-se de violência, intimidação, corrupção, fraude ou outros meios assemelhados, para o fim de cometer crime.

Pena – reclusão, de cinco a dez anos, e multa.

§1º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o agente promover, instituir, financiar ou chefiar a organização criminosa.

⁹² Para mais informações: <http://www.camara.gov.br> e <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 07 de agosto de 2013.

Atualmente, este projeto se encontra apensado aos projetos de lei 7.223 de 2002 e 4.897 de 2012. O primeiro é de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly, também com objetivo de alterar o artigo 288 do Código Penal e o artigo 1º da lei 9.034 de 1995, adicionando a ambos um parágrafo caracterizador das organizações criminosas. O segundo se encontra na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado e prevê a alteração do artigo 288 do Código Penal, a fim de aumentar a pena prevista para de reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos, adicionar o parágrafo primeiro que tipificaria quadrilha ou bando miliciano e o parágrafo segundo como causa de aumento de pena se a quadrilha ou bando for integrado por agentes ou ex-agentes de segurança pública ou das forças armadas ou políticos.

Por fim, o projeto de lei 7.622 de 2006, que teve sua origem na CPI do tráfico de armas, objetiva a inserção do artigo 288-A no Código Penal, tipificando a participação em organização criminosa. Este projeto foi apensado a outros dois (1.353 de 1999 e 2.751 de 2000), que aguardam votação.

3.2.4. A Convenção de Palermo e o Decreto Lei 5.015 de 2004

Decorrente dos trabalhos realizados durante os anos de 1997 a 2000 no âmbito da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, mais conhecida como Convenção de Palermo, entrou em vigor em 2003, com a finalidade de uniformizar internacionalmente a repressão ao crime organizado.

Além da convenção, dois protocolos adicionais foram aprovados na mesma época: o Protocolo de combate ao tráfico de migrantes por via terrestre, marítima e aérea e o Protocolo de prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças. Em 2005, o terceiro protocolo adicional relativo à produção ilícita e ao tráfico de armas de fogo, suas partes, componentes e munição também foi aprovado⁹³.

Entre outros avanços, a Convenção de Palermo definiu o “grupo criminoso organizado”, determinou os instrumentos mais eficazes contra o referido delito e

⁹³ FAVARO, Luciano Monti. **Globalização e Transnacionalidade do Crime**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI), Brasília, 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08_788.pdf. Acesso em 07 de agosto de 2013.

incitou os Estados a adotar as medidas necessárias para melhorar o combate à criminalidade organizada transnacional nos seus respectivos territórios, bem como a maximizar as políticas de auxílio mútuo. Ademais, estipulou que os Estados devem criminalizar a conduta de lavagem de dinheiro e de corrupção, tipificar o crime organizado, estabelecer instrumentos de confisco e apreensão de bens oriundos de atividades delituosas e providenciar meios de responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas com conexões diretas com organizações criminosas⁹⁴.

A aludida convenção foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 5.015 de 12 de março de 2004, e desde então gerou ponto de grande discussão doutrinária, decorrente da divisão do judiciário brasileiro quanto à aplicação no país do conceito de organização criminosa elaborado internacionalmente.

Nos termos do artigo 2º, alínea 'a', da Convenção de Palermo, crime organizado seria:

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.

A primeira corrente defende que o conceito da convenção é aplicado nacionalmente, já que o país assinou, ratificou e transpôs na ordem jurídica interna a convenção das Nações Unidas, mesmo sendo esta uma convenção específica sobre crime organizado transnacional. Nesse sentido, solidifica-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O COMÉRCIO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. POLICIAL MILITAR. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. ART. 42 DA LEI 11.343/06. EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

⁹⁴ FAVARO, 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08_788.pdf. Acesso em 07 de agosto de 2013.

(...)2. A definição de organização criminosa é aquela estabelecida na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo 231/03 e promulgada pelo Decreto 5.015/04, que dita que grupo criminoso organizado é 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 enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material". (...) (STJ, HC 163.422/MG. HABEAS CORPUS 2010/0032516-1. Rel. Ministro Jorge Mussi. Julg. 07/02/2012)⁹⁵

Da mesma monta:

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIME ANTECEDENTE. INDÍCIOS SUFICIENTES. PRESSUPOSTOS DA LEI ESPECIAL. ORIGEM CRIMINOSA DO NUMERÁRIO. FALTA DE PROVA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO OU DOLO EVENTUAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. ORDEM DENEGADA.

(...) E, contrariamente ao que defende a Impetrante, penso que a discussão acerca da existência ou não de definição do que seja organização criminosa já foi inteiramente superada com a adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Nova York, 15 de novembro de 2000), por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, o qual, considerando que o Congresso Nacional havia aprovado, por meio do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, o texto da mencionada convenção, estabeleceu, em seu artigo 1º, que esta "será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém". Dentre outros objetivos, a convenção pretende a criminalização, nos Estados signatários, da participação em um grupo criminoso organizado, da lavagem do produto do crime, da corrupção e da obstrução à justiça, e, de sorte a uniformizar a terminologia (...). (STJ, HC 63716/SP. HABEAS CORPUS 2006/0165236-4. Rel. Ministra Jane Silva (Conv.). Julg. 17/12/2007)⁹⁶.

O mesmo entendimento foi proferido pelo Conselho Nacional de Justiça:

Recomendação nº 3, de 30 de maio de 2006:

Ao Conselho da Justiça Federal e aos Tribunais Regionais Federais, no que respeita ao Sistema Judiciário Federal, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, a especialização de varas criminais, com competência exclusiva ou concorrente, para processar e julgar delitos praticados por organizações criminosas.

Para os fins desta recomendação, sugere-se:

⁹⁵ Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000325161&dt_publicacao=15/02/2012. Acesso em 07 de agosto de 2013.

⁹⁶ Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200601652364&data=17/12/2007. Acesso em 07 de agosto de 2013.

a) 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 nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004 (...)⁹⁷

Nessa ótica, a convenção internacional em questão ganhou natureza de lei ordinária depois da entrada em vigor do decreto⁹⁸, estando tal definição apta a conceituar crime organizado no ordenamento pátrio.

No que concerne ao entendimento contrário, o conceito da Convenção de Palermo não deveria ser aplicado à legislação nacional, visto que isso feriria o princípio da legalidade, pois o conceito adentrou no ordenamento interno por via de decreto e não por lei. Ademais é um conceito que não foi elaborado pelo Poder Legislativo, o real representante da vontade do povo brasileiro. Assim sendo, estar-se-ia diante de uma lacuna legislativa a ser suprida com a edição de lei em sentido formal e material.

Com este posicionamento, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal se manifestou, em 2009, pela não existência do tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se discrepante o enquadramento das ações dos réus no caso concreto no artigo 2º da Convenção de Palermo⁹⁹.

⁹⁷ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12083-recomenda-no-3>. Acesso em 07 de agosto de 2013.

⁹⁸ PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente 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. Precedentes. (STF – Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480-3/DF. Rel. Ministro Celso de Mello. Julg. 26.06.2001). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em 07 de agosto de 2013.

⁹⁹ Inicialmente, ressaltou que, sob o ângulo da organização criminosa, a inicial acusatória remeteria ao fato de o Brasil, mediante o Decreto 5.015/2004, haver ratificado a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo ("Artigo 2 Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) 'Grupo criminoso organizado' - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;"). Em seguida, aduziu que, conforme decorre da Lei 9.613/98, o crime nela previsto dependeria do enquadramento das condutas especificadas no art. 1º em um dos seus incisos e que, nos autos, a denúncia aludiria a

Evidente que a discussão supramencionada perdeu, em parte, seu objeto a partir da promulgação da Lei 12.850 de 2013, a qual será tratada no capítulo seguinte, porém a modalidade de crime organizado trazida pela Convenção ainda tem relevo do ponto de vista hermenêutico e para solução dos casos pretéritos, bem como reflete a preocupação da sociedade internacional em relação à uniformização de tratamento da criminalidade organizada transnacional.

3.2.5. A Lei 12.694 de 2012

Num contexto de ameaças e homicídios que vitimaram juízes em todo o país¹⁰⁰, em decorrência da vingança dos réus, a Lei 12.694 de 2012, fruto do anteprojeto de lei elaborado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil, a AJUFE, foi promulgada, visando conferir mais mecanismos de segurança aos magistrados atuantes em processos criminais.

Em linhas gerais, a nova lei trata sobre temas diversos: possibilidade de julgamento colegiado em primeiro grau para os delitos praticados por organizações criminosas; definição de organização criminosa; alienação antecipada de bens objeto de medidas assecuratórias em ação penal; possibilidade de confisco de bens

delito cometido por organização criminosa (VII). Disse que o parquet, a partir da perspectiva de haver a definição desse crime mediante o acatamento à citada Convenção das Nações Unidas, afirmara estar compreendida a espécie na autorização normativa. Tendo isso em conta, entendeu que tal assertiva mostrar-se-ia discrepante da premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF, art. 5º, XXXIX). Asseverou que, ademais, a melhor doutrina defenderia que a ordem jurídica brasileira ainda não contempla previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa. Realçou que, no rol taxativo do art. 1º da Lei 9.613/98, não consta sequer menção ao delito de quadrilha, muito menos ao de estelionato — também narrados na exordial. Assim, arrematou que se estaria potencializando a referida Convenção para se pretender a persecução penal no tocante à lavagem ou ocultação de bens sem se ter o delito antecedente passível de vir a ser empolgado para esse fim, o qual necessitaria da edição de lei em sentido formal e material. Estendeu, por fim, a ordem aos co-réus. (STF – 1ª Turma. Habeas Corpus 96007/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio. Julg. 12.06.2012). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3390584>. Acesso em 19 de agosto de 2013.

