

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

JOANA PEREIRA NUNES MICHELI

**A LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI Nº 12.850/13) : BREVE ANÁLISE SOBRE
SUA APLICABILIDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Rio de Janeiro

2014

JOANA PEREIRA NUNES MICHELI

**A LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS (LEI Nº 12.850/13) : BREVE ANÁLISE SOBRE
SUA APLICABILIDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Thiago Bottino do Amaral
Professora Coorientadora: Simone Schreiber

Rio de Janeiro

2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço à UNIRIO, incluindo seu corpo docente, por terem me permitido e impulsionado a níveis acadêmicos e profissionais mais altos.

Ao meu orientador, bem como à minha coorientadora, a quem tenho especial admiração, por acreditarem no meu trabalho.

Aos meus pais, avós e irmãos pela dedicação e força nas horas mais difíceis.

Aos amigos que jamais me abandonaram, e aos colegas de trabalho, com que tenho a alegria de compartilhar o amor pela Ciência Criminal

E a todos que, diretamente ou indiretamente, participaram desta jornada acadêmica que aqui não se encerra, mas considero-a como apenas o primeiro passo, um combustível que me alavanca a participar eterna e incessante busca humana pelo conhecimento.

RESUMO

O crime organizado é um dos principais inimigos da sociedade e do Estado Democrático de Direito, em razão de suas características peculiares e complexas, devido à sua extensão, o poder que as atividades atingem, bem como o grau de influência que possuem em todas as classes sociais e dentro do próprio Estado.

A sociedade, em âmbito mundial, tem uma grande preocupação com a existência de grupos criminosos organizados, pela prática de crimes de alto potencial ofensivo, que causam lesões a bens juridicamente fundamentais, como a vida, a liberdade, a ordem econômico-financeira, a paz pública, a probidade administrativa, a liberdade sexual, o meio ambiente, e a saúde pública.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada na Assembleia geral da ONU em Nova York, em 15 de novembro de 2000, da qual o Brasil é membro signatário, trouxe para dentro do nosso ordenamento jurídico parâmetros para a efetiva prevenção e o combate ao crime organizado, através da promulgação no Decreto no. 5.015/2004, que consiste em promover a *“cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”*.

Neste sentido, vemos na mudança legislativa as possíveis consequências legais e sociais da aplicação deste novo conceito, bem como dos instrumentos utilizados no processo de identificação, investigação, e punição dos membros das organizações criminosas no processo penal no Brasil, bem como os debates acerca da constitucionalidade e possíveis supressões de direitos fundamentais na utilização dos “novos” instrumentos de investigação.

Faz-se uma análise sobre os aspectos que diferenciam Concurso de Pessoas x Quadrilha x Bando x Organização Criminosa, à luz do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

O trabalho tem como foco também o discurso da emergência utilizado para justificar diversos dispositivos que ocultam garantias individuais em detrimento de coletivas, e o direcionamento dessas práticas ao combate à criminalidade organizada, verdadeira inimiga social.

No caminho das transformações legais, nos deparamos com a figura do “juiz sem rosto”, e da delação premiada, dispositivos que se pretende dar especial enfoque neste trabalho.

Palavras-chave: Lei de Organização Criminosa; Convenção de Palermo; Quadrilha, Bando; Organização Criminosa; Concurso de Pessoas; Direito Penal do Inimigo; Juiz sem rosto; Delação Premiada

ABSTRACT

In this sense, we can perceive in this legislative development the possible legal and social consequences of the application of this new concept and of the instruments used in the process of identification, investigation and punishment of the members of these criminal organizations in Brazil's Penal Process, as well as the debates regarding the constitutionality and possible suppression of fundamental rights in the employment of these "new" investigative instruments.

Organized crime is one of society's, and the Democratic State of Law's, main enemies, due to its peculiar and complex characteristics, and also to its extension and reach of its activities, as well as the degree of influence they possess in every social class and inside the State itself.

Society, in a global scale, has a great concern with the existence of organized criminal groups, due to its practice of crimes which are potentially highly harmful, damaging assets of paramount importance to the juridical system, such as life, liberty, socio-economic order, public peace, administrative probity, sexual liberty, the environment and public health.

The United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adopted November 15th 2000 by the General Assembly of the UN, which Brazil has signed, has brought parameters to act against and prevent organized crime to our legal structure. These parameters were introduced through the Decree n. 5015/2014, which consists in promoting "cooperation to prevent and act against more efficiently the Transnational Organized Criminality."

In this sense, we can perceive in this legislative development the possible legal and social consequences of the application of this new concept and of the instruments used in the process of identification, investigation and punishment of the members of these criminal organizations in Brazil's Penal Process, as well as the debates regarding

the constitutionality and possible suppression of fundamental rights in the employment of these "new" investigative instruments.

An analysis is done regarding the aspects that differentiate Concurrence of Persons x Criminal Conspiracy x Gang x Criminal Organization, in the light of the Brazilian Supreme Federal Court's positioning surrounding the theme. This dissertation also has as a focus the reasoning of emergency used to justify several legal devices that surpass individual guaranties in face of collective ones, and the directing of these practices in the matter of fighting organized criminality, the true social enemy.

In the path to legal transformation, we stumble upon the figure of the "faceless judge" and the witness immunity institute, legal device upon which special focus is intended, during the discourse of this dissertation.

Keywords: Criminal Organization Law; Palermo Convention; Criminal Conspiracy; Gang, Criminal Organization; Concurrence of Persons; Enemy Criminal Law; Faceless Judge; Witness Immunity

SUMÁRIO

1.	Introdução	p. 10
2.	Origem das Organizações Criminosas	
2.1	Organizações Criminosas Transnacionais.....	p. 16
2.2	A Convenção de Palermo.....	p. 21
2.3	Evolução da Legislação Brasileira acerca das “organizações criminosas”...	p. 27
3.	Aspectos e Função do Direito Penal na temática das Organizações Criminosas	
1.	Conceito de Organização Criminosa e identificação criminal.....	p. 31
2.	Aspectos que diferenciam Concurso de Pessoas X Quadrilha X Bando X Organização Criminosa.....	p. 32
3.	Direito Penal do Inimigo e o discurso da emergência.....	p. 35
4.	Aspectos processuais, a violação aos direitos e garantias individuais e seus possíveis efeitos	
1.	A figura do juiz sem rosto.....	p. 43
2.	Os “novos” meios de obtenção de prova.....	p. 49
3.	Delação Premiada.....	p. 54
5.	Conclusão	p. 64
6.	Referências	p. 67

1. INTRODUÇÃO

OBJETO

Neste trabalho de final de curso pretende-se abordar o tema que versa sobre as ações praticada por organizações criminosas, e as alterações legislativas sofridas nos últimos anos, com enfoque nas alterações trazidas pelas leis 12.694/12 e a 12.850/13, sendo esta última a mais importante, já que o conceitua e tipifica o Crime de Organização Criminosa, além de trazer em seu bojo, novos meios de obtenção de provas e a figura do “juiz sem rosto”, como forma procedimental das declarações do magistrado nos atos que possam cercear as liberdades do réu.

O que se entende por organização criminosa, está assim disposto na lei, trata-se de um crime autônomo, exigindo a associação de pelo menos quatro pessoas para a prática de infrações penais graves (leia-se: com penas superiores a quatro anos de prisão). É um crime formal, que se consuma com a mera associação de pessoas, independentemente da execução dos crimes que motivaram a organização. Demais disso, não se pode olvidar, que a organização criminosa é um crime permanente, que permite a prisão em flagrante de seus integrantes a qualquer tempo, sem prejuízo dos outros crimes porventura cometidos (caso típico de concurso de crimes).

O tema do Crime Organizado exerce, desde a sua origem, fascínio e sedução, sendo sinônimo de poder, dinheiro e violência, a tríade representante dos grandes objetos de desejo dos seres humanos. A mítica dos fora-da-lei ainda se torna mais intrigante pois, sempre estampadas nos noticiários, é cercada de histórias de um submundo oculto, com códigos secretos, complexas alianças, que envolvem atividades ilegais que transita entre os universos extremos da riqueza e da pobreza.

A história do estudo do crime organizado mostra que existem três fontes básicas e recorrentes do crime: pobreza, proibição e ganância humana. Se, para combatê-lo há de ser, como nas palavras de Tony Blair, “Duros não apenas contra o crime, mas contra as

causas do crime”, devemos lidar com os principais fatores que estão ao alcance do plano da Lei, a pobreza e a proibição,

A maior barreira que encontramos na sociedade para lidar com a pobreza e a proibição, é encontrar caminhos que desviem dos interesses do capital e daqueles que desejam a manutenção da diferença de classes como ela é hoje, sem se sentirem ameaçados com políticas de distribuição de renda e investimentos sociais.

Em tempos modernos, no mundo que a palavra chave é “globalização”, ainda temos um “inimigo” poderoso, a tecnologia, principalmente dos meios de comunicação, onde nenhuma outra atividade humana representa melhor a interconexão transnacional estruturada, como, neste contexto, a que abriga as TCO’s, ou Organizações Criminosas Transnacionais.

Em um mercado econômico global, o crime organizado representa, com estimativas conservadoras, um negócio com volume anual pelas prática de tráfico de drogas, falsificação, comércio ilegal de armas e o contrabando de imigrantes, é estimado em cerca de 870.000 milhões dólares, conforme dados do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crime (UNODC)¹.

As organizações criminosas desafiam o monopólio estatal com o uso da violência e o medo para controlarem suas vítimas e membros, possuem sistema hierárquico e um código interno. Em geral, derivam de movimentos de resistência de áreas abandonadas pelo Estado, bem como de comunidades de imigrantes, relegadas em guetos e periferias abastados pela pobreza e discriminação.

O mercado do Capital traduz o esquema legítimo da classe dominante, que é também conservadora, e interessada na manutenção da miséria.

O circo midiático envolto de fantasia, cheio de personagens poderosos e conhecidos no mundo da política atraem os olhos para o terror do conteúdo que arrebatam o noticiário, faz com que o discurso do crime organizado seja “o *argumento central da*

¹<http://www.unric.org/pt/actualidade/30901-nova-campanha-da-onu-destaca-custos-financeiros-e-sociais-do-crime-organizado-transnacional>

política do medo, a mais elementar e eficiente estratégia de controle social das massas miserabilizadas pelo neoliberalismo econômico globalizado.”²

A intervenção legal no controle do mercado ilícito instituído pela Lei Seca nos Estados Unidos, por exemplo, conhecido como Volstead Act, em 1920, e depois pela criminalização das drogas, por organizações criminosas forjadas com objetivos de lucro, realizado mediante violência, fraude e corrupção de funcionários públicos, garantidos pela lei do silêncio, conhecida Omertá, cria o cenário ideal para ampliar o discurso contra o crime organizado, que, neste contexto, é o melhor argumento da política da lei e da ordem nas estratégias eleitorais.

É exatamente este discurso que embasa os conceitos de crime organizado e organizações criminosas, que acaba por se tornar o mais poderoso instrumento na luta contra inimigos internos e externos, justificando a repressão das minorias étnicas inclusive de intervenções bélicas.