¹⁰⁰ “Dados dos Tribunais enviados ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em novembro de 2011, apontavam a existência de 150 magistrados ameaçados em todo país. Desses, 61 encontravam-se escoltados”. In: Agência CNJ de Notícias – “**TJMG regulamenta formação de colegiado para julgar crime organizado**”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22576-tjmg-regulamenta-criacao-de-colegiados-para-julgar-crime-organizado>. Acesso em 06 de agosto de 2013. “A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), porém, estima que esse número possa ser o dobro”. In: Gazeta do Povo online de 24 de agosto de 2012 - “**Lei que protege juiz sofre críticas**”. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/conteudo.phtml?id=1289478>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

ou valores que são produto ou proveito do crime; implementação de sistemas de segurança nos prédios do poder judiciário e; possibilidade de uso de placas especiais em veículos utilizados por membros do poder judiciário e do Ministério Público, bem como porte de arma de fogo e proteção pessoal prestada pela polícia aos juízes, promotores e suas famílias.

Para fins deste estudo, cumpre analisar os primeiros dois aspectos supramencionados.

O julgamento colegiado em primeiro grau seria um mecanismo de proteção ao juiz natural da causa que, entendendo que possa vir a sofrer ameaças ou riscos à sua integridade física, tem a possibilidade de convocar, mediante decisão fundamentada, a qualquer tempo da ação penal, a instauração de um colegiado para a prática de atos processuais, desde que se trate de feito envolvendo crimes praticados por organizações criminosas.

O colegiado seria formado pelo juiz natural e outros dois magistrados, escolhidos por sorteio eletrônico¹⁰¹ dentre aqueles que possuem competência criminal também em primeiro grau de jurisdição. Importante frisar que o colegiado, quando instaurado, terá competência exclusiva para os atos para o qual foi convocado, como a decisão sobre uma interceptação telefônica durante o inquérito policial, a prolação da sentença no bojo da ação penal ou a deliberação sobre o regime prisional já na execução.

Apesar da iniciativa, o mecanismo é, para alguns juristas¹⁰², inconstitucional em dois pontos: primeiro, porque a decisão do colegiado viola os princípios da publicidade¹⁰³ e da ampla defesa¹⁰⁴ ao não fazer referência a voto divergente, e

¹⁰¹ A primeira regulamentação quanto à formação do colegiado mediante sorteio eletrônico foi desenvolvida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Para mais informações ver a Resolução nº 706/2012 do órgão especial do TJMG. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re07062012.PDF>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

¹⁰² Nesse sentido: NICOLITT, André. **Julgamento colegiado em primeiro grau (Lei 12.694/2012) e as dimensões do princípio do juiz natural**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 20, nº 240, novembro/2012, p. 10-11. NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Nova Lei 12.694/2012 e o julgamento colegiado de organizações criminosas: há vantagens nisso?** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 20, nº 240, novembro/2012, p. 15-16.

¹⁰³ Art. 93, CF/88. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – 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.

¹⁰⁴ Art. 5º, CF/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

segundo porque a formação do colegiado fere os princípios do juiz natural¹⁰⁵ e da identidade física do juiz¹⁰⁶, tendo em vista que a escolha pós-fato dos juízes que vão julgar o caso acaba por criar um tribunal de exceção e os dois juízes sorteados não participariam da fase instrutória e não poderiam, assim, formar impressões próprias sobre a questão a ser julgada.

Em outro sentido, Márcio André Lopes Cavalcante¹⁰⁷, afirma:

A despeito dessas respeitáveis manifestações, reputo que não há qualquer inconstitucionalidade na previsão do julgamento colegiado em primeiro grau, na forma trazida pela Lei nº 12.694/2012. O fato da decisão colegiada não fazer referência ao voto divergente não viola a garantia da ampla defesa, o princípio da publicidade ou qualquer outro dispositivo constitucional. A decisão do colegiado deverá sempre ser fundamentada, de modo que o investigado/acusado que for prejudicado saberá exatamente os argumentos utilizados para chegar àquela conclusão. Tendo conhecimento disso, poderá perfeitamente impugnar a decisão nas instâncias superiores, apontando os eventuais erros da sentença. (...) Inexiste também violação ao princípio da publicidade, tendo em vista que a decisão do colegiado será regularmente publicada.

O autor¹⁰⁸ prossegue:

Não há violação ao princípio do juiz natural, considerando que é ele quem convoca o colegiado, dele fazendo parte. Ressalta-se, ainda, que a composição do colegiado é feita mediante sorteio eletrônico (critério impessoal) que envolve apenas os magistrados com competência criminal, não havendo designações causuísticas dos julgadores.

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁰⁵ Art. 5º, CF/88 (...) XXXVII – Não haverá juízo ou tribunal de exceção. (...) LIII – Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

¹⁰⁶ Art. 132, CPC. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

¹⁰⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei nº 12.694/2012 (julgamento colegiado em crimes praticados por organizações criminosas)**. Dizer o Direito, p. 7. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2012/08/comentarios-lei-126942012-julgamento.html>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

¹⁰⁸ Ibid. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2012/08/comentarios-lei-126942012-julgamento.html>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

É válido salientar que a medida não se assemelha ao instituto do “juiz sem rosto” aplicado na Itália em 1990, na Colômbia em 1991 e no Peru em 1992, apenas para citar alguns exemplos, em que os magistrados incumbidos de prolatar a sentença não a assinavam, nem realizavam audiências pessoais.

No julgamento colegiado em primeiro grau previsto no Brasil, todos os juízes que compõem o colegiado serão identificados e, conseqüentemente, não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade ou vício.

Em situação bastante similar ocorrida no Estado de Alagoas, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4414¹⁰⁹ proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), visando questionar a constitucionalidade da Lei estadual 6.806/2007¹¹⁰, que criou a 17ª Vara Criminal da Capital, composta por cinco Juízes de Direito e cuja competência é exclusiva para processar e julgar, por meio da “titularidade coletiva”, delitos praticados por organizações criminosas naquele Estado.

Dessa forma, conclui-se que eventual discussão judiciária sobre a constitucionalidade da nova sistemática implantada no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 12.694/2012 também adotará o entendimento exposto na ADI 4414/AL.

Outra questão a ser abordada é a definição trazida pela Lei 12.694/2012 sobre o que seria organização criminosa. É forçoso ressaltar que, para os doutrinadores que não aceitavam o conceito da Convenção de Palermo, tal definição foi o primeiro conceito legal brasileiro de organização criminosa.

O artigo 2º da Lei 12.694 de 2012 assim dispõe:

¹⁰⁹ “DIREITO PROCESSUAL PENAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRIAÇÃO, POR LEI ESTADUAL, DE VARAS ESPECIALIZADAS EM DELITOS PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. (...) CRIAÇÃO DE ÓRGÃO COLEGIADO EM PRIMEIRO GRAU POR MEIO DE LEI ESTADUAL. APLICABILIDADE DO ART. 24, XI, DA CARTA MAGNA, QUE PREVÊ A COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR SOBRE PROCEDIMENTOS EM MATÉRIA PROCESSUAL. COLEGIALIDADE COMO FATOR DE REFORÇO DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL. OMISSÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA ESTADUAL PARA SUPRIR A LACUNA (ART. 24, § 3º, CRFB). CONSTITUCIONALIDADE DE TODOS OS DISPOSITIVOS QUE FAZEM REFERÊNCIA À VARA ESPECIALIZADA COMO ÓRGÃO COLEGIADO. (...)”. (STF – Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4414/AL. Rel. Ministro LUIZ FUX. Jul. 17.06.2013). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4414&processo=4414>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

¹¹⁰ Para uma leitura completa: <http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/leis/leis-ordinarias/2007/lei-ordinaria-6806>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a 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.

Verifica-se que se trata de um conceito fechado de organização criminosa que, de forma bastante progressista, não exigiu que a finalidade fosse meramente financeira, permitindo que a vantagem perquirida seja de qualquer natureza.

Características previamente abordadas como a pluralidade de agentes, a estabilidade ou permanência, a organização e a divisão de tarefas são observadas. Inclusive, constata-se que a maior complexidade e gravidade da organização criminosa em relação ao crime de quadrilha ou bando são demonstradas pela restrição à prática de crimes abstratamente mais graves ou de caráter transnacional.