Em se tratando de um fenômeno tão complexo, que atinge todos os âmbitos da sociedade, e abrange todas as esferas de poder, que institui um novo poder “paralelo”, temos um objetivo quase impossível no trabalho em conceituar tal fenômeno.

As Organizações Criminosas desenvolvem atividades infinitamente distintas, como contrabando, jogo proibido, prostituição, corrupção política e administrativa, lavagem de dinheiro, pirataria, tráfico de drogas, de armas, de obras de arte, mulheres, crianças, sonegação de impostos, além de variados tipos de crimes patrimoniais.

Em diversas oportunidades, importantes grupos de cientistas e autoridades no tema trabalharam na construção de um conceito único que abrangesse todas essas atividades ilegais, e foram produzidos diversas variações inauditas, inspiradas por interesses específicos, com ênfase muitas vezes na ampliação do poder de Polícia, com maiores recursos financeiros; ampliação do poder da Justiça, quando à ela é conferida

² JUAREZ, Cirino. Prefácio. In: EL HIRECHE, Gamil Foppel. Análises Criminológica das Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

dispositivos como segredos processuais; ampliação do poder Político, que tem um inimigo interno que lhe é atribuído todos os males da sociedade, que deve ser dizimada.

A consequência dessa ampliação do sistema repressor, como assevera Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos,

Transforma uma ameaça ilusória contra a população em lesão real dos Princípios do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, como a legalidade. Por sua vez, a consequência dessa “transformação” do discurso do Crime Organizado é, inevitavelmente, a exclusão e a supressão de princípios democráticos do Direito Penal.³

Tal discurso gera a inevitável lesão aos princípios Democráticos, atingindo diretamente institutos repressivos do Estado, que num movimento natural, acaba por ampliar suas forças sob a justificativa de combate ao Inimigo.

A doutrina majoritária acredita na violação do sistema acusatório pela Figura do Juiz inquisidor, com acesso a dados secretos, protegidos pela Constituição, como bancário, fiscal, eleitoral, dos investigados por prática de crimes de integrantes de organizações internacionais (art. 2º, III, e art. 3º e §§, da Lei 9.034/95); possível lesão aos fundamentos éticos do Estado, através da potencial oferta de Delação Premiada com redução de pena (art. 4º da Lei 9.034 e 6º da Lei 12.850); violação ao princípio da presunção de inocência, pela proibição de liberdade provisória nos casos em que o agente tem efetiva participação na organização criminosa e do duplo grau de jurisdição, pela inconstitucional proibição de apelar em liberdade (art. 7º da Lei 9.340).

Neste passo, o que se vê é uma verdadeira demonização de determinados grupos sociais, e que, para mantê-los sob controle, se utilizam dos mecanismos legitimados do Estado de Direito, fazendo uso do Direito Penal como forma de manejo e punição desses “inimigos”.

Como bem retrata essa dinâmica, Gamil Foppel El Hireche, em “Análise Criminológica das Organizações Criminosa: da inexistência à Impossibilidade de

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. “Crime Organizado”. In: Direito Penal e Direito Processual Penal Uma Visão Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Conceituação e suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo”, destaca o Autor:

No que toca ao “crime organizado”, é imperioso que se proceda uma análise criminológica e de política criminal, ou seja, não de textos legais, antes disso, impõe-se um estudo a respeito das suas (dis)funções, do seu simbolismo e ineficácia, das demais críticas da criminologia e também do Direito Penal na era do Terror e, mais recentemente, do chamado Direito Penal do Inimigo.

Veja-se que as leis não têm o poder nem a força de criar, de fazer aparecer algo inexistente.

A Lei jamais é constitutiva da realidade dos fatos, ela é puramente declaratória. Não é a Lei, com efeito, que pode fazer surgir a categorização frustrada, fazer aparecer o inexistente, criar o improvável, enfim, dar materialidade à pretensa “criminalidade organizada”.⁴

Ou seja, buscando a genuína essência do problema, nota-se que o combate à “criminalidade organizada”, é direcionado, em verdade, para o combate a determinadas classes, não só para controlar a ocorrência de crimes, mas determinar a cristalização desses grupos sociais, impedindo que ascendam quanto às oportunidades de alcançarem o poder e a riqueza.

METODOLOGIA

O presente estudo será baseado na análise histórica da evolução do crime organizado no Brasil, as legislações a respeito, em especial a importância da Convenção de Palermo, pois é este o marco que dá início a inserção da temática no contexto nacional.

A partir daí, traçando um paralelo com o direito internacional, tendo em vista uma necessidade de coexistir um sistema global tratado na Convenção, que se empenhe em inibir a prática de crimes de toda a sorte que se utilizem de organizações criminosas

⁴ HIRECHE Gamil Foppel El, em “Análise Criminológica das Organizações Criminosas: da inexistência à Impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo”, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005. p. 1.

transnacionais, com a realidade dessas organizações no Brasil, a aplicabilidade das normas e a repercussão social.

Essa análise permitirá a compreensão da criação e o impacto da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, um dos focos deste estudo, que suprime determinados princípios, como o princípio do juiz natural, pois permite, julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição, em prol da segurança e integridade física do magistrado.

O Estado, diante dessa realidade, buscando aprimorar as ferramentas jurídicas já existentes em nosso ordenamento, adotou medidas para investigação. A partir de agora, com as mudanças trazidas pela lei, o Estado terá à sua disposição novas ferramentas que se propõe serem eficazes no combate aos crimes ligados a esse tipo penal.

Entre as inovações propostas na Lei, podemos destacar, além da presença do figura do juiz sem rosto, a criação do instituto da “colaboração premiada”, que terá especial enfoque no estudo.

Neste projeto, porém, são traçados apenas alguns pontos principais a serem debatidos acerca do tema proposto, especialmente quanto à supressão do princípio do juiz natural, as intervenções às garantias individuais, e a própria conceituação de organização criminosa e sua aplicabilidade na realidade brasileira, a partir das mudanças legislativas.

É bem fato, que ainda veremos, com o tempo, as reais consequências de todas as mudanças, eis que muito recentes no nosso ordenamento jurídico, porém, aqui daremos atenção especial aos debates que se originam neste início do processo.

2 ORIGEM DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

2.1 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS TRANSNACIONAIS

A existência do Crime Organizado Transnacional, como novo “centro das atenções”, é correspondente com a transformação da sociedade internacional, que moderniza seus sistemas econômicos e o mercado internacional, intensifica o fluxo transnacional de pessoas e bens.

Consideradas pela ONU como uma “*ameaça multimilionária para a paz, a segurança humana e a prosperidade*”, só o tráfico de drogas movimentaria um montante estimado em 320 bilhões de dólares ao ano, e os negócios de falsificadores geram um lucro estimado em 250 bilhões de dólares ao ano.⁵

A maior característica é o rompimento de barreiras geográficas continentais, das fronteiras dos países, com a prática de crimes por organizações criminosas. Extrapolam a inteligência das maiores agências de Segurança Mundial, e continuam surpreendendo com seus números em *cash* e com a violência crescente.

Porém, a origem do crime organizado não é um assunto de fácil compreensão, mesmo porque em cada país e em razão das peculiaridades locais ou regionais, ele se desenvolve de maneira distinta, não há muitos registros e tão poucos documentos da época.

Já em cada lugar e cada setor ele atingiu estágio diferente, mas faz-se necessária uma breve análise histórica para melhor entendimento desta dinâmica.

Na Idade Média, surge no sul da Itália, um grupo de trabalhadores que se uniu com atividades voltadas à coleta de dinheiro para proprietários de terra, visando à reforma agrária e melhoria de vida, tendo em vista a ausência do Estado em preservar os seus direitos.⁶

⁵ <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2012/07/16-unodc-lanca-campanha-global-sobre-crime-organizado-transnacional.html>

⁶ MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime organizado. São Paulo; Editora Saraiva, 2012. Página 51.

O grupo era organizado por uma estrutura de divisão de tarefas e ações de extorsões. Os senhores eram obrigados a fazer acordos com a Máfia, caso contrário suas terras eram devastadas e seus animais eram mortos.⁷

A Máfia Italiana é a organização criminosa mais conhecida no mundo. Esse grupo entrou no Mercado financeiro com abertura de empresas fomentando a lavagem de bens, dinheiro e tráfico de drogas.

O grupo financiava as campanhas políticas, comprando votos e garantindo, assim, que as pessoas eleitas dessem perfeito andamento aos seus negócios. Esse grupo foi encarregado em 43 homicídios de partido de esquerda.⁸

Financiavam a compra de armas e de arte, incluindo também os crimes de contrabando, extorsão, promovendo assim, o enriquecimento dos seus integrantes.

Para integrar a organização Yasuka é indispensável que a pessoa seja de nacionalidade japonesa. Sua principal característica é a predominância de homens, utilizam tatuagens de samurais, dragões e serpentes.⁹ Eles se desenvolveram nas sombras do Estado para a exploração de diversas atividades ilícitas.

A organização japonesa tem como punição típica decepar a falange superior do dedo mínimo, dificultando assim, a empunhadura de espada.¹⁰ Esse grupo é considerado extremamente perigoso, pois são violentos em suas ações.

A Tríade Japonesa foi fundada em 1911¹¹, queria o controle do tráfico de drogas, principalmente nas cidades de Tailândia, Birmânia e Laos. Entre os seus negócios está incluído o tráfico de entorpecentes, prostituição, controle de camelôs e extorsão.

A Máfia de Nova York foi fundada aproximadamente em 1920¹², com atividades voltadas ao jogo, contrabando de bebidas e prostituição. Ingressaram, na década de 70, com o tráfico de drogas, principalmente no envio de heroína para o oriente.

⁷ SILVA, Eduardo Araujo da. Crime organizado: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003. p. 20.

⁸ MESSA, CARNEIRO, op. cit., p.52.

⁹ MESSA, CARNEIRO, op. cit., p. 39.

¹⁰ SILVA. op. cit. p. 20.

¹¹ MESSA, CARNEIRO, op. cit., p. 53.

No cenário Americano a figura mais notável dentre os criminosos desse ramo foi Al Capone, ele chegou a ter controle de 70% do comércio em Chicago. Além de manter sociedade com criminosos de cidades como Nova York, San Francisco e New Orleans, onde estavam os principais grupos de contrabando.¹³

Al Capone se aproveitou da proibição de bebidas alcoólicas, conhecida como Lei Seca e organizou uma rede criminosa de contrabando de destilados. Para fomentar as suas atividades ilegais, organizaram uma lista de contatos, corrompendo, principalmente, as autoridades públicas.¹⁴

As atividades principais da Máfia de Nova York estão à prostituição, jogo, tráfico de drogas, contrabando e venda de bebidas ilegais.

Agora, analisaremos as organizações criminosas da Colômbia, e em 1994 foi realizado um estudo e constataram que havia à época 5 (cinco) grupos principais de organização criminosa¹⁵: Núcleo da Costa, Cartel de Medellín, Cartel de Cali, Núcleo Central e Núcleo Oriental.