Todavia, acredita-se que o legislador falhou em dois aspectos. Primeiro, ao incluir a locução “para efeitos desta Lei”, o que, de acordo com uma interpretação restritiva, excluiria a hipótese de utilização do conceito para todo o ordenamento; e, segundo, ao limitar a atuação da organização à prática de crimes, afastou do conceito o grupo que comete a contravenção penal do “jogo do bicho” de forma reiterada e organizada, que, como foi visto, funciona, nas principais cidades do Brasil, como uma organização criminosa tradicional ou em rede.

3.2.6. A Lei 12.720 de 2012

A Lei 12.720 de 2012 não trata do crime organizado, mas aborda tema muito similar: o das milícias privadas. Além de criar o artigo 288-A do Código Penal brasileiro, a referida lei inseriu novas causas de aumento de pena aos crimes de homicídio (artigo 121, §6º)¹¹¹ e lesão corporal (artigo 129, §7º)¹¹².

¹¹¹ Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. (...)

§ 6º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio.

¹¹² Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano.

O artigo 288-A do Código Penal assim dispõe:

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código:
Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

A lei em questão foi criada por dois motivos principais: atender a Resolução nº 44/162 de 1989 da Organização das Nações Unidas¹¹³ e coibir a expansão das atividades das milícias, constatada pela CPI instalada em 2008, para debater o tema, na assembleia legislativa do Estado do Rio de Janeiro¹¹⁴.

A necessidade de tipificação foi demonstrada pelo estudo¹¹⁵ realizado no Laboratório de Análises sobre a Violência, na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), entre os anos de 2008 e 2011, o qual detectou a alteração do *modus operandi* desses grupos, uma vez que passaram a agir de forma mais discreta, a fim de preservar seus negócios lucrativos e, por meio da eleição a cargos políticos de diversos milicianos, passaram a ter maior controle e influência em determinadas regiões daquele Estado.

Da mesma forma como ocorreu com a organização criminosa, houve bastante dificuldade em tipificar o delito de constituição de milícia privada, só que, diferentemente do primeiro, este último ainda não possui definição no ordenamento nacional.

Assim, a doutrina critica o artigo 288-A, porque este ofenderia o princípio da taxatividade. Ademais, restringiu a conduta delituosa à prática de crimes que

§ 7º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se ocorrer qualquer das hipóteses dos §§ 4º e 6º do art. 121 deste Código

¹¹³ GRECO, Rogério. **Comentários sobre o crime de constituição de milícia privada. Art. 288-A do Código Penal**. Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2179>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

¹¹⁴ Sobre as conclusões da CPI das milícias ver o Relatório Final redigido pelo deputado Marcelo Freixo: <http://www.marcelofreixo.com.br/site/upload/relatoriofinalportugues.pdf>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

¹¹⁵ Para mais informações: “No Sapatinho – Evolução das milícias no Rio de Janeiro (2008 – 2011)”. Disponível em: http://www.br.boell.org/downloads/no_sapatinho_lav_hbs%281%29.pdf. Acesso em 06 de agosto de 2013.

estejam previstos tão somente no Código Penal, além de estipular pena desarrazoada (reclusão de 4 a 8 anos)¹¹⁶.

¹¹⁶ EDITORIAL. *Lei 12.720/2012 – mais do mesmo na produção de leis penais*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 20, nº 240, novembro/2012, p. 1.

4. A LEI 12.850 DE 2013: TIPIFICAÇÃO E MECANISMOS PROCESSUAIS

“Nós devemos assegurar que para qualquer aumento na capacidade e na habilidade dos perpetradores do crime também haja aumento similares na capacidade e na habilidade das autoridades de aplicação da lei e da justiça criminal. Juntando nossos conhecimentos e desenvolvendo contramedidas adequadas, o sucesso na prevenção do crime e na redução de vítimas pode ser maximizado” – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS¹¹⁷.

4.1. Definição de Organização Criminosa e Infrações Penais Correlatas

Oriunda do Projeto de Lei do Senado nº 150 de 2006 e do projeto subsequente da Câmara dos Deputados de nº 6578 de 2009, a Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, é bastante inovadora em diversos sentidos: além de trazer nova definição de organização criminosa com a sua respectiva tipificação, regula mecanismos processuais mais adequados ao combate da criminalidade organizada, compatibilizando o ordenamento jurídico pátrio ao compromisso assumido pelo Brasil com a ratificação da Convenção de Palermo.

O Projeto de Lei nº 150/2006 foi apresentado pela senadora Serys Slhessarenco em 23 de maio de 2006, tramitando no Senado Federal até 18 de dezembro de 2009, tendo sido aprovado pelo plenário, após a discussão da matéria em audiência pública. Na Câmara de Deputados, o projeto passou a ter a numeração 6578 e foi distribuído às Comissões de Finanças e Tributação, de Constituição, Justiça e Cidadania e de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado.

Aprovada sua redação final em dezembro de 2012, o projeto passou a integrar a pauta prioritária de segurança pública do governo da Presidente Dilma Rousseff no ano de 2013, tendo sido transformado em lei ordinária no início de agosto do mesmo ano.

¹¹⁷ Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009, p. 204. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf. Acesso em 16 de agosto de 2013.

De forma positiva, a nova lei do crime organizado abandonou o sistema de enumeração de características para definição de organização criminosa, estabelecendo em seu artigo 1º:

Art. 1º. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º. Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

§ 2º. Esta Lei se aplica também:

I - às 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;

II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Verifica-se que, diferentemente da Lei 12.694/2012, bem como da Convenção de Palermo, exigiu-se que, para configuração do delito, são necessárias, no mínimo, quatro pessoas. Porém, manteve-se o entendimento de que a finalidade é a obtenção de vantagem de qualquer natureza, mediante a prática dos crimes mais graves do ordenamento, isto é, aqueles cujas penas privativas de liberdade sejam superiores a quatro anos.

Nos incisos I e II do parágrafo 2º, elencaram-se figuras equiparadas: as organizações criminosas transnacionais e as organizações criminosas terroristas, respectivamente. O nivelamento no que concerne ao segundo inciso sobreveio do fato de não se exigir, necessariamente, a finalidade de obtenção de lucro para configuração da organização criminosa, uma vez que o que diferenciaria o grupo terrorista do crime organizado seria a finalidade específica de tomada do poder político do primeiro¹¹⁸.

A grande novidade adveio, certamente, com o artigo 2º, que assim dispõe:

¹¹⁸ Ver item 2.2.2. Distinção entre Crime Organizado e Delitos Assemelhados.

Art. 2º. 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.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

§ 2º. As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 3º. A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

§ 4º. A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização.

§ 5º. 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 instrução processual.

§ 6º. A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

§ 7º. Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

Primeiramente, é importante ressaltar o abandono do verbo “associar-se” no *caput* do referido artigo, isso porque tal vocábulo se revelava deficitário para explicar o fenômeno da criminalidade organizada, como era previsto na Lei 9.034/95, que equiparava a organização criminosa à quadrilha ou ao bando.

Como visto, o grupo criminoso organizado não é a mera associação de pessoas para a prática de crimes reiterados, mas sim um conjunto de ações prévias de promover, constituir, financiar ou integrar essa organização¹¹⁹.

Promover exprime o conceito de “ser a causa de, gerar ou provocar”; constituir quer dizer “formar, organizar ou criar”; financiar significa “sustentar os

¹¹⁹ No projeto de lei original era previsto um quinto verbo, “cooperar”, que representaria o “atuar juntamente com os outros para um mesmo fim, auxiliar, colaborar ou contribuir com o trabalho”.

gatos, custear ou bancar” e; integrar designa a ideia de “incorporar-se ou fazer parte de um conjunto”¹²⁰.

Conforme determina o parágrafo 1º desse mesmo artigo, ainda incorre nas penas do *caput*, da mesma forma que o delito principal, o indivíduo que impede ou embaraça a investigação criminal de delitos cometidos por organização criminosa.

Impedir teria o sentido de “evitar, frustrar ou obstar”, enquanto o verbo embaraçar quer dizer “dificultar, complicar ou atrapalhar”.

Um segundo ponto relevante, tendo em vista a característica de divisão de tarefas e compartimentalização, é a inclusão da locução “por interposta pessoa”, também no *caput* do artigo 2º, permitindo-se a punição do ‘homem de trás’ da organização¹²¹. Inclusive, há o recrudescimento da reprimenda prevista no *caput* (reclusão de três a oito anos e multa) àquele que exerce a chefia ou liderança do grupo (art. 2º, §3º).

Elogiável é a inclusão de diversas causas especiais de aumento, abrangendo outras características possíveis das organizações criminosas, como a conexão com estado, de acordo com o paradigma endógeno (art. 2º, §4º, inciso II), a interação entre grupos criminosos organizados, segundo o paradigma em rede (art. 2º, §4º, inciso IV) e a transnacionalidade (art. 2º, §4º, inciso V).

Além da pena privativa de liberdade e a multa, ao funcionário público integrante da organização criminosa foi estabelecida, segundo o artigo 2º, §6º, a perda de cargo, função, emprego ou mandato eletivo, com a interdição por oito anos, após o cumprimento da pena, do exercício da função ou cargo público. Ao policial que participar do delito, é previsto a instauração de inquérito policial pela Corregedoria de Polícia e comunicação do Ministério Público para acompanhamento do caso (art. 2º, §7º).

Da análise do tipo, constata-se que se trata de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa; de perigo abstrato, uma vez que o bem jurídico é metaindividual, tutelando-se não só a paz pública, como a ordem econômica e o Estado de Direito em sentido amplo; formal, isto é, que se consuma com a realização de qualquer um dos verbos núcleo do tipo, independentemente da efetiva realização de outros delitos; comissivo; permanente; plurissubjetivo ou de concurso necessário e; doloso.

¹²⁰ BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 238.

¹²¹ LEMOS JÚNIOR, jul./dez. 2002, p. 129.

Percebe-se que o tipo não admite a participação, haja vista que o legislador, ao determinar como característica essencial da organização criminosa a divisão de tarefas, optou por punir qualquer indivíduo integrante do grupo, independentemente da relevância que o agente possui nas atividades criminosas perpetradas.

Finda a análise do capítulo I, passa-se ao estudo capítulo II, que trata dos critérios estabelecidos quanto à investigação e aos meios de prova.

4.2. Investigação e Meios de Prova

“Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada”¹²² – CONVENÇÃO DE PALERMO.

4.2.1. Considerações iniciais

Há algum tempo o legislador pátrio se deu conta de que os meios tradicionais de investigação e obtenção de provas não se mostravam satisfatórios para o combate da criminalidade organizada. O temor de vingança, a intimidação das vítimas e testemunhas que com frequência retratavam seus depoimentos em juízo, a destruição ou obstaculização de evidências, entre outras atitudes, revelaram as dificuldades de apuração desse fenômeno. Nas palavras de Elvio Fassone¹²³:

¹²² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em 19 de agosto de 2013.

¹²³ FASSONE, Elvio. La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata. In: SILVA, 2009, p. 31.

Essa cultura da supressão da prova pode ser notada nas atitudes dos criminosos contemporâneos: a arma disparada para matar alguém é destruída, para evitar comparações com outros episódios de fogo; o automóvel utilizado não é apenas roubado, mas incendiado, para não deixar vestígios; o assassino, proveniente de muito longe, é desconhecido no ambiente onde age; os suspeitos procuram álibis convincentes e agem por meio de terceiros; os telefonemas dos sequestradores não duram mais tanto tempo para não permitir a identificação de sua origem; as fontes testemunhais, quando raramente existem, vêm intimidadas ou oprimidas; no interior do grupo criminoso as informações são rigorosamente restritas, para evitar os danos decorrentes de um possível dissociado no futuro.

Sendo assim, a tendência das legislações mais modernas¹²⁴ é a adoção de novas técnicas investigativas que, por um lado, restringem certos direitos fundamentais dos investigados, mas que, em contraposição, obtêm um processo penal de resultados¹²⁵. Faz-se imprescindível sublinhar que não se trata de supressão de garantias e direitos constitucionais¹²⁶, mas sim de utilização

¹²⁴ Nas palavras do Excelentíssimo Juiz Federal Sérgio Fernando Moro: “Recorrendo à experiência do Direito Comparado, é possível encontrar diversos exemplos de casos famosos nos quais os métodos especiais foram utilizados com sucesso.

Paul Castellano, o grande chefe das cinco famílias mafiosas dos Estados Unidos, foi finalmente processado com base em escuta ambiental instalada na cozinha de sua casa, que gravou suas conversas criminosas por quatro meses e meio. Foram seiscentas horas de gravação e três mil páginas de transcrições.

John Gotti, chefe da família Gambino, que havia ganho o apelido de Don “Teflon”, por ter escapado de diversas acusações, já que nenhuma “grudava” nele, foi finalmente preso e condenado após investigação de cinco anos, que envolveu escuta ambiental por sete meses. Não inteiramente satisfeita com a prova, a acusação também resolveu celebrar acordo de delação premiada com o braço direito do criminoso, Sammy Bull Gravano. Embora tal pessoa fosse responsável por vários homicídios, o objetivo principal da acusação era obter provas para a condenação do mandante dos assassinatos, no caso John Gotti.

A mais impressionante operação de infiltração na Máfia durou seis anos, foi realizada por Joseph Pistone, o agente encoberto que esteve à beira de ser consagrado como membro do grupo criminoso, e inspirou o filme *Donnie Brasco*. A experiência do agente foi retratada no livro de mesmo nome, que pode servir como espécie de manual de procedimentos em operação policial de infiltração, especificamente relacionada aos vários processos nos quais acabou tendo de depor como testemunha da acusação.

Na Itália, os arrependidos da Cosa Nostra, entre eles o famoso Tomaso Busceta, propiciaram os maxiprocessos coordenados pelo promotor Giovanni Falcone, que levaram à condenação de centenas de mafiosos”. (MORO, Sérgio Fernando. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 101-102).

¹²⁵ PIMENTEL, 2006, p. 93.

¹²⁶ “(...) não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legítima, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas de prerrogativas individuais e coletivas, desde que respeitadas os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa -, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com

excepcional de métodos mais rigorosos de persecução criminal, a fim de se adequar à nova criminalidade¹²⁷, sempre em conformidade com os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Com propriedade, Sérgio Fernando Moro¹²⁸ leciona:

Por certo, há limites na utilização de tais métodos, por serem bastante agressivos à privacidade individual. Não se pretende a supressão da esfera privada, o que redundaria em Estado totalitário. Não obstante, com limites e controles, constituem o meio necessário para o desmantelamento de organizações criminosas e a colheita de informações e provas sobre crimes complexos.

O maxiprocesso penal¹²⁹, como vem sendo conhecido, é o conjunto de meios específicos de prova ou técnicas de investigação que, visando compensar as dificuldades probatórias de crimes mais complexos, se vale da adoção de soluções negociadas, medidas processuais de prevenção do crime e métodos de inteligência na fase investigatória.

Esse novo processo penal já era adotado na Lei 9.034/95, com redação dada pela Lei 10.217/2001, no entanto foi aprimorado pela Lei 12.850/2013, que, nos termos do artigo 3º, prevê oito meios de obtenção da prova especiais:

Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

- I - colaboração premiada;
- II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
- III - ação controlada;
- IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”. (STF – Tribunal Pleno. Mandado de Segurança 23.452/RJ. Rel. Ministro Celso de Mello. Julg. 16.09.1999).

¹²⁷ “48. A complexidade da atividade criminal organizada ou desenvolvida de forma empresarial, envolta em concha de segredo, gera a necessidade da utilização de métodos especiais de investigação, com a conseqüente maior afetação da esfera privada individual. É o preço a se pagar caso se pretenda efetividade da Justiça criminal em relação a esse tipo de crime”. (JUSTIÇA FEDERAL – 2ª Vara Criminal de Curitiba. Ação Criminal nº 2007.7000026565-0. Juiz Federal Sergio Fernando Moro. Julg. 25.08.2008, p. 14).

¹²⁸ MORO, 2010, p. 101.

¹²⁹ BALTAZAR, 2010, p. 239.

- V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;
- VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
- VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;
- VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Com a finalidade de abordar os aspectos diferenciadores da nova legislação, no entanto, sem construir uma análise exaustiva sobre o tema, haja vista o propósito do presente trabalho, tratar-se-ão em subitens distintos os incisos I, III, IV e VII do artigo supramencionado.

4.2.2. Da Colaboração Premiada

Previsto¹³⁰ no ordenamento jurídico brasileiro, nos artigos 4º a 7º da Lei 12.850/2013, o instituto da Colaboração Premiada é um acordo efetuado entre a autoridade policial ou o membro do Ministério Público e o investigado, a fim de que este último, em troca do perdão judicial ou da redução de sua reprimenda, além de confessar os delitos por ele cometidos, auxilie as autoridades na obtenção de provas contra os demais autores; evite que outros crimes venham a ser concretizados;

¹³⁰ A primeira previsão do instituto foi realizada pela Lei 9.807/99 (Lei que estabelece normas para organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas, testemunhas e réus colaboradores), contudo sem muita aplicabilidade prática. Assim dispõe o artigo 13: “Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente 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 coautores 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”.

A primeira tentativa de previsão do instituto em sua verdadeira amplitude, porém sem qualquer regulamentação sobre procedimento e formalização do acordo, se deu na Lei 10.409/2002, que foi revogada pela atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Nos termos do artigo 32, § 2º da referida lei: “O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça”.

possibilite a recuperação do produto ou proveito das infrações ou; permita a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada¹³¹.

Constata-se, portanto, que se trata de um instituto melhor regulado que a Delação Premiada, prevista na Lei 9.034/95, em seu artigo 6º¹³², e outras leis nacionais¹³³, a qual determinava a diminuição da pena do acusado quando este voluntariamente prestava informações às autoridades sobre as infrações penais praticadas e sua autoria, atuando como testemunha contra seus cúmplices em juízo ou apenas fonte de informação para a autoridade policial.