O Núcleo da Costa, localizada na península do norte, explorava o contrabando de cigarros, bebidas, eletrodomésticos, produziam e comercializavam a maconha. O Cartel de Medellín ou Núcleo de Antioquia exploravam o tráfico de maconha e cocaína. Esse grupo é formado por pessoas de classe mais pobres. O seu integrante mais conhecido foi Pablo Escobar Gaviria.¹⁶

O Cartel de Cali, situado na costa do Pacífico, os membros dedicavam-se ao tráfico de cocaína, foi constituída por pessoas de classe média ou alta como os irmãos banqueiros Rodriguez Orejuela.¹⁷

O que levou essas organizações serem conhecidas no mundo foi a Guerra entre o Governo e os traficantes, que colocavam medo na população, com a finalidade de

¹² MESSA, CARNEIRO, op. cit., p. 39

¹³ MESSA, CARNEIRO, op. cit., p. 40

¹⁴ GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. Crime organizado e seu tratamento jurídico penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Página 52

¹⁵ MESSA, CARNEIRO, op. cit., p. 54

¹⁶ MESSA, CARNEIRO, op. cit., p. 40

¹⁷ MESSA, CARNEIRO, op. cit., p. 41

intimidar o governo para que não aplicassem as leis contra o tráfico de drogas. Para obterem o apoio da população, essas organizações criminosas investiam parte do dinheiro em melhorias públicas para a comunidade, fazendo, assim, o papel do Estado.

No Brasil, o crime organizado é uma realidade. A primeira expressão do crime organizado conhecido foi a do cangaço, atuava no sertão nordestino, grupo liderado por Virgílio Ferreira da Silva, o Lampião.¹⁸

Posteriormente, o crime organizado desenvolveu com um grupo de pessoas envolvidos com contravenções penais relacionados a jogos ilegais, como a do jogo do bicho, que obteve o seu auge na década de 80. O jogo do bicho não é considerado, isoladamente crime organizado, porque tecnicamente é uma contravenção.¹⁹

Podemos dizer que o crime organizado no Brasil assume três formas diferentes, que são: o primeiro tipo são os Comandos, que podem ser o Comando Vermelho, Terceiro Comando ou Primeiro Comando da Capital; o segundo tipo são as Milícias Ilegais, formada por paramilitares e militares e atuam em determinadas regiões e o último tipo é a Máfia do Colarinho Branco.²⁰

Como na cidade do Rio de Janeiro, há mais de uma organização criminosa, examinaremos, apenas, a organização criminosa mais conhecida na cidade, que é o Comando Vermelho, mais conhecido como CV. Surgiu no presídio de Ilha Grande, em meados da década de 80, durante o período militar e foi formado dentro do presídio de Ilha Grande. Na ocasião, os militares estavam confinados no mesmo presídio que os criminosos comuns.²¹

Esse grupo teve como objetivo o domínio do tráfico de entorpecentes nos morros do Rio de Janeiro. Eles atuavam devido à ausência do Estado, desenvolvendo uma política de benfeitorias e protegiam a população nos morros em que dominavam, financiando remédios, construindo creches e outras coisas.

¹⁸ SILVA. op. cit. p. 25.

¹⁹ SILVA. op. cit. p. 26.

²⁰ FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. Direito Penal – Leis Penais Especiais I. Volume VII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Página 941.

²¹ GODOY, op. cit. , p. 111

Suas principais atividades envolvem o tráfico de drogas, roubos, contrabando de armas e extorsão mediante sequestro de empresários.

Em São Paulo, a organização criminosa que será abordada é o Primeiro Comando da Capital, mais conhecido como PCC, que teve a sua origem também dentro do sistema penitenciário²². O principal objetivo dessa organização é a melhoria das condições de vida dentro dos presídios do Estado, e não somente o enriquecimento ilícito.

Esse grupo passou a ser conhecido somente após uma das maiores rebeliões em 2002 em Taubaté, que atingiram diversos presídios da cidade de São Paulo, causando um verdadeiro caos²³.

Já é de conhecimento das autoridades a cobrança de mensalidade dos membros dessa facção e fica a cargo dos tesoureiros, encarregados de receber a contribuição dos criminosos soltos e até mesmo, checar o depósito dessas quantias. Esse dinheiro é destinado para o pagamento de honorários advocatícios, compra de celulares, manutenção das famílias dos integrantes e para o tráfico de drogas e armas.²⁴

A estrutura da organização é dividida em diversas áreas e funções. É organizada como uma empresa, com tesouraria, almoxarifado, setor de crédito e departamento de pessoal.

O PCC não só coordenam rebeliões, atentados e prática criminosa, eles têm atividades voltadas ao poder de corrupção, a intimação, a violência e a participação de agentes públicos na organização.

O crime organizado denominado Milícias é formado por policiais, bombeiros, agentes penitenciários, ex-policiais, dentre outros, cobram dos moradores uma taxa por uma suposta proteção²⁵.

²² GODOY, op. cit. , p. 102.

²³ GODOY, op. cit. , p. 102

²⁴ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crime organizado e proibição de insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Página 105.

²⁵ BALTAZAR JUNIOR. op. cit. p. 116

Para finalizar, temos a Máfia do Colarinho Branco²⁶ que é composta por autoridades que compõem os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, normalmente eles cometem crimes que exigem fraudes complexas, como tráfico de influência, lavagem de dinheiro.

Podemos notar pontos comuns entre as diferentes origens do crime organizado em diversos países: a maior parte teve a sua origem nos movimentos populares, o que facilitou a aceitação na comunidade local; a maioria operava tendo em vista a ausência do Estado; contaram com a cumplicidade de agentes do Estado; usavam da violência e ameaça voltada para os delatores e integrantes de grupos concorrentes. Tais traços comuns equivalem às características do crime organizado, que será analisado nesse trabalho.

2.2 A CONVENÇÃO DE PALERMO

Admitindo que as Organizações Criminosas se tornaram uma ameaça às instituições democráticas, e um desafio para o ordenamento jurídico internacional, que impõe ao mundo um cenário de insegurança, a ONU estabeleceu a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, instrumento que se transformou na mais importante medida de cooperação internacional no combate ao crime organizado transnacional.

Após o fim da Guerra Fria, com a derrubada do Muro de Berlim, enganou-se o mundo quando imaginou que viriam a frente tempos de paz. A ordem mundial era, na verdade, uma desordem mundial, que não possuía meios próprios para reordená-la, o que permitiu gradativamente, o surgimento de um novo meio de se fazer guerra, através do crime organizado transnacional.

O cenário em 1914 indicava declínio no número de conflitos mundiais e o aumento das guerras regionais, que demandava comercialização de armas e mão-de-obra, sendo

²⁶ BALTAZAR JUNIOR. op. cit. p. 117.

pois, as atividades ilegais as que alimentam esta demanda, facilitou a ascensão do Crime Organizado por meio do comércio ilícito de drogas, diamantes, e pessoas.²⁷

Essa análise é corroborada pela jornalista Claire Sterlin, em sua obra *Thieves: the threat of the new global network organized crime*:

Organized crime was transformed when Soviet Empire crashed, and with it a world order that had kept mankind more or less in line for the previous half-century. As the old geopolitical frontiers fell away, the big crime syndicates drew together, put an end to wars over turf, and declares a pax mafiosa.²⁸

As dificuldades no combate às Organizações Criminosas são das mais variadas, mas, passa principalmente pela dificuldade em se encontrar um denominador comum nas legislações dos países, que são deveras heterogêneas.

Neste passo, vê-se que o mundo encontrava-se mergulhado em uma ordem caracterizada pela ausência de uma autoridade efetiva, capaz de manter a paz mundial.

É evidente que o avanço da tecnologia tem um papel essencial no intercâmbio financeiro e no fluxo de informação, pois encurta substancialmente o espaço no globo, estreitando o contato dos homens. Esse fenômeno é a Globalização que, segundo Henry Kissinger, irá marcar o século XXI: “The international system of the twenty-first century will be marked by a seeming contradiction: on the one hand, fragmentation; on the other growing globalization”.²⁹

A Globalização, como fenômeno-consequência dos ideais liberais, de livre comércio e livres mercados, mínima intervenção estatal, reduz, por si só, a regulamentação e barreiras internacionais, que resulta na fragilidade da fronteira estatal, provocando uma desestabilidade no Estado, pois torna ainda mais difícil a monitoração dos fluxos internacionais de mercado. Este fato acaba por comprometer a sua própria autonomia e poder de decisão.

²⁷ <http://usinfo.state.gov/journals/itgic/0206/ijgp/shelley.htm>.

²⁸ STERLIN, Claire. *Thieves: the threat of the new global network organized crime*. Simon & Schuster. 1994. p.14.

²⁹ KISSINGER, Henry. *Diplomacy*. New York: Simon & Schuster. 1994.

Como ensina a doutrina, as crises de governabilidade são uma realidade comum nos países eivados pela criminalidade organizada, se caracterizam diretamente pela perda do monopólio da força coercitiva pelo Estado.³⁰

É nítido que, onde a força estatal é fraca, o terrorismo e o crime organizado são naturalmente enraizados na sua essência. Também são características o afrouxamento dos controles de fronteira, e maior liberdade resultante para ampliar suas atividades nas fronteiras e em novas regiões do mundo.

É nessa configuração que as organizações criminosas se aproveitam do fenômeno da globalização, tornando-se uma ameaça transnacional.

Dessa forma, a ONU, como representante interconexa das “Nações Unidas”, que responde pelos propósitos de “manutenção da paz e a segurança internacionais”; “desenvolvimento das relações amistosas entre as nações”; “realizar a cooperação internacional para resolver os problemas mundiais de caráter econômico, social, cultural e humanitário, promovendo o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais”; e “ser um centro destinado a harmonizar a ação dos povos para a consecução desses objetivos comuns”, tomou para si a tarefa de consignar um conceito comum que abrigasse um significado único para definição das Organizações Criminosas.

No intuito de estabelecer esse acordo global para obstruir as atividades criminosas e aprimorar a cooperação internacional na identificação das OC’s e de seus integrantes, a ONU estabeleceu a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Transnacional em 2000, realizada na Italia, e conhecida como Convenção de Palermo.

Nas palavras da delegada representante dos Estados Unidos,

A convenção permitirá que os governos evitem e combatam o crime organizado transnacional de forma mais eficaz, através de um conjunto comum de ferramentas que incluem técnicas de legislação criminal e através da cooperação internacional.³¹

³⁰ KISSINGER, Henry. op. cit.

³¹ <http://usinfo.state.gov/journals/itgic/0801/ijgp/ig080103.htm>

Evidencia-se, por conseguinte, que um Estado sozinho não é capaz de lidar com esta problemática, pois estende-se além de suas fronteiras.

Considerando ainda, a problemática do conceito uno que defina as organizações criminosas, reflete-se a ineficácia no combate às Organizações.

Neste passo, acordou-se na Convenção de Palermo, algumas características às quais seriam capazes de, juntas, conceituarem Organizações Criminosas, são elas:

- a) ânimo de lucro na conduta de comercializar produtos ou serviços ilegais;
- b) uso de violência na prática dos delitos, como meio de proteção às atividades ilícitas fins, praticadas pelas organizações criminosas;
- c) devem ser exercidas de maneira habitual;
- d) o grupo deve ser composto por três ou mais indivíduos;
- e) deve possuir estrutura hierárquica;
- f) a corrupção e o nexos de internacionalidade, características precípua do crime organizado transnacional.

A criação no ano 2000 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional conferiu à conjuntura, reconhecimento no ímpeto de cooperação internacional entre os 192 países signatários do documento, bem como em relação à cooperação técnica, criminalização, e implantação das políticas ali assentadas, passando a ser instrumento essencial neste combate.

No que diz respeito à cooperação e técnica, registra-se às trocas de informações dos órgãos de inteligência dos Estados, bem como programas de treinamento e financiamento de atividades que promovam a erradicação do crime transnacional.

E mais, no quesito implementação, cria o órgão Conferência das Partes, com competência para monitoramento, opinar por reformas, promover atividades de troca de informação, além de ser utilizado como forma de ajudar a implementar medidas de combate ao crime organizado transnacional junto aos países mais pobres.

Outra consequência da Convenção de Palermo foi a criação, em 1997, do Escritório das Nações Unidas Contra o Crime e Drogas, UNODC (sigla em inglês), com a missão de erradicar o crime organizado, que possui mais de 21 filiais espalhadas pelo mundo, inclusive no Brasil, cujo objetivo é funcionar como agência de pesquisa, análise, trabalho normativo e projeto de cooperação técnica.

Sendo assim, vê-se que é a partir da Convenção de Palermo que toma forma a padronização do conceito legal de Organizações Criminosas, tornando-se um marco para o tema, já que a adoção de legislação ajustada, aliada à cooperação ali firmada, constituem elementos essenciais e eficazes na prevenção, combate e erradicação do crime transnacional.

Desta forma, fixou-se o conceito das Organizações Criminosas assim definido:

“CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS
CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Artigo 2

Terminologia

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;

b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior;

c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada;

d) "*Bens*" - os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos;

e) "*Produto do crime*" - os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime;

f) "*Bloqueio*" ou "*apreensão*" - a proibição temporária de transferir, converter, dispor ou movimentar bens, ou a custódia ou controle temporário de bens, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente;

g) "*Confisco*" - a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente;

h) "*Infração principal*" - qualquer infração de que derive um produto que possa passar a constituir objeto de uma infração definida no Artigo 6 da presente Convenção;

i) "*Entrega vigiada*" - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática;

j) "*Organização regional de integração econômica*" - uma organização constituída por Estados soberanos de uma região determinada, para a qual estes Estados tenham transferido competências nas questões reguladas pela presente Convenção e que tenha sido devidamente mandatada, em conformidade com os seus procedimentos internos, para assinar, ratificar, aceitar ou aprovar a Convenção ou a ela aderir; as referências aos "*Estados Partes*" constantes da presente Convenção são aplicáveis a estas organizações, nos limites das suas competências.³²

Como signatário do tratado de cooperação internacional, o Brasil promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Internacional transnacional através do Decreto n.5.015 de março de 2014.

Nas palavras de Fernando Capez:

³² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm.

Toda a discussão acima exposta tende, no entanto, a ficar superada. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo, na Itália, em 15 de dezembro de 2000, definiu, em seu art. 2º, o conceito de organização criminosa como todo 'grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o fim de cometer infrações graves, com a intenção de obter benefício econômico ou moral'. Tal convenção foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 231, publicado em 30 de maio de 2003, no Diário Oficial da União, n. 103, p. 6, segunda coluna, passando a integrar nosso ordenamento jurídico³³

2.3 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Até a Legislação Brasileira se adaptar e receber o Decreto n.5.015, em 2014, a primeira lei a tratar sobre Organizações Criminosas foi a Lei 9.035, de 1995.

À época, tratava-se de uma novidade legislativa, que basicamente regulou meios de provas e procedimentos investigatórios que envolviam crimes praticados por quadrilha ou bando, assim entendidas como "associações criminosas" de qualquer tipo.

Dentre os procedimentos, o dispositivo já se utilizava de mecanismos como a infiltração policial e a colaboração premiada, porém, não era clara quanto os limites de utilização desses mecanismos.

É nesta lei, inclusive, que recepcionara dispositivo que exigia que o início da execução da pena fosse no regime fechado, porém, não impedia a progressão da pena. Esse preceito integrara um contra-senso à lei de Crimes Hediondos, pois, um agente que pratica crime considerado hediondo poderia ser beneficiado, ferindo o princípio da isonomia, já que outros agente que cometessem a mesma infração, mas não seriam integrantes de nenhuma organização criminosa não seriam beneficiados. (ambos dispositivos já superados).

³³ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Saraiva .Rio de Janeiro, 2011.p.240.

A segunda lei nacional, a 12.694, de 2012, o legislador trouxe para o sistema jurídico um significado legal ao termo “organização criminosa”, adotando requisitos próprios caracterizadores dessas organização. *in verbis*:

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.

O conceito apresentado nesta lei em muito se assemelha aos conceitos já utilizados pela criminologia, tal como apresentação de estrutura organizada, divisão de tarefas, com fins de obter vantagem na prática de crimes. Fazem parte inclusive da ideia central do que fora estipulado, como já explicitado, na Convenção de Palermo.

Uma inovação desta lei, foi logo o que propõe o art. 1º, §1º, *in verbis*:

§ 1º O juiz poderá instaurar o colegiado, indicando os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada, da qual será dado conhecimento ao órgão correicional.

Este artigo deu ensejo ao debate quanto à infração ao Princípio do Juiz Natural, fazendo surgir para a Doutrina Nacional a figura do “juiz sem rosto” no Processo Penal.

Este “apelido” é atribuído à sentença que não mais contém “a assinatura do juiz”, como determina o art. 381 do CPP, e que contempla o princípio do juiz natural bem quanto à competência Constitucional.

Alega o legislador, em contra-partida, que em razão da iminência de risco à integridade do magistrado, suscetível à ameaças e toda sorte de violência, a utilização de um conselho de magistrados, composto por três juízes, todos revestidos com o mesmo grau de competência constitucional, restaria justificada a eficácia e a legalidade do dispositivo.

Em tópico próprio serão expostos maiores detalhes acerca do debate apresentado.

Enfim, eis que em 2013 é incorporada à Legislação Brasileira, a Lei 12.850, trata por “Conceituar organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal”, que revoga a Lei 9.034 de 1995.

Em toda a sua abrangência, a lei define o conceito de organização criminosa, que passa a obter os seguintes critérios que o cercam:

- a) Associação de 4 (quatro) ou mais pessoas;
- b) Estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, mesmo que informalmente, com previsão de aumento de pena de um sexto à dois terços, para quem exerce o comando.
- c) A associação deve ter o fim de obter qualquer tipo de vantagem, direta ou indiretamente, como meio a prática de crimes;
- d) Infrações penais devem ter penas superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional;

A lei também se aplica às organizações terroristas internacionais, cujos atos de suporte ao terrorismo bem como atos preparatórios ou de execução destes atos ocorram ou possam ocorrer em território nacional;

Igualmente às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no país o resultado pudesse ou ocorrida em território estrangeiro, e vice-versa.

O núcleo do tipo penal que caracteriza a participação na organização criminosa, de acordo com a Lei é: “*promover, constituir, financiar, ou integrar, pessoalmente ou por pessoa interposta, organização criminosa*”.

A Lei estipula ainda a pena de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das demais penas correspondentes às infrações correlatas, com previsão de causas de aumento de pena se utilizam armas de fogo, se há participação de criança ou adolescente, bem como se há concurso de funcionário público que vale-se da condição para prática do crime.

Surpreende a legislação no que tange à importância dada à figura da *delação premiada*, que, considerando a relevância do que for narrado para a solução do caso, poderá ser concedido o benefício do perdão judicial ao delator, assunto que será tratado em capítulo especial.

3 ASPECTOS E FUNÇÕES DO DIREITO PENAL DA TEMÁTICA DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

3.1 CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Consoante o que resta esclarecido na legislação pátria, conforme ora exposto, vejamos a forma como o conceito de organização criminosa passa a ser incorporado:

Art. 1o, § 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.

A aceitação deste conceito não fora de pronto pacífica na doutrina. Havia conflito no entendimento quanto à ofensa ao princípio da taxatividade, compreendido pelo princípio da legalidade, por acreditarem que os termos conceituais eram vagos. Nilo Batista afirma em “Introdução Crítica ao direito Penal Brasileiro” que,

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado”, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zaffaroni.³⁴

De todo modo, o Superior Tribunal de Justiça faz prevalecer o uso do conceito estabelecido na lei, originado da Convenção de Palermo, como demonstrado no julgado abaixo:

STJ, HC 13805/ RJ, Relator Min. HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), Julgamento: 22/03/2011, Órgão Julgador: 6ª Turma PENAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. LAVAGEM DE

³⁴ BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001, p. 67

DINHEIRO. CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DEFINIDO NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL (CONVENÇÃO DE PALERMO). DECRETO LEGISLATIVO Nº 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. INICIAL ACUSATÓRIA QUE APONTA FATOS QUE, EM TESE, CARACTERIZAM O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E PERMITE O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. MEDIDA EXCEPCIONAL. ORDEM DENEGADA.

1. O conceito jurídico da expressão organização criminosa ficou estabelecida em nosso ordenamento jurídico com o Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, que promulgou o Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo). Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Nos termos do art. 2, "a", da referida Convenção, o conceito de organização criminosa ficou definido como sendo o "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. (...)"³⁵

Sendo assim, resta a doutrina aceitar o determinado na jurisprudência, esta sim pacífica, dos Tribunais brasileiros, quanto a utilização do conceito na prática jurídica.

3.2 ASPECTOS QUE DIFERENCIAM CONCURSO DE AGENTES X QUADRILHA X BANDO X ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Todos os tipos penais aqui em comento são considerados pela doutrina, crimes de perigo abstrato, sendo consumados no momento da associação, porém, necessária

³⁵ STJ, HC 13805/ RJ, Relator Min. HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), Julgamento: 22/03/2011, Órgão Julgador: 6ª Turma.

demonstração do *animus agendi* com fim de práticas delituosas, não bastando o simples acordo de agentes.

Todos tratam de delito comum de concurso necessário, sendo característica intrínseca dos tipos penais apresentados a pluralidade de sujeitos ativos.

De maneira simples, o concurso de agentes está tipificado no caput do art. 29 do Código Penal Brasileiro, e assim o conceitua:

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

Na doutrina, tem-se definido o concurso de agentes como a reunião de duas ou mais pessoas, de forma consciente e voluntária, concorrendo ou colaborando para o cometimento de certa infração penal.

Consoante esta definição, é possível extrair pelo menos cinco elementos básicos do conceito de concurso de pessoas, quais sejam:

- a) pluralidade de agentes e de condutas;
- b) relevância causal de cada conduta;
- c) liame subjetivo ou normativo entre as pessoas;
- d) identidade de infração penal;
- e) precariedade e limitação temporal da associação.

Trata-se do tipo penal *formação de quadrilha* ou bando de acordo com doutrina majoritária, de crime formal, que se consuma no momento da reunião, não se exige o cometimento efetivo do delito.