A Colaboração Premiada, também conhecida como colaboração processual, teve sua origem nos Estados Unidos, em que o equivalente ao promotor do direito norte-americano realiza a proposta ao colaborador para que este testemunhe em favor da acusação. Em troca, é concedida a imunidade ao colaborador, que passa a integrar um programa de proteção de testemunhas, tendo direito, se necessário, a nova identidade e nova profissão.

Tendo como base o direito comparado, o instituto da Colaboração Premiada, bem como os demais métodos investigativos mais modernos, necessita ser aplicado conforme um juízo prévio de oportunidade e conveniência, isto é, para ser utilizado requer-se uma expectativa mínima do sucesso do método investigativo na obtenção de informações ou provas relevantes para o caso concreto. Além disso, o meio empregado deve permitir o progresso investigativo dentro da hierarquia da atividade criminosa e ainda ser corroborado por provas independentes¹³⁴.

¹³¹ Art. 4º da Lei 12.850/2013. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

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.

¹³² Art. 6º. Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.

¹³³ Disciplinada pela Lei 7.492/86 (Lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional), em seu artigo 25, §2º; pela Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), em seu artigo 8º, parágrafo único; pela Lei 8.137/90 (Lei que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), em seu artigo 16, parágrafo único; pela Lei 9.269/96 (Lei que introduziu a figura da delação premiada ao crime de extorsão mediante sequestro no §4º no artigo 158 do Código Penal); pela Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), em seu artigo 41.

¹³⁴ MORO, 2010, p. 110-111.

A Lei 12.850/2013, assim, procurou limitar a atuação do magistrado no acordo, como fez a lei estadunidense, impedindo que o juiz conceda o benefício de ofício, tendo que ser indispensavelmente provocado pela autoridade policial, pelo Ministério Público ou pelo investigado. Além disso, objetivando resguardar a imparcialidade do magistrado, estabeleceu que este não poderá participar das negociações realizadas entre as partes¹³⁵, cabendo-lhe apenas a homologação¹³⁶ do compromisso firmado, após a verificação de sua regularidade, legalidade e voluntariedade.

Como determina a lei, o colaborador só iniciará seu auxílio após a homologação do acordo, sendo de discricionariedade do juiz, observando a personalidade do colaborador; a natureza, as circunstâncias, a gravidade e repercussão do fato criminoso e; a eficácia da colaboração (parágrafo 1º), ao final do processo, a decisão sobre a concessão do perdão judicial ou a redução da pena do réu em até 2/3 (dois terços). Por certo que, se o agente do *parquet* ou o delegado de polícia entender que é o caso de concessão do perdão judicial, poderá representar ao juiz, autonomamente, pela extinção da punibilidade do investigado (parágrafo 2º).

Torna-se válido ressaltar que a colaboração pode ser efetuada em qualquer momento do processo, previamente a ele, no inquérito policial ou posteriormente à prolação da sentença condenatória, oportunidade na qual a pena será reduzida até a metade ou será permitida a progressão do regime sem que o requisito objetivo tenha sido cumprido¹³⁷.

É evidente que, se o colaborador agir de maneira a prejudicar a investigação, imputando falsamente a prática de infração penal à pessoa que sabe ser inocente ou ainda revelando informações inverídicas sobre a organização, poderá incorrer no tipo penal do artigo 19 da Lei 12.850/2013 e ser sancionado a uma reprimenda de reclusão de um a quatro anos e multa.

¹³⁵ Art. 4º, §6º: O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

¹³⁶ Art. 4º, §7º: Realizado o acordo na forma do §6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

§ 8º: O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

¹³⁷ Art. 4º, §5º: 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.

O parágrafo 10¹³⁸ prevê a possibilidade de retração da proposta por ambas as partes e, nessa situação, com o fim de proteger o colaborador, porque, ao intentar cooperar com as autoridades coatoras, estaria sacrificando seu direito ao silêncio, a lei não permite que as provas autoincriminatórias sejam utilizadas em seu desfavor.

Outrossim, o prazo para oferecimento da denúncia ou até mesmo o processo poderão ser suspensos por até seis meses, prorrogáveis por igual período, para que haja tempo hábil para cumprimento das medidas da colaboração¹³⁹.

De igual forma, trazendo mais uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal¹⁴⁰ – sendo o outro, a transação penal, que é prevista na Lei 9.099/95 –, o parágrafo 4¹⁴¹, permite que o Ministério Público não ofereça a denúncia se o colaborador não for líder da organização criminosa e for o primeiro a efetivamente auxiliar nas investigações. Essa discricionariedade concedida ao Ministério Público é essencial, haja vista que a principal finalidade do instituto é a obtenção de provas para a acusação.

De forma exemplar, o artigo 5¹⁴² assegura um rol de direitos ao colaborador, entre eles figuras similares ao programa de proteção às testemunhas do direito norte-americano, sempre com o escopo de proteger a identidade do investigado colaborador em relação aos demais réus.

¹³⁸ Art. 4º, § 10º: As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

¹³⁹ Art. 4º, § 3º: O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

¹⁴⁰ O princípio da obrigatoriedade da ação penal “Significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação penal pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, P. 47-48.

¹⁴¹ Art. 4º, § 4º : Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

¹⁴² Art. 5º. São direitos do colaborador:

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;

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

Da mesma monta, o artigo 18 prevê a pena de reclusão de um a três anos e multa para aquele que revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador sem sua prévia autorização por escrito.

Os artigos 6^o¹⁴³ e 7^o¹⁴⁴ regulamentam as formalidades do termo de acordo da Colaboração Premiada e do pedido de homologação, respectivamente. Atenta-se para o fato da necessidade do sigilo de todo o procedimento até o recebimento da denúncia, justamente porque se procura evitar a retratação do colaborador, diante de eventual intimidação que possa vir a sofrer.

Em linhas gerais, aclama-se o instituto, pois, do ponto de vista prático, é o único meio para obtenção de provas que, em razão da lei do silêncio de algumas organizações, certamente não seriam coligidas de outra forma. Ademais, o instituto tem o condão de desestruturar a organização de dentro para fora, uma vez que fragmenta a solidariedade entre os membros.

4.2.3. Da Ação Controlada

O instituto da Ação Controlada, previsto no artigo 8^o da Lei 12.850/2013¹⁴⁵, é um método de investigação processual e meio de obtenção de prova em que se

¹⁴³ Art. 6^o. O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;

II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;

IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;

V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

¹⁴⁴ Art. 7^o. O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1^o. As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2^o. O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das 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.

§ 3^o. O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5^o.

¹⁴⁵ Art. 8^o. Consiste a ação controlada 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.

§ 1^o. O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

retarda a intervenção policial no que concerne aos atos ilícitos praticados por organização criminosa, a fim de monitorar suas ações, para que a abordagem seja efetuada em momento mais oportuno, auferindo, assim, um maior número de provas ou realizando a prisão de um maior número de agentes.

Tal estratégia acaba por se revelar bastante necessária em investigações de grupos criminosos organizados, uma vez que eles tendem a se estruturar de forma compartimentalizada, o que dificulta a identificação dos verdadeiros orquestradores das atividades transgressoras.

A referida medida contraria o disposto, de maneira expressa, no artigo 301 do Código de Processo Penal¹⁴⁶, o qual obriga as autoridades policiais a prender, *incontinenti*, quem for encontrado em flagrante delito. Portanto, deve ser utilizado de forma excepcional, sigilosamente e com comunicação prévia ao juiz competente, que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 8º da nova lei contra o crime organizado, irá, se for o caso, determinar limites à atuação policial e comunicar o Ministério Público.

Por ser uma prática autorizada por lei, é inquestionável que as autoridades policiais que retardarem o flagrante não cometem o crime de prevaricação previsto no artigo 319 do Código Penal¹⁴⁷, tendo em vista que os agentes públicos, nessa hipótese, não estariam atuando com dolo de satisfazer interesse ou sentimento pessoal, mas sim porque pretendem obter mais provas ou mais informações sobre a organização criminosa.

No entanto, privilegiando a lisura da operação, entende-se que, mesmo sem autorização judicial, os policiais não podem retardar a prisão indefinidamente, nem tampouco consentir com outras ações ilícitas de maiores proporções que possam vir a ocorrer durante a operação¹⁴⁸.

§ 2º. A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º. Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º. Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

¹⁴⁶ Art. 301, CPP. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

¹⁴⁷ Art. 319, CP. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

¹⁴⁸ SILVA, 2009, p. 84.

Na eventualidade de ocorrência de ação controlada que envolva transposição de fronteiras, a intervenção só poderá ser efetivada com a cooperação das autoridades dos países envolvidos, como designa o artigo 9º, da Lei 12.850/2013¹⁴⁹.

Ressalta-se que este instituto não é inovação da nova lei, mas já era previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.034/95¹⁵⁰.

4.2.4. Da Infiltração de Agentes

O instituto da Infiltração de Agentes é preceituado no artigo 10º da Lei 12.850/2013 da seguinte forma:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Cuida-se de uma técnica de investigação por meio da qual o policial, através de autorização judicial, após representação do Ministério Público ou do delegado de

¹⁴⁹ Art. 9º. Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

¹⁵⁰ Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

polícia, e omitindo sua condição de agente público, ingressa numa organização criminosa, com o escopo de conhecer melhor sua estrutura, seus integrantes, seu patrimônio e seu *modus operandi*.

A doutrina¹⁵¹ elenca três elementos essenciais da infiltração: a dissimulação, haja vista que o policial deverá fazer uso de uma falsa identidade; o engano, pois se permite que o agente estatal cometa eventuais crimes para obter a confiança dos investigados e; a interação, já que a autoridade policial estará em contato direto com os supostos criminosos.

Torna-se oportuno ressaltar, todavia, que possíveis crimes praticados pelo policial infiltrado devem guardar a devida proporcionalidade, como determina o artigo 13¹⁵², e, tendo em vista a interação direta e pessoal do agente com os prováveis autores, o que coloca em risco a vida da autoridade policial, essa é uma técnica que deve ser utilizada em *ultima ratio*, isto é, apenas se a prova não for passível de ser obtida por outro meio.

Este instituto também já era previsto na Lei 9.034/95 com a redação dada pela Lei 10.217/2001, em seu artigo 2º, inciso V¹⁵³, só que foi apenas com a lei de 2013 que o procedimento foi regulado, determinando que somente são legitimados para requerê-lo o Ministério Público e o delegado de polícia, que todo o procedimento deverá ser sigiloso, que ele poderá ser realizado pelo prazo máximo de seis meses, passível de ser prorrogado, e que, findo esse prazo, um relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente.

Por fim, sendo um procedimento de alto risco, a operação pode ser sustada a qualquer tempo, mediante requisição do Ministério Público ou do delegado de polícia e, objetivando preservar o agente infiltrado, a nova lei expõe, em seu artigo 14¹⁵⁴, os

¹⁵¹ SILVA, 2009, p. 74.

¹⁵² Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.

¹⁵³ Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

¹⁵⁴ Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

direitos que visam proteger sua identidade, permitindo que este se recuse ou faça cessar a atuação infiltrada.

4.2.5. Do Acesso a Registros, Dados Cadastrais, Documentos e Informações

Outro meio facilitador das investigações criminais foi estabelecido pelo artigo 15 da Lei 12.850/2013, que concede o poder requisitório tanto ao delegado de polícia quanto ao membro do *parquet*, uma vez que, a partir da entrada em vigor da referida lei, não há mais necessidade de autorização judicial para que o delegado de polícia e o Ministério Público tenham acesso a registros, dados, documentos e informações que contenham exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço dos investigados.

Nos últimos anos, a jurisprudência¹⁵⁵ já vinha entendendo que os dados cadastrais e registros das ligações telefônicas eram de amplo acesso aos órgãos

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

¹⁵⁵ Nesse sentido: “HABÉAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. (...) 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material probatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º (...). (STF – Segunda Turma. Habeas Corpus 91867/PA. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Julg. 24.04.2012).

repressores, contudo muitos alegavam que a primeira medida violaria o direito de privacidade dos possíveis transgressores, e na segunda, por extensão do dispositivo constitucional de inviolabilidade das comunicações telefônicas¹⁵⁶, seria imprescindível a autorização judicial para se ter acesso à bilhetagem, ou seja, ao histórico das chamadas efetuadas e recebidas por uma linha de telefonia.

Com a nova lei, pacifica-se a discussão a respeito do tema, impondo, inclusive, que as empresas de transporte e as concessionárias de telefonia fixa ou móvel garantam o acesso às autoridades, pelo prazo de cinco anos, dos bancos de dados de reservas e registro de viagens, e dos registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas, respectivamente¹⁵⁷.

Acautelando-se em caso de não fornecimento desses dados, o artigo 21 fixou a pena de reclusão de seis meses a dois anos e multa para aquele que recusar ou omitir dados, registros, documentos e informações requisitados pelo juiz, Ministério Público e delegado de polícia, no curso da investigação ou do processo, bem como para aquele que se apossar, propalar, divulgar ou fazer uso, indevidamente, dessas informações.

4.2.6. Dos demais Meios de Obtenção da Prova

O supramencionado artigo 3º da Lei 12.850/2013 estabelece outros meios de obtenção de provas que são disciplinados por leis específicas ou que ainda carecem de regulamentação.

O primeiro deles é a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, previsto no inciso II. Esse instituto já era abordado na Lei 9.034/95, em

¹⁵⁶ Art. 5º, CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

¹⁵⁷ Art. 16. As empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens.

Art. 17. As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

seu artigo 2º, inciso IV¹⁵⁸, contudo não há no ordenamento brasileiro normas regulando o procedimento, os requisitos para seu deferimento e seu prazo ou definindo quem tem a legitimidade para requerê-lo, valendo-se, por analogia, da Lei 9.296/96, que regula as interceptações telefônicas.

A captação ambiental consiste na instalação de dispositivos de gravação de sons (sinais acústicos), imagens (sinais ópticos) ou sinais emitidos por aparelhos de comunicação (sinais eletromagnéticos) em ambientes fechados ou abertos, exceto no interior de residências, devido ao direito constitucional de inviolabilidade do domicílio¹⁵⁹.

O inciso V, por sua vez, trata da interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, que não se afigura como meio de obtenção de prova exclusivo para os ilícitos cometidos por organizações criminosas, mas sim, em conformidade com o artigo 2º da Lei 9.296/96, para todos os crimes apenados com reprimendas de reclusão, desde que haja indícios razoáveis de autoria ou participação e seja impossível a obtenção da prova por outro meio disponível.

A interceptação telefônica é medida excepcional que depende de autorização judicial, tendo em vista a inviolabilidade das comunicações telefônicas, prevista pela Carta Magna, e é decretada *inaudita altera pars*, isto é, de forma sigilosa e em autos apartados, evitando assim a ciência, por parte do réu, quanto ao procedimento.

Conforme determina o parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96, estendeu-se a possibilidade de interceptação, além das comunicações telefônicas – que é a gravação da comunicação por um terceiro interceptador sem o conhecimento dos interlocutores –, aos fluxos de comunicações em sistemas de informática, o qual se vale de equipamentos que realizam processamento de dados, e telemática, aquele que combina o computador aos meios de telecomunicação¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.

¹⁵⁹ Art. 5º, CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

¹⁶⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12-13.

No inciso VI foi estabelecido o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, também já previsto na Lei 9.034/95, em seu artigo 2º, inciso III¹⁶¹, e imprescindível às investigações relativas à criminalidade organizada, em virtude da lavagem de dinheiro.

As informações financeiras e bancárias dizem respeito a dados, os quais são de acesso aos bancos devido à atividade profissional realizada de abertura e movimentação de contas correntes e aplicações financeiras. Já as informações fiscais são aquelas referentes ao relacionamento entre o indivíduo contribuinte e a administração fazendária. A quebra do sigilo dos dados bancários foi regulada pela Lei Complementar 105/2001, já a medida referente aos dados fiscais se encontra disciplinada no Código Tributário Nacional¹⁶².

Por fim, o inciso VIII refere-se à cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Sobre o tema não há legislação específica, contudo é notória a desarticulação entre os órgãos repressores do país. Nas palavras de Wálter Fanganiello Maierovitch¹⁶³, o que falta ao sistema jurídico-policial brasileiro é uma interação sinérgica, ou seja, quando os órgãos, através de cooperação, coordenadamente atuam para controlar o crime organizado.

¹⁶¹ Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

¹⁶² Art. 198, CTN: Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;
II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;
II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;
III – parcelamento ou moratória.

¹⁶³ SALVADOR, Sérgio Cássio da Silva. **A Nova Ordem Global, o Crime Organizado e a Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Santos, Santos, 2009, p. 140.

Não cabe ao presente trabalho adentrar no tema da cooperação, entretanto verifica-se que é indispensável uma melhor articulação entre os níveis federais, estaduais, distritais e municipais, bem como entre a polícia judiciária e o Ministério Público, tendo o legislador demonstrado tal preocupação ao estipular o referido inciso VIII.

Concluída a apreciação do capítulo II, dar-se-á início à análise das disposições finais da Lei 12.850/2013, expostas em seu capítulo III.

4.3. Outras Disposições

Em seu capítulo final, a Lei 12.850/2013 ainda estabelece questões importantes: determina o procedimento ordinário para os crimes nela previstos (artigo 22); permite que a investigação seja sigilosa (artigo 23); altera alguns dispositivos do Código Penal (artigos 24 e 25) e; revoga por completo a Lei 9.034/95 (artigo 26).

Nos termos do artigo 22 da referida lei:

Art. 22. Os crimes previstos nesta Lei e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), observado o disposto no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 (cento e vinte) dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.

Nesse sentido, percebe-se que tanto o crime do artigo 2º, de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa, quanto os delitos dos artigos 18, 19, 20 e 21, que são aqueles que podem ocorrer na investigação e na obtenção da prova, deverão seguir o rito ordinário regulado pelo artigo 394 e seguintes do Código de Processo Penal¹⁶⁴, mesmo sendo o tipo penal do artigo 21 – recusar ou

¹⁶⁴ Art. 394, CPP. O procedimento será comum ou especial. § 1º. O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo: I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade.

omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitados pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso da investigação ou do processo – de menor potencial ofensivo¹⁶⁵, pelos ditames da Lei 9.099/95.