Porém, somente há prática de crime de quadrilha quando a associação de pelo menos três pessoas afete de modo imediato, direto, a paz pública, com especial fim de agir, descabendo, portanto, o entendimento de haver quadrilha pela simples associação de mais de três agentes que se comportam de modo astucioso ou arditosamente. Nas lições de Hungria, o conceito de “associar-se”:

Quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se estável ou permanentemente, para a consecução de um fim comum. À quadrilha ou bando pode ser dada a seguinte definição: reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes. A nota de estabilidade ou permanência da aliança é essencial. Não basta como na “co-participação criminosa”, um ocasional e transitório concôrto de vontades para determinado crime: é preciso que o acôrdo verse sobre uma duradoura atuação comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individuados ou apenas ajustados à espécie (...).³⁶

Inclua-se também o caráter subjetivo, concernente à estabilidade ou permanência da referida reunião, além do dolo nas respectivas ações dos agentes, condição para a satisfação dos objetivos ilícitos da associação criminosa.

É ainda este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, representado em julgamento recente da Ação Penal 470, retratado no preciso voto do Revisor Min. Ricardo Lewandowski: “*não é a prática de quatro ou cinco crimes cometidos em coautoria que caracteriza a quadrilha, é necessária a associação estável para a prática indefinida de crimes.*”

Em seu voto, Lewandowski diferenciou o crime de concurso de pessoas do de formação de quadrilha ou bando. O ministro citou o artigo 29 do Código Penal, que define o concurso de pessoas: “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*”.

Em seguida, afirmou que não se pode confundir este crime com o que está descrito no artigo 288 do Código, que tipifica quadrilha ou bando: “*Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes*”.

E segue ainda sustentando o Ministro:

Uma coisa é o concurso de agentes. Um plus é a quadrilha. Mas esse plus deve estar muito bem demonstrado. Quadrilha não se confunde com concurso

³⁶ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, v. IX, 1958, Revista Forense. p.179.

de agentes, nem mesmo quando os crimes são praticados reiteradamente.

O que define quadrilha é a associação de um grupo de pessoas em “*caráter estável e permanente com o fim de cometer sucessivos e incontáveis delitos indeterminados. A quadrilha vive do crime*”.

Neste caso, o ministro entendeu que a acusação revelou apenas crimes cometidos por agentes públicos e privados em co-autorias, mas não uma quadrilha formada exclusivamente com o fim de praticar crimes: “*No âmbito penal vigora o princípio da estrita legalidade. No Direito Penal não há mais ou menos. Ou o comportamento é típico ou não. Ou se enquadra nos estritos termos da lei ou não*”

A estabilidade, ou mesmo a permanência, é um dos traços que diferencia os tipos penais em comento, do mero concurso de pessoas, bem como o critério objetivo do número de pessoas que se associam com o fim de cometer crimes.

No concurso de pessoas, bastam que se unam duas pessoas, no crime de quadrilha ou bando, mínimo de três, já as organizações criminosas são definidas como a associação de quatro ou mais pessoas, reunidas estavelmente, hierarquicamente, para o fim de perpetrarem uma indeterminada série de crimes determinados.

Diferencia-se “organizações criminosas” ainda dos demais, pois verifica-se aqui a existência da associação com o fim de praticarem infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

3.3 DIREITO PENAL DO INIMIGO E DISCURSO DA EMERGÊNCIA

Efetivamente, o discurso do Direito Penal, das tragédias, dramas e violência, é um discurso que vende rápido e fácil, que seduz e prende a atenção do espectador, numa espécie de curiosidade mórbida, insaciável.

É, portanto, utilizado como importante ferramenta de difusão de ideias, baratas e eficientes, que garantem um retorno muito lucrativo aos interesses dos que se utilizam dessa ferramenta para manutenção do *status-quo*. Neste passo, como observa Baratta, a

mídia aparece como importante elo entre a política, os administrados e a função simbólica do Direito Penal:

Mas isto corresponde ao que acontece na realidade da política em geral, quando “nesta comunicação política de base” entre cidadãos e seus representantes, ou seja, a democracia, é substituída pela comunicação entre políticos e seu “público”, ou seja, pela tecnocracia. Quando isto acontece, a política parece, cada vez mais, um “espetáculo”. Na verdade, na “política com espetáculo” as decisões são tomadas não tanto visando modificar a realidade nos espectadores: não procuram tanto satisfazer as necessidades reais e a vontade política dos cidadãos, senão vir ao encontro da denominada “opinião pública.”³⁷

Este medo difundido na mídia serve bem aos propósitos para a criação dos inimigos, como ressalta o importante criminologista americano, Jock Young:

Os meios de comunicação de massa desempenham um papel central na demonização: eles perseguem o desviante muito à frente da polícia, acusando-a frequentemente de lidar inadequadamente com o caso. O Sistema de justiça criminal fica assim na defensiva, em vez de estar num papel empreendedor. 38

Vale dizer, que o sensacionalismo cumpre papel importante no imaginário e nas engrenagens nessa relação, pois, é o elo entre a seletividade ditada pela elite dominante e o simbolismo que a ela mesma interessa com a legitimidade perante as classes dominadas, é a forma de difundir e espalhar a ideia e a necessidade do controle, sendo uma das forças motrizes da expansão do Direito Penal».

Sobre esta temática:

O que é principal e verdadeiramente alarmante para mim é o que justamente o direito penal que protege os direitos e bens do cidadão e que por isto tem a consciência comparativamente tranquila, este direito penal em

³⁷ BARATTA Alessandro, “Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico”. In: Revista IBCCrim, ano 2, 1994, p.22

³⁸ YOUNG, Jock. A Sociedade Excludente: Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 171.

essência legítima e útil, e talvez até necessário, foi desvirtuado para um direito penal do inimigo, processo este iniciado pela orientação do risco e pressionado pelos problemas, não esquecendo sua aparente multiplicação pela mídia, que traz consigo uma multiplicação real de insegurança.³⁹

O que acontece nessa dinâmica, é que a neurotização da coletividade aparenta uma urgência, é a “perene emergência”, (Moccia), que demanda a política criminal a ser, enfim, expansionista, fazendo-se agigantar cada vez mais o sistema de dominação, conforme as novas demandas ameaçadoras.

Como expõe Ferrajoli, em “A Pena em uma sociedade Democrática”:

Nos últimos 20 anos, nossa política criminal foi sempre uma política de emergência, não amparada por qualquer desenho teórico, privada de todas as dimensões axiológicas, e cujo resultado foi um direito penal máximo, ao mesmo tempo inflacionário e inefetivo e uma justiça que golpeia reiteradamente o pequeno desvio. Uma política caracterizada em todos os níveis por uma fuga de responsabilidades que se expressa num conjunto de delegações à prisão.⁴⁰

Conclusivamente, é fundamental compreender que a emergência do direito penal tem correlação direta com o Direito Penal do Inimigo, e assim, com as Organizações Criminosas.

Este “inimigo” demonstraria o abandono do Direito através de seu comportamento, mediante sua vinculação com uma organização. Este inimigo representa portanto, uma insegurança à sociedade.

Isto posto, as características do Direito Penal de Inimigos seriam, segundo Jakobs,

A ampla antecipação da proteção penal, isto é, uma mudança de perspectiva de um fato passado a um porvir, a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico penal à

³⁹ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In. Revista IBCCRIM. São Paulo. març/abr. 2004, nº47. p. 47.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi, “A Pena em uma Sociedade Democrática”. In Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade. Ano 7, nº12, 2º semestre 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 38.

Legislação de Combate; e o solapamento das garantias processuais.⁴¹

Sobre os fundamentos do Direito Penal do Inimigo, invoca-se os estudos de Luiz Flavio Gomes, em “Direito Penal do Inimigo”, são eles:

Fundamentos (filosóficos) do Direito Penal do inimigo:

- a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau);
- b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte);
- c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes);
- d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o “estado comunitário-legal, deve ser tratado como inimigo (KANT).⁴²

O estigma deste sub-cidadão vai além da qualidade de criminoso, é um ser inferior que precisa ser combatido, que não merece receber Os benefícios do conceito de pessoa.

É nítido que o Direito Penal do Inimigo representa uma exteriorização do maniqueísmo social, é dizer, divide-se a sociedade entre bons e maus, entre amigos e inimigos, entre cidadãos e não-cidadãos.

Em última análise, é a forma utilizada para segregar as classes e legitimar a dominação de umas sobre outras, outrossim, legitima a perseguição e o combate aquelas que não servem aos propósitos dos dominadores.

A manifestação do inimigo no Direito Penal gera uma série de abusos, pois tudo acaba por tornar-se válido no combate a este mal. Paga-se qualquer preço, justifica-se toda violação às regras de um processo penal mais justo, até mesmo declarar guerras a determinados grupos. Mais uma vez em Jakobs:

⁴¹ SILVA SANCHES, Jesus Maria. a expansão do Direito Penal. SP. RT,2002, p. 149.

⁴² GOMES, Luiz Flavio. Direito Penal do Inimigo. In: [HTTP://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/direito_penal_inimigo_luiz_flavio_gomes.pdf](http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/direito_penal_inimigo_luiz_flavio_gomes.pdf).

El derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal de enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar la guerra.⁴³

Esta análise, registre-se, do exercício de poder, pressupõe limitações, caso contrário seria o Direito Penal um mecanismo para um poder tirânico e despótico, que se justificaria numa ótica de prevenção geral, redução de direitos fundamentais em nome da “segurança coletiva”. Em suma, uma ótica maniqueísta de que os fins justificariam os meios.

Em verdade, trata-se de um fenómeno relacionado com a consequentialidade da resposta penal, pensa-se que, com a severidade legal resolve-se o problema da segurança pública.

Uma ideia tão equivocada, rechaçada por cientistas criminais, que mais esconde o crescimento da criminalidade organizada, do que realmente o limita, e cria-se essa ilusão sistemática de uma “pseudo-segurança”.

Em se tratando de criminalidade organizada, resta mais evidente a simbologia penal. Não é mero caso fortuito a pressão legislativa que sofrem os direitos fundamentais quando se trata de supressão de direitos dos indivíduos que integram as organizações criminosas.

Essa dinâmica serve diretamente aos propósitos de evitar-se discutir sobre o modelo político a que estamos submetidos, bem como seleciona suas vítimas, os tais “inimigos”. Ou seja, no popular “mata-se dois coelhos com uma única cajadada”.

Vê-se como consequência direta do direito penal do inimigo, uma estigmatização de determinados grupos sociais, mesmo antes de haver uma sentença penal condenatória transitada em julgado. E mais, a rotulação do sistema penal se relaciona com todos os grupos que a eles mantêm ligação, desequilibrando a balança da Justiça.

Ocorre que este fenómeno é o oposto do que representa um estado democrático de direito, regido por regras que garantem o equilíbrio e um processo penal justo.

⁴³ GOMES, Luiz Flavio, In: HIRECHE, Gamil. op. cit. p. 20.

Torna-se, portanto, uma prática execrável do próprio sistema, a condenação antecipada do investigado.

Sobre esta ligação direta da prática do judiciário, à luz do atual contexto nacional, a que os principais inimigos apontados pela grande mídia são, em verdade, as organizações formadas pelos criminosos de colarinho branco, claramente notada no circo midiático produzido na AP 470, que condenou membros do Governo, num marco considerado histórico no Brasil.