Isso porque, apesar da reprimenda máxima cominada em abstrato ser menor ou igual a dois anos, o delito em questão está relacionado ao crime organizado, seu combate e sua repressão, o que permite concluir que, sendo o objetivo do legislador adotar mecanismos mais eficazes ao combate da criminalidade organizada, não poderia ser aplicado ao autor os benefícios da composição de danos ou da transação penal, salvo a suspensão condicional do processo.

Ademais, diante do critério temporal e do princípio da especialidade, aplica-se a Lei 12.850/2013 em detrimento da Lei 9.099/95, já que a primeira é posterior à segunda e porque esta última não contém elementos especializantes que a nova lei do crime organizado possui.

O mesmo artigo, em seu parágrafo único, aumenta o prazo máximo de duração da instrução criminal em relação ao disposto na Lei 9.034/95, que estipulava em seu artigo 8º¹⁶⁶ 120 (cento e vinte) dias para o réu solto e 81 (oitenta e um) dias para o réu preso. Com a nova lei, o prazo comum passou a ser de 120 (cento e vinte) dias, que poderão ser prorrogáveis por igual período, desde que a decisão seja fundamentada com base na complexidade da causa ou por fato procrastinatório do acusado.

O artigo 23, por sua vez, assim dispõe:

Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, 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.

Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

¹⁶⁵ Art. 61, Lei 9.099/95. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

¹⁶⁶ Art. 8º, Lei 9.034/95. O prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto.

O sigilo durante a investigação é uma técnica utilizada de forma geral, já que prevista pelo artigo 20 do Código de Processo Penal¹⁶⁷. Nas palavras de Aury Lopes Júnior¹⁶⁸, “o segredo interno serviria, assim, para equilibrar as forças entre o Estado e o delinquente”.

O sigilo se afigura indispensável para os métodos investigativos previstos para o combate ao crime organizado, haja vista que, muito provavelmente, se ciente da interceptação telefônica, da infiltração do agente ou da captação ambiental, por exemplo, o réu se conteria e não faria os ilícitos que normalmente praticaria em circunstâncias cotidianas.

Se esse for o entendimento da autoridade judicial competente – e como o inquérito policial é um procedimento meramente administrativo que possui a estrita finalidade de formar a *opinio delicti* do Ministério Público e no qual não há o contraditório e a ampla defesa –, o acesso aos autos por parte do advogado do réu pode ser limitado, pois em determinados casos somente assim é possível a elucidação dos fatos¹⁶⁹.

A nova lei, evidentemente, assegura ao defensor do investigado a vista dos autos classificados como sigilosos previamente a eventual depoimento do réu, bem como permite ao advogado, se assim entender necessário, que pleiteie ao magistrado competente o acesso aos autos da investigação em qualquer outro momento do procedimento.

No que concerne às alterações ao Código Penal, a Lei 12.850/2013, em seu artigo 24, modificou o *nomen iuris* do delito de quadrilha ou bando, que passou, a partir de meados de setembro de 2013, a ser denominado “associação criminosa”, remodelação esta que visa diferenciar melhor o crime do referido *Codex* e o delito de “organização criminosa” da lei extravagante.

Outrossim, o ilícito do artigo 288 estará consumado com a associação de pelo menos três pessoas e não mais com o mínimo de quatro indivíduos, como era exigido até então. Como causa especial de aumento, além da associação armada,

¹⁶⁷ Art. 20, CPP. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

¹⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito de defesa e acesso do advogado aos autos de inquérito policial: desconstruindo o discurso autoritário**. In: BONATO, Gilson (org.) *Processo Penal: Leituras Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 59.

¹⁶⁹ PIMENTEL, 2006, p. 95.

aquela que contar com a participação de criança ou adolescente também terá sua reprimenda recrudescida até a metade.

Já o artigo 324 do Código Penal¹⁷⁰ que tipifica o crime de “falso testemunho ou falsa perícia”, terá, pelo artigo 25, sua pena aumentada de um a três anos de reclusão e multa, para dois a quatro anos de reclusão e multa.

Tal alteração visa punir mais rigorosamente aqueles que prejudicam as investigações, principalmente quanto ao crime organizado, que, como já citado, tem como aspecto inerente a “cultura de supressão de provas”¹⁷¹. Todavia, acredita-se que esse aumento da pena revela-se como uma solução equivocada, compatível com o discurso falacioso da mídia de que para acabar com um referido crime sua pena deve ser majorada.

É importante frisar que o direito penal não é o único meio de controle social e que ocultar os problemas sociais no interior dos presídios não se afigura como a melhor resposta, sendo dever do Estado implantar políticas públicas e incentivar políticas privadas de educação, emprego e conscientização social, para criar um estado mais seguro e de proteção dos direitos fundamentais.

Todavia, apesar do artigo 25 da Lei 12.850/2013, verifica-se que, partindo de uma visão geral do novel diploma legal, agora se podem esperar resultados mais significativos no combate à nova criminalidade, uma vez que está superada a discussão sobre a conceituação da organização criminosa e a falta de tipificação legal no ordenamento jurídico brasileiro, bem como novas ferramentas processuais foram postas à disposição dos órgãos repressores, que deverão agir com cautela e em observância ao princípio da proporcionalidade¹⁷².

¹⁷⁰ Art. 342, CP. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

¹⁷¹ FASSONE, Elvio. La valutazione della prova nei processi di criminalità organizzata. In: SILVA, 2009, p. 31.

¹⁷² “O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7. ed.. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 158.

5. CONCLUSÃO

A criminalidade organizada é um fenômeno antigo, porém foi por meio da globalização e da liberalização dos mercados que ela passou do âmbito regional ao mundial, ganhando força, proeminência e capacidade de influência direta nos governos e sociedades do mundo todo.

O crime organizado aparece, na atualidade, como um desafio ao poder estatal, pois muitas das vezes se infiltra no próprio Estado através da corrupção e, a partir dessa posição privilegiada, acaba por distorcer os interesses do bem comum inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Muito mais do que um conjunto de condutas que perturbam a paz e a ordem social, realizadas por pessoas comuns em gravidades variáveis, a criminalidade organizada se afigura como um empreendimento perene, com danos inimagináveis, porém de pouca visibilidade.

Diferentemente dos crimes de associação, em que se pune muito mais como uma forma de prevenção ao cometimento de delitos de maior potencial ofensivo, o integrante de uma organização criminosa é punido não só por pertencer a um grupo cuja finalidade é a prática de diversos delitos, mas por tornar a organização seu meio de vida.

É por isso que a preocupação do legislador, não só quanto à tipificação, mas também no que concerne à persecução de acordo com os preceitos do devido processo legal, é antiga. A história brasileira reflete toda uma evolução normativa que culminou na Lei 12.850/2013, que, apesar de criticável em alguns pontos, se revela-se como um importante passo no combate a esse novo modelo de criminalidade, uma vez que a fragilidade dos ordenamentos é um dos principais fomentadores do crime organizado.

A própria lei em tela revelou como não é impossível a tipificação de um fenômeno multifacetado como o crime organizado e, mesmo ainda não englobando todas as suas possibilidades, pelo menos proporciona um norte de atuação aos magistrados, que agora não precisam mais se valer de um tipo conceitualmente insuficiente, como o de quadrilha ou bando, para não deixar de punir condutas repudiadas pela sociedade.

Verificou-se ainda que, diferentemente da criminalidade tradicional, para um efetivo combate à criminalidade organizada os métodos usuais de investigação e obtenção de prova são insatisfatórios. Dessa forma, a Lei 12.850/2013, de forma bastante elogiável, procurou fornecer elementos imprescindíveis aos aplicadores do direito para que se obtenha um direito penal de resultados.

Outrossim, o contexto contemporâneo globalizado demonstrou que o Brasil não é mais apenas um país de passagem para as organizações criminosas. Muitas delas são produtos nacionais, como o PCC e o Comando Vermelho, e tendem, cada vez mais, a estreitarem suas relações, formando um verdadeiro modelo em rede, tendo em vista o escopo de maximização dos lucros que movem tais grupos.

Essas conexões são comumente transnacionais, como foi o caso da organização criminosa estruturada por Luis Fernando da Costa, vulgarmente conhecido como Fernandinho Beira-Mar, que, entre outros crimes, tinha como principal atividade o narcotráfico internacional.

Nessa conjuntura, constata-se que, além da referida precariedade de certos ordenamentos jurídicos, o crime organizado se prolifera quando os Estados deixam de cooperar entre si.

Assim sendo, poder-se-ia quicá concluir que a solução para o combate ao crime organizado estaria na compatibilização entre uma atuação internacional de cooperação mais efetiva e a sincronização dos órgãos repressores internos, com base em uma legislação que atenda aos princípios da legalidade, do devido processo legal e da proporcionalidade.