Nesta esteira, é fundamental estar atento ao desejo de punir pelo clamor público.

Sobre o tema, em brilhante texto publicado recentemente na revista eletrônica “justificando.com”, as palavras do Juiz Dr. Rubens Casara:

Tem-se o populista judicial, isto é, o desejo de agradar ao maior número de pessoas possível através de decisões judiciais, como forma de democratizar a Justiça aos olhos da população, mesmo que para tanto seja necessário afastar direitos e garantias previstos no ordenamento. Assim, não raro, juizes de todo o Brasil passaram a priorizar a hipótese que interessa à mídia ou ao espetáculo em detrimento dos fatos que podem ser reconstruídos através do processo (nesse particular, a Ação Penal 470 é um exemplo paradigmático).

Na democracia, porém, os direitos fundamentais de todos (culpados ou inocentes, desejáveis ou odiáveis) devem ser respeitados. A atuação dos magistrados não pode ser pautada pelo desejo das majorias, sob pena de inviabilizar o direito das minorias. O Poder Judiciário atua como garante contra a opressão, inclusive contra abusos promovidos pela maioria, e é, portanto, contramajoritário. Mais do que isso: para assegurar o direito de um, o Poder Judiciário pode (e deve) julgar em sentido contrário à vontade de todos os demais. Dito de outra forma: os direitos fundamentais funcionam como trunfos contra as majorias de ocasião e cabe ao Poder Judiciário assegurar não só esses direitos como também a própria democracia em sentido substancial.⁴⁴

⁴⁴ CASARA, Rubens. Poder judiciário: tradição e opressão. nov.2014. Revista eletrônica.. <http://justificando.com/2014/11/15/poder-judiciario-tradicao-e-opressao/>

É o que vemos na prática: decisões duras, inflexíveis dos nossos tribunais, sempre que os magistrados se deparam com casos que envolvam a criminalidade organizada, especialmente quando versam sobre a constrição da liberdade, como vê-se no julgado recente do HC n. 121991/RS, de Relatoria do Ministro Luiz Fux:

HC 121991/RS Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 28/10/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJe-227 - 19-11-2014 Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. PREJUDICIALIDADE ANTE A SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA PENAL. 1. A sentença penal condenatória superveniente torna prejudicada a alegação de constrangimento ilegal quanto ao excesso de prazo na instrução criminal. Precedentes: HC 111.119, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, Dje de 28.05.13; HC 111.837, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, Dje de 27.05.13; HC 113.185, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Dje de 14.12.12; HC 112.576, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, Dje de 1º.08.12. 2. A custódia cautelar visando a garantia da ordem pública legitima-se quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, bem como quando evidenciada a periculosidade do agente pelo modus operandi empregado na prática criminosa. Precedentes: HC 113.793, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Dje de 28.05.13; HC 110.902, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, Dje de 03.05.13; HC 112.738, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 21.11.12; HC 111.058, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Dje de 12.12.12; HC 108.201, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, Dje de 30.05.12. A prisão preventiva legitima-se, ainda, ante as evidências de que, em liberdade, a agente empreenderá esforços para escapar da aplicação da lei penal. Precedentes: HC 106.816, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 20.06.11; HC 104.608, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 1º.09.11; HC 106.702, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 27.05.11. 3. In casu, a paciente foi condenada em 23/5/2014 a pena de

5 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mantida a prisão cautelar, em face da persistência de seus motivos. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que a presente impetração não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. Inexiste, no caso, excepcionalidade que justifique a concessão, ex officio, da ordem. 5. Ordem de habeas corpus extinta.

Consoante o exposto, latente é a importância de se estar atento, como operador do direito ou, principalmente, como cidadão. às possíveis inversões de valores quanto a aplicação do direito penal, e seus reais efeitos sob a sociedade, em especial quando se pretende, em realidade, a segregação de certos grupos sociais.

4 ASPECTOS PROCESSUAIS, A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E SEUS POSSÍVEIS EFEITOS

4.1 A FIGURA DO “JUIZ SEM ROSTO”

A figura do “juiz sem rosto”, ou “juiz anônimo” não é desconhecida da norma jurídica penal mundial, já tendo sido adotada em países como Peru, Nicarágua, México e Colômbia, como meio de garantir a segurança de seus magistrados em casos de excepcional gravidade, quando atuassem em casos envolvendo organizações criminosas de qualquer natureza.

Na Itália, por exemplo, durante a denominada “operação mãos limpas” iniciada com o intuito de combater a corrupção que era massiva nos anos 90, envolvendo tráfico de influência e corrupção de diversos líderes políticos, ex-chefes de governo e grandes empresários.

Este caso, particularmente, impressiona pelos números que envolveram a operação: foram expedidos 2993 mandados de prisão, mais de 6 mil pessoas investigadas, incluindo 872 empresários, 1978 administradores locais, e 438 parlamentares, sendo 4 desses ex-ministros, além da Máfia Siciliana.⁴⁵

É lamentável, porém, que, com este caso, tenhamos um exemplo do perigo que representa ameaça sofrida pelos juízes: a mando da máfia siciliana, de seu poderoso chefe do clã Corleonesi, Salvatore Riina, foram assassinados os magistrados Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, atuantes no combate as máfias. A consequência foi um arrocho legal quanto às práticas associadas às organizações criminosas.

É nesse contexto que é desenvolvida a ideia de um julgamento por colegiado de magistrados, que impeça a identificação formal do julgador.

No Brasil, um exemplo que motivou a instituição da possibilidade de formação de um grupo de juízes para julgarem a prática de qualquer ato processual em processos, mesmo que ainda na fase de investigação, que tenham por objeto crimes praticados pelas Organizações Criminosas, foi o caso do assassinato da juíza Patricia Acioli.

⁴⁵ http://pt.wikipedia.org/wiki/Opera%C3%A7%C3%A3o_M%C3%A3os_Limpas_%28Amap%C3%A1%29.

A magistrada, que era titular da 4ª Vara Criminal de São Gonçalo fora assassinada ao chegar na sua residência, com dezesseis tiros. Ela processava e julgava membros do crime organizado, inclusive policiais corruptos também envolvidos com as organizações criminosas.

À época, o Presidente do Supremo Tribunal Federal classificou o fato como “um ataque ao governo Brasileiro e à Democracia”. A consequência do ocorrido foi a mesma da Itália: arrocho legislativo no que tange a temática da criminalidade organizada.

O assassinato da Dra. Patricia Acioli, em 2012, deu ensejo a retomada da discussão no Brasil, quanto a possibilidade de se instituir um colegiado para decisões e sentenças de processos e procedimentos que versassem sobre organizações criminosas.

Em casos como decisões que decretem prisões, ou medidas assecuratórias, concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão, prolação de sentenças, decisões sobre progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena, concessão de liberdade condicional, transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima e inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, poderá o juiz natural requisitar instauração do colegiado, de maneira fundamentada, expondo os motivos e circunstâncias que acarretem ameaça a sua integridade.

A manifestação do magistrado deverá ser submetida ao conhecimento de órgão correicional.

O colegiado de magistrados deverá ser composto pelo juiz do processo e por dois outros juízes, escolhidos por meio de sorteio eletrônico, dentre os que possuem competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição.

Mais importante, a atuação do colegiado limitar-se-á ao ato para o qual foi convocado, devendo ser dissolvido ao completar a tarefa designada.

A discussão sobre a Constitucionalidade desta atribuição coletiva da competência dos magistrados é deveras importante, visto a grandeza da participação do juiz no processo penal.

O juiz representa a eficácia das garantias dos direitos fundamentais. Como preleciona Aury Lopes Jr.:

A eficácia da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função como garantidos dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal

[...]

Quando se lida com o processo penal, deve-se ter bem claro que, aqui, forma é garantia. Por se tratar de um ritual de poder e limitação de liberdade individual, a estrita observância das regras do jogo (devido processo penal) é o fator legitimante da atuação estatal. Nessa linha, os princípios constitucionais devem efetivamente constituir o processo penal.⁴⁶

Nesta esteira, como preleciona o professor Aury Lopes Jr., são cinco princípios que validam esse “sistema de garantia”, sendo eles a *jurisdicionalidade*, *princípio acusatório*, *presunção de inocência*, *contraditório* e *ampla defesa e motivação das decisões judiciais*.

Note-se, portanto, a importância da figura do magistrado para o processo penal e a manutenção das garantias constitucionais que preservam a segurança jurídica.

O juiz exerce uma função que compõe a garantia do juiz natural, que possui ainda, tríplice significado, apresentado por Gilson Bonato em “Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais” :

- a) somente órgãos instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição;
- b) ninguém poderá ser processado e julgado por órgão instituído após o fato;

⁴⁶ Aury Lopes Jr, (Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional, 7ªEd. Vol.I, ed. Lumen Juris.pp.114

c) há uma ordem taxativa de competência entre juízes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Sendo assim, o que se tem, é exclusividade do juiz constitucionalmente, legalmente instituídos para o exercício da jurisdição, num determinado processo, impedindo a instituição de novos juízos ou tribunais de exceção, como protege o art. 5º, XXXVII da CRFB, tornando desequilibrada a balança do sistema legal isonômico.⁴⁷

E mais, considerando a impossibilidade de se retroagir leis em malam partem, é fundamental a impossibilidade da atribuição de competência *post facto*, evitando-se que juízes ou tribunais sejam especialmente designados para julgarem determinado delito após o fato, porque «o princípio do juiz natural não é de mero atributo do juiz, senão um verdadeiro pressuposto para sua própria existência».⁴⁸

Ocorre que, nos dias de hoje, em que são veiculadas com tamanha publicidade a violência nas mídias, principalmente a praticada pelas grandes inimigas da sociedade, as organizações criminosas e por seus integrantes, acaba por inflar e justificar e proliferar o discurso do ódio e do medo, que tem sua maior consequência a supressão dos direitos e garantias fundamentais.

Considera-se, portanto, pela doutrina majoritária, válida e constitucional a regra trazida pela lei n.12.694 de 2012, que trata da formação de colegiado para julgamento de crimes que envolvam organizações criminosas em seu art. 1º:

Art. 1o Em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz poderá decidir pela formação de colegiado para a prática de qualquer ato processual, especialmente:
I - decretação de prisão ou de medidas assecuratórias;
II - concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão;

III - sentença;

47 BONATO Gilson “Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais”. Rio de Janeiro, 2003. Lumen Juris p.138

48 JR Lopes Aury, Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional, V.I, 7ª Edição. Rio de Janeiro, 2011. Lumen Juris.p. 114.

IV - progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena;

V - concessão de liberdade condicional;

VI - transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e

VII - inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.

§ 1º O juiz poderá instaurar o colegiado, indicando os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada, da qual será dado conhecimento ao órgão correicional.

§ 2º O colegiado será formado pelo juiz do processo e por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição.

§ 3º A competência do colegiado limita-se ao ato para o qual foi convocado.

§ 4º As reuniões poderão ser sigilosas sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial.

§ 5º A reunião do colegiado composto por juízes domiciliados em cidades diversas poderá ser feita pela via eletrônica.

§ 6º As decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro.

Preocupa ainda a referida Lei trazer no seu §6º, art. 1º, a proibição de divulgar voto divergente de decisão por maioria deste colegiado, o que demonstra clara violação à ampla defesa e o contraditório, e o princípio da Publicidade.

Porém, a pressão midiática a que somos expostos, nos lembra diariamente um *tsunami* de episódios lamentáveis de graves violências sofridas pela sociedade, que demonstram indicativos de ostensivos confrontos entre Estado x Organizações Criminosas, que representam afrontas ao estado democrático de direito e coloca em risco a paz social e o pleno exercício da cidadania.

Neste contexto torna-se quase impossível não raciocinar como Hamurabi “olho por olho, dente por dente”. Se o inimigo mostra a força, os aliados também devem mostrar força.

No papel do Estado, o que demonstra esse poder, numa lógica imediatista, é a pressão legal. A opressão se inicia com uma restrição legal ainda maior no que diz respeito aos inimigos do Estado.

Sendo assim, acaba por se justificarem as exceções às garantias e direitos fundamentais que constituem o dispositivo que permite a criação de colegiados bem como demais termos legais que são supressores de direitos individuais, contidos nas mudanças legislativas que versam sobre a criminalidade organizada.

O que se alega, no entanto, como fora proposto no PL n.87/2003 que enseja a Lei, é que não vislumbra-se afronta à CRFB pois não haveria qualquer violação ao princípio da publicidade, já que os julgamentos seriam publicados na forma legal e ficariam sujeitos a todos os recursos disponíveis em nossa legislação.

Nota-se à luz desta análise, que a doutrina brasileira diverge no sentido da legalidade e conformidade da lei.

Ao mesmo tempo que se entende a necessidade de proteção aos magistrados e membros do judiciário que estejam envolvidos em processos que circundam a criminalidade organizada, visto flagrantes ameaças e violências sofridas, tal como o exemplo da Juíza Patrícia Acioli, ainda vimos os assassinatos dos juízes Antônio José Machado Dias (SP), e Alexandre Martins Castro Filho (ES).

Por outro lado, vislumbra-se a afronta direta ao art. 5º CRFB, que proíbe o tribunal de exceção, bem como ao princípio do juiz natural, decorrente do princípio do devido processo legal e da isonomia, constituindo-se como a garantia de um julgamento justo, imparcial, realizado por um juiz competente, em qualquer grau de jurisdição, representados no art. 5º, LIII, LIV e LV da Carta Magna.

É cediço, inclusive, que a jurisdição é completa quando o magistrado que a exerce, consultando livremente sua consciência, decide de maneira fundamentada, coloca sua assinatura no papel escrito, e dá publicidade à decisão.

Destaca-se que o anonimato do juiz não demonstra garantia da imparcialidade, o que impede qualquer arguição de suspeição, impedimento ou incompatibilidade, artigos 95, I, 112 e 564, I, todos do Código Penal, evidenciando cerceamento de defesa.

Alega-se ainda, que o sistema da sentença sem assinatura não deveria surtir efeitos, ademais, fere a publicidade, na medida em que, em um Estado de pleno Direito, todo réu tem que saber quem o acusa e quem o julgará, pois os atos processuais devem ser públicos, art. 5º, LX e 93, IX, ambos CRFB.

Neste embate, o que vemos é prevalecer a política do medo, que vence a legalidade da norma, mesmo com flagrantes ilegalidades no conteúdo dos dispositivos apresentados, “garantindo”, portanto, a integridade física dos juízes, arguido pela a urgência e necessidade suficientemente convincentes.

4.2 OS “NOVOS” MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA

O que é o Processo Penal, senão um ritual-meio, destinado a instruir o julgador na busca da “verdade real”, através reconstrução de um determinado fato histórico, por meio de provas que poderão afirmar a aproximatividade com os fatos narrados na acusação.

A prova é, portanto, meio de comprovação de determinada afirmação de uma conduta passada, que cria condições para que o julgador exerça sua atividade recognitiva, ou seja, produza seu “livre convencimento”, e que legitimará o poder contido na sentença. São imprescindíveis para a seleção e eleição das hipótese apresentadas ao magistrado.

No processo em geral, as provas fazem parte de uma função ritual, na medida da complexidade do lugar que ocupam nesta dinâmica. Sobre o simbolismo de sua importância nesse papel de destaque, descreve Aury Lopes Jr:

Além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para “fazer crer” que o processo penal determina a “verdade” dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não se suceda, e quiçá precisamente, porque na realidade, essa tal verdade não pode ser obtida, é que precisamos reforçar essa crença.⁴⁹

Sendo assim, considerando que a evolução do processo penal está intimamente ligado à qualidade da jurisdição, e que esta é a principal garantia de um Estado de Direito, deverá ser julgado com base nas provas produzidas nos limites do processo.

É importante destacar a diferença de atos de prova, realizados na fase processual, daqueles atos de investigação, realizados na fase de investigação preliminar.

São características dos atos de prova:

- a) dirigidos a convencer o juiz de determinada afirmação;
- b) estão a serviço do processo e integram o processo penal;
- c) servem à sentença;
- d) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação;
- e) são praticadas ante o juiz que julgará o processo.
- f) São características dos atos de investigação:
- g) Se referem à hipótese, e não a afirmação;
- h) estão a serviço da fase pré-processual;
- i) são utilizados para formar juízo de probabilidade, e não da convicção do juiz para o julgamento.
- j) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, podendo ser restringidas;

⁴⁹ LOPES Jr. Aury Lopes - Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional. 7ª Ed. Vol. I. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2001. p.524

- k) são destinados a embasarem o *fumus comissi delicti* para justificar o recebimento da ação penal, bem como a decisões interlocutórias de imputação e adoção de medidas cautelares;
- l) podem ser praticadas pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.

Ultrapassada essa classificação, voltamos ao princípio da íntima convicção, que surge, no tema de provas, como uma superação do modelo de sistema legal de provas, que previa hierarquia valorada dos elementos probatórios apresentados.

A doutrina destaca três elementos integradores da prova: objeto, sujeito ou órgão, e meio de prova, que devem ser demonstrados pelas partes que alegam, e reconhecido pelo juiz, trata-se do objeto da prova.

Sujeito ou órgão da prova é a pessoa física que no processo transmite o conhecimento de um objeto de prova, sendo impossível tratar-se de pessoa jurídica pois não possui existência material.

Destaca-se a relevância desse elemento na modalidade testemunhal de prova, produzido nas declarações de informantes, das vítimas, nos interrogatórios, bem como nas testemunhas e delatores.

Já meios de prova são elementos que justificam ou esclarecem os fatos que se apuram, que, através dos quais, irão conhecer objetos de provas.

Em regra, os meios de prova que não sejam indignos, imorais, ilícitos ou ilegais, respeitando a ética e o valor da pessoa humana, podem ser admitidos no processo penal, mesmo que não estejam legalmente relacionados no Código de Processo Penal.

Para Antônio Magalhães Filho, em “Direito à Prova no Processo Penal”:

Os mecanismos probatórios servem à formação do convencimento do juiz, e concomitantemente, cumprem função não menos relevante de justificar perante o corpo social a decisão adotada... em outras palavras, além de ser um procedimento psicossocial; daí a extraordinária

importância da natureza das provas e o modo como são obtidas e incorporadas ao processo.⁵⁰

O processo acusatório deve ser, nesta esteira, respeitando os princípios constitucionais de processo penal, formalista, pois nesta linha forma é garantia da legalidade e da isonomia e *due process of law*

As mudanças advindas desta lei causam desconforto na doutrina porque insinua afronta a determinados Princípios Constitucionais, na medida em que suprimem direitos individuais à privacidade, à antecipação da pena, e o já trabalhado princípio do juiz natural.

A preocupação aqui apresentada é, em sua essência, motivada pela política interna e externa, pela repugnante existência das Organizações Criminosas, bem descrita por FERRAJOLI:

A legislação, privada de uma remissão axiológica e vinculada unicamente à política conjuntural, abdicou por sua vez, da finalidade de escolher os bens fundamentais merecedores de tutela penal, despejando sobre a jurisdição funções de controle sobre as infrações ais variadas, inclusive aquelas que deveriam estar sujeitas a controle político e administrativo.⁵¹

No que se refere às organizações criminosas, o discurso da emergência é ainda mais aplicado, ora, senão elas que causam todo o mal sofrido pelos homens de bem. A afirmativa pode ser claramente vislumbrada no texto legal n. 12.850/13, que assim versa em seu capítulo II, “Da investigação e dos meios de obtenção da prova”, *in verbis*:

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;

⁵⁰ MAGALHÃES FILHO Antônio, em Direito à Prova no Processo Penal. p.13.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi - Derechos y Garantías, La ley del más débil. Ed. Trotta, 1999, Madrid

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;

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.

Note-se a emergência nas alterações legislativas ligadas a esta temática, através dos dispositivos que instituem verdadeiras exceções ao Processo Penal, como a delação premiada e o julgamento por colegiado em primeira instância.

Porém, não podemos nos olvidar de que estamos falando aqui, do ritual do processo Penal, em que o ponto reitor da investigação criminal é, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

O Código Penal portanto, não pode ser compreendido em seus fundamentos sem que se conheça a fundo a matriz constitucional que é seu pilar, pelos valores adotados, sob pena de inversão dos papéis: a leitura do Código Penal que deve ser feita à luz da Constituição, e não ao contrário.

Ou seja, a persecução penal deve pautar-se pelo ser humano, antes que o estado, como sua proteção como alvo, e que esse seja compreendido não como indivíduo, mas como membro da comunidade, considerando que, nesta relação, o segundo está a serviço do primeiro.

No direito brasileiro, a leitura do investigado emana da Carta Magna, assim como dos tratados internacionais os quais o Brasil é signatário no campo dos direitos fundamentais, destaca-se o Pacto de San José da Costa Rica.

Não se pode deixar de imaginar, um cenário no qual o Estado disponha de meios para efetivar a investigação criminal de forma condizente com o tipo do crime praticado, não obstante quanto mais incisivos sejam os instrumentos utilizados na persecução penal, maior será, por sua vez, a necessidade para o acusado de garantias protetoras ante a possibilidade de abusos de poder praticados pelo Estado.

Nesta esteira, o questionamento a se fazer com os novos meios de provas trazidos pela Lei 12.850/2013, é se estão inseridos neste contexto à luz dos direitos fundamentais, e se preservam os princípios constitucionais consagrados.

4.3 A DELAÇÃO PREMIADA

Compreende-se as dificuldades probatórias dos tradicionais meios de investigação em alcançar alguma eficiência diante de fenômenos criminais organizacionais modernos, e, atendendo ao apelo midiático na guerra contra o inimigo e ao terror, constata-se a premissa de que a obtenção de resultados positivos neste enfrentamento parece passar pela necessária adoção de métodos especiais de investigação e de produção de provas.

É nesse quadro fático-normativo que encontra-se a dificuldade em definir-se um ponto de equilíbrio entre o interesse social na revelação do fato criminoso e de sua autoria, e as garantias do indivíduo.

A colaboração premiada se insere como reforço e aprimoramento das técnicas investigativas, que, fundamentam-se em razões político-criminais utilitaristas, já que demonstram serem insuficientes os meios de prova até então utilizados para desconstruírem as organizações criminosas, e equipara-se à categoria de arrependimento processual, pois trazem reflexos de pragmatismo sobre esclarecimento dos fatos, e identificação dos autores.