É importante ressaltar, por fim, que este último é ainda mais fundamental, pois, além de configurar a base de uma política efetiva de segurança pública, isto é, auxiliando na concretização de um dos principais objetivos do Estado, é, sem dúvida, o ponto de partida para o primeiro.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Carlos. **CV PCC - A Irmandade do Crime**. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7. ed.. São Paulo: Malheiros, 2007.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BBC BRASIL. **STF começa a julgar o mensalão. Entenda o caso**. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/08/120731_mensalao_entenda_jf.shtml. Acesso em 03 de agosto de 2013.

BICUDO, Hélio Pereira. **Meu Depoimento sobre o Esquadrão da Morte**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONATO, Gilson (org.) **Processo Penal: Leituras Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projetos de Lei**. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em 07 de agosto de 2013.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Notícias e Recomendações**. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em 07 de agosto de 2013.

BRASIL, Portal do Planalto. **Legislações**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 19 de agosto de 2013.

BRASIL, Senado Federal. **Projetos de Lei**. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 07 de agosto de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em 03 de agosto de 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 07 de agosto de 2013.

BUKY, Pamela H. **White Collar Practice. Cases and Materials**. 3ª ed. St. Paul, Minnesota: Thomson West, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei nº 12.694/2012 (julgamento colegiado em crimes praticados por organizações criminosas)**. Dizer o Direito, p. 7. Disponível em:

<http://www.dizerodireito.com.br/2012/08/comentarios-lei-126942012-julgamento.html>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

CALDEIRA, Cesar. **Presídio sem facções criminosas no Rio de Janeiro**. Revista de Estudos Criminais. n. 23, jul./dez., de 2006, p. 107-125.

CERVINI, Raúl. **Mesa Redonda sobre Crime Organizado**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 8, out.-dez./1994.

CESONI, Maria Luisa (org.). **Criminalité Organisée: des représentations sociales aux définitions juridiques**. Genève: Georg Editeur, M&H Département livre, 2004.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Crime Organizado**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 42, jan./mar., de 1994.

CPI DAS MILÍCIAS. **Relatório Final**. Disponível em: <http://www.marcelofreixo.com.br/site/upload/relatoriofinalportugues.pdf>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Extradição no Brasil: casos de criminosos internacionais e a precipitada deportação dos atletas cubanos em 2007**. In: Pensar – Revista de Ciências Jurídicas, v. 13, n. 1, Fortaleza, jan/jun. 2008. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/804/1699>. Acesso em 20 de agosto de 2013.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. **Globalização e a Nova Criminalidade**. In: Revista Territórios e Fronteiras, v. 2, n.1. Programa de Pós-Graduação da UFMT. Jan./jun. 2009, p. 81-95.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2007.

EDITORIAL. **Lei 12.720/2012 – mais do mesmo na produção de leis penais**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 20, nº 240, novembro/2012.

FALCONE, Giovanni. PADOVANI, Marcelle. **Cosa Nostra. O juiz e os “Homens de Honra”**. Tradução Maria D. Alexandre. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil S.A., 1993.

FAVARO, Luciano Monti. **Globalização e Transnacionalidade do Crime**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI), Brasília, 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/08_788.pdf. Acesso em 07 de agosto de 2013.

FAYET, Paulo. **Da Criminalidade Organizada**. Porto Alegre: Núbia Fabris Editora, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O Conceito de Crime Organizado na Lei 9.034**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, nº 31, jul. de 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **A Criminalidade Organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 43, abr./jun. 2003.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Estatuto do PCC**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u22521.shtml>. Acesso em 03 de agosto de 2013.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Entenda a Máfia da Propina**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1803200017.htm>. Acesso em 03 de agosto de 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Especial**. 6ª Ed., rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui (coordenadores). **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GABINETE CIVIL DO ESTADO DE ALAGOAS. **Lei nº 6806/2007**. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/leis/leis-ordinarias/2007/lei-ordinaria-6806>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

GAZETA DO POVO ONLINE. **Lei que protege juiz sofre críticas**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/conteudo.phtml?id=1289478>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti. **Crime Organizado e seu Tratamento Jurídico Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GOMES, Abel Fernandes. **Crime Organizado e suas conexões com o poder público**. In: GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo e; DOUGLAS, Willian. Crime Organizado. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

GRECO, Rogério. **Comentários sobre o crime de constituição de milícia privada. Art. 288-A do Código Penal**. Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2179>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 1996.

KAWAMOTO, Silva Reiko. **Breves Apontamentos sobre o crime organizado e a proteção à testemunha na Itália e nos Estados Unidos**. In: Revista de Justiça Penal, nº 07 (coordenação Jacques de Camargo Penteado). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **18 USC Chapter 96 – Racketeer Influence and Corrupt Organizations.** Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-96>. Acesso em 04 de novembro de 2013.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. **A Responsabilidade Criminal do “Homem de Trás” das organizações criminosas.** In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 3, nº 02, jul./dez. 2002.

LEMOS JUNIOR, Arthur Pinto de. **Crime Organizado e o problema da definição jurídica de organização criminosa.** In: Revista dos Tribunais, vol. 901, ano 99 – novembro/2010.

LIMA, Samuel Pantoja. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro: Uma aplicação das teorias dos jogos e de redes neurais para reconhecimento e descrição de padrões.** Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais.** 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MACHADO, Anderson Fonseca. **Criminalidade organizada transnacional e a globalização.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, 2006.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais.** 3ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o Crime Organizado.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998.

MONTEIRO, Marcelo Valdir. **Crime Organizado e Criminologia.** In: Criminologia e os Problemas da Atualidade. (Alvino Augusto de Sá e Sérgio Salomão Shecaira – organizadores). São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 216 – 232.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NICOLITT, André. **Julgamento colegiado em primeiro grau (Lei 12.694/2012) e as dimensões do princípio do juiz natural.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 20, nº 240, novembro/2012.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Nova Lei 12.694/2012 e o julgamento colegiado de organizações criminosas: há vantagens nisso?** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 20, nº 240, novembro/2012.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal.** 8 ed.. São Paulo: Saraiva, 1976.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Daniel Simões. **A Atuação das FARC na Região Cocaleira Colombiana**. In: Revista de Estudos Estratégicos da UNICAMP, nº 03, São Paulo, jan./jun. de 2008. Disponível em: <http://www.unicamp.br/nee/epremissas/pdfs/3/asfarc.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf. Acesso em 16 de agosto de 2013.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JR., Paulo José da. **Criminalidade Organizada**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

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

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **Processo Penal Garantista e Repressão ao Crime Organizado: a legitimidade constitucional dos novos meios operacionais de investigação e prova diante do princípio da proporcionalidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização Criminosa: Nova perspectiva do tipo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

POLIMENO, Celso Domingos. **Organização Criminosa: Controvérsias de Interpretação e aplicabilidade na execução penal**. Revista da ESMESC, v. 18, n. 24, 2011.

PORTELA, Fábio. **PCC: Primeiro Comando da Cocaína**. São Paulo: Revista Veja, v. 40, n. 1990, 10.01.2007.

RIBEIRO, Bruno de Moraes (Coord.). **Direito Penal na Atualidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

RODRIGUES, J. N. Cunha. **Os Senhores do Crime**. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, n. 9, Coimbra, jan./mar. 1999.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALES, Scheila Jorge Selim de. **Do sujeito ativo na parte especial do código penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SALVADOR, Sérgio Cássio da Silva. **A Nova Ordem Global, o Crime Organizado e a Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Santos, Santos, 2009.

SCHNEIDER, Hans Joachim. **Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada**. In: Revista de Derecho Penal y Criminología n. 3. Madrid, 1993.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime Organizado: Procedimento probatório**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Luís Antonio Machado da. **Criminalidade Violenta: por uma nova perspectiva de análise**. In: Revista de Sociologia e Política, nº 13. Curitiba, nov./1999, p. 115-124.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Resolução nº 706/2012**. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re07062012.PDF>. Acesso em 06 de agosto de 2013.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO. **No Sapatinho – Evolução das milícias no Rio de Janeiro (2008 – 2011)**. Disponível em: http://www.br.boell.org/downloads/no_sapatinho_lav_hbs%281%29.pdf. Acesso em 06 de agosto de 2013.

VEJA ONLINE. **Corruptor de Policiais**. Edição 1861 de 07 de julho de 2004. Disponível em: http://veja.abril.com.br/070704/p_092.html. Acesso em: 03 de agosto de 2013.

XAVIER, Antonio Roberto. **Do Crime Comum ao Crime Organizado: criminalidade e as políticas de segurança**. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Políticas Públicas) – Universidade Estadual do Ceará, Ceará, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **“Crime Organizado”: Uma categoria Frustrada**. Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 1, 1º Semestre de 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4º Ed. 2002.

ZALUAR, Alba. **Democratização inacabada: fracasso da segurança pública**. São Paulo: Revista USP Estudos Avançados. Dossiê Crime Organizado. V. 21, n. 61, set.-dez./2007.

ZIEGLER, Jean. **Os Senhores do Crime: as novas máfias contra a democracia**. Tradução de Manuela Torres. Lisboa: Terramar, 1999.