Os maiores problemas que são destacados pela doutrina no Brasil estão no próprio instrumento, seja no seu efeito no plano prático como também no aspecto valorativo, pela tendencial afetação de princípios e interesses legitimantes do sistema penal e processual.

O instituto da delação premiada evidencia conflito com princípios constitucionais de garantia do indivíduo, como a isonomia, proporcionalidade e presunção de inocência. Busca-se, no entanto, concentrar aqui, os aspectos de equilíbrio do sistema penal, tendo como norte os princípios constitucionais que podem sofrer influxos na matéria, ainda que o debate esteja impregnado de considerações políticas, e mesmo de valoração ético-ideológica quanto aos fins a que se destinam a utilização da delação premiada, e o próprio direito penal.

Apesar de se tratar de um instituto previsto na legislação brasileira há mais de 25 anos, desde a publicação da Lei n. 7.492/86, parece que nunca antes na história se vislumbrou tanto a necessidade de utilizá-lo.

Nesta esteira, a lei 12.850/2013 trouxe sensíveis modificações sobre a delação premiada. Como conceitua Guilherme Nucci

Colaborar significa prestar auxílio, contribuir; associando-se ao termo premiada, que representa vantagem ou recompensa, extrai-se o significado processual penal para o investigado ou acusado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a ocorrência de outro (s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal, no tocante à materialidade ou autoria.⁵²

A referida lei ampliou o rol de benefícios concedidos aos delatores que contribuem de forma voluntária com a investigação, que podem ser premiados inclusive com o perdão judicial, ou reduzir em até dois terços da pena privativa de liberdade ou substituída por restritiva de direitos, dependendo da eficácia da colaboração para resolução da investigação.

Assim dispõe o art. 4º da Lei 12.850, da sessão I: “da colaboração premiada”:

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

Art. 4o

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.

Em qualquer caso, serão considerados critérios subjetivos do agente colaborador, como a sua personalidade, a natureza e as circunstâncias dos fatos e do acordo, bem como a gravidade e a repercussão social do fato criminoso (art. 4º, §1º, Lei 12.580), tudo isso considerando principalmente a relevância dos fatos delatados para a instrução do processo.

O termo de acordo da delação pode ser encartado aos autos ou mantido em expediente apartado com acesso restrito ao advogado do colaborador, aos defensores de eventuais outros investigados ou réus, ao Membro de Ministério Público, à Autoridade Policial e ao Juiz.

É evidente que o colaborador carece de atenção especial no que diz respeito aos instrumentos de proteção pessoal e jurídica, com incidência, se o caso, das medidas cautelares e especiais previstas na Lei de Proteção a Vítimas, Testemunhas e Réus Colaboradores (art. 15 da Lei 9.807/99).

O termo formal não tem disciplina estabelecida em lei, conquanto tramitem no Congresso Nacional projetos neste diapasão. Não há, de qualquer maneira, obstáculo normativo para a celebração do acordo nos moldes acima rascunhados

Resta saber agora, até que nível a tutela penal deve considerar a pretensão de eficiência do sistema penal, em termos de política criminal, de tal modo a legitimar o instituto da delação premiada.

O instituto está inserido num campo de tensão entre dois cenários: o fortalecimento da operatividade do sistema penal, em contrapartida da legitimidade do sistema em conformidade com princípios e garantias do Estado de Direito.

As preocupações da doutrina brasileira centram-se em dois aspectos pertinentes: quanto ao custo-benefício da adoção de mecanismos tendentemente autoritários, justificados pela necessidade de fazer frente à criminalidade moderna; e quanto à imposição de limites à ampliação desses instrumentos de reforço dos poderes estatais sobre os direitos de liberdade.

Neste sentido, em artigo publicado na Revista do Conselho Nacional de Justiça em abril de 2013, o Juiz Federal Frederico Valdez Pereira afirma que:

Parte-se da premissa de que há necessidade de se conjugarem no processo penal, além da defesa das garantias e liberdades, outros bens de residência constitucional tais como operatividade instrumental da persecução penal, oriunda de uma imposição de reflexo de uma defesa individual e projetada a partir dos deveres de proteção estatal, na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.⁵³

Vê-se, portanto, um confronto quanto às exigências de operatividade do processo penal e o efetivo funcionamento da tutela coercitiva de direitos e interesses da sociedade, conquanto às imposições que asseguram as liberdades individuais frente ao poder coercitivo do Estado, combinando sucessivamente sucessos e excessos legislativos, que

⁵³ PEREIRA, Frederico Valdez - compatibilização constitucional da colaboração premiada revista do conselho nacional de justiça em abril de 2013.

deveriam fazer equilibrar os dois polos desta relação: garantismo e operatividade repressiva.

Este equilíbrio deve ser condição legitimante para as normas de incentivo à colaboração premiada.

O fato de estarem incorporadas à norma fundamental tanto condições de validade substancial, como também requisitos de regularidade formal, é exatamente o que caracteriza um Estado Democrático de Direito, estruturados numa constituição rígida. Desta afirmação, cabe questionar a legitimidade possível do prêmio a agentes colaboradores e a compatibilidade ou não dessa previsão com as normas constitucionais, de modo a aferir não apenas a injustiça, mas a invalidade por oposição à norma fundamental.

Observa-se nesta esteira, se estariam os princípios constitucionais direcionados à exigência da operatividade do sistema penal, que radicariam um interesse da ordem jurídico-penal de eficiência nas investigações e esclarecimentos dos delitos, ou, estariam afrontados os princípios constitucionais oriundos de conformidade à justiça e garantia, tais como igualdade, culpabilidade, tratamento isonômico dos acusados, que tenderiam a afastar a incidência de mecanismos de persecução embasados na atitude de co-réus.

Entende-se como pressuposto da colaboração processual que o investigado confesse os fatos que participou enquanto membro das organizações criminosas, abrindo mão de forma expressa do direito constitucional ao silêncio, e comparecendo no processo como informante.

A partir desta afirmação poderia resultar em eventual violação do direito constitucional de o acusado não produzir provas contra si mesmo, pelo fato de delação embasar-se na confissão plena e cooperação de sujeito investigado, pelos mesmos fatos objetos da apuração. Mas, para isso ocorrer, ter-se-ia de considerar o direito dos acusados a não confessarem as condutas delituosas por eles praticadas como um direito indisponível.

Mas, entende-se, ao contrário, que a possibilidade de se atribuir um efeito benéfico ao “réu-confesso” voluntário, não importa em autoincriminação, bem como também não elimina a voluntariedade da renúncia à garantia de não se declarar culpado, o fato de haver uma “premiação” na delação.

Em verdade, desde que livre e conscientemente, pode o réu dispor de seu direito constitucional de não colaborar, situando-se na esfera da liberdade do titular do direito a decisão de opor-se ou não à imputação, sendo parte da estratégia processual adotada pela defesa.

No atual sistema processual penal, diferente do inquisitivo, tem-se apenas o reconhecimento dos fatos, que não importa em afastar a presunção de inocência, mas apenas se utilizar da delação como meio eficaz de busca de provas internas da estrutura delituosa, valendo-se de posição privilegiada do colaborador na hierarquia das organizações criminosas.

Uma segunda problemática é tema central no debate: a adequação constitucional relacionada ao delator, da relação de proporcionalidade entre a medida da pena e a gravidade objetiva do fato, bem como a culpabilidade do autor.

Isso ocorre pelo fato de a valoração gradual das medidas penais e premiaias serem inversamente proporcionais aos graus de responsabilidade dos investigados nos crimes tipificados como organizações criminosas.

A doutrina majoritária dos Estados de Direitos liberais atribui ao princípio da proporcionalidade da pena à gravidade objetiva e subjetiva do fato delituoso. Isso confere à pena caráter aceitável quando restrita aos limites da culpa expressada na conduta delitiva.

Na origem, o que se enxerga sobre o princípio da culpabilidade, é a exigência de proporção entre resposta penal e crime, norteados pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade, mas, aplicado ao instituto da delação premiada, o que está em jogo são os interesses políticos-criminais, tratado como meio para obtenção de

fins, ciolando o reconhecimento que lhe é devido como cidadão, o que significaria tratá-lo como um “*um valor de troca e não um valor em si*”.⁵⁴

Levando-se em consideração o fato de que as normas penais incriminadoras pressupõem restrições aos direitos fundamentais, fica a cargo do princípio da proporcionalidade, máxima para limitar a apenação à gravidade objetiva e subjetiva dos fatos delituosos, de maneira a coibir excesso de rigor na intervenção punitiva, para ale, da responsabilidade do acusado, figurando também como fator de equilíbrio no outro polo da questão, no que tange a “premiação”, como limite à redução da penalidade na delação.

É nesse cenário de conflito dos direitos de segurança ou pretensão a uma resposta penal adequada como forma de tutela dos direitos fundamentais, que está inserida a questão dos critérios de razoabilidade sobre os limites da redução da pena aplicada.

A razão da conseqüente redução da pena pela incidência da norma premiada reside na finalidade de reforço repressivo ante a verificação da estagnação da investigação, de modo a permitir a superação deste bloqueio.

Nesta esteira, o que se questiona, é se o preço cobrado pela utilização do dispositivo premial, em termos do aparato da jurisdição penal, justifica-se ante as imposições decorrentes das exigências dos fenômenos associativos modernos.

Porém, o que se vê é que a contradição parece insuperável no impasse, o que reserva ao debate apenas a crítica quanto a aplicação do princípio da igualdade, de modo a afastar possíveis formas de privilégios concretizadas na legislação em relação aos delatores e aos demais co-réus, que se concluiria pelo prejuízo à isonomia.

Assim, para uma interpretação constitucional do prêmio para o colaborador, é importante distingui-lo do criminoso irreduzível, e aproximá-lo do criminoso arrependido, pelo menos no que tange ao tratamento diverso na individualização da resposta estatal. Reporta-se à velha máxima de “tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais”, aplicando a parte final ao criminoso arrependido.

⁵⁴ DIAS, Augusto Silva. Ramos emergentes do direito penal relacionados com a proteção do futuro: ambiente, consumo e genética humana. Coimbra, 2008. P.166

Ainda é possível destacar uma justificativa mais racional apontada pela doutrina, como motivo para a hipótese de quebra da isonomia na previsão do prêmio, é a emergência investigativa nos crimes graves cometidos na prática das organizações criminosas.

É ainda sustentável o argumento da emergência, quanto a presença iminente de periculosidade e impenetrabilidade das organizações criminosas, em que pese graves riscos decorrentes da função-repressiva minimamente eficiente e ágil, quase como um “estado de necessidade” do prosseguimento da investigação, e a consequente resposta estatal.

Teria, portanto, o instrumento da delação premiada efeito relevante direcionado a resolver uma problemática do processo penal e dos instrumentos de apuração criminal, que são verdadeiras impossibilidades de prosseguimento judicial, e que, por isso, identificar-se-ia uma disfunção do sistema penal, e uma falência quanto a sua funcionalidade. Sendo assim, ficariam os crimes de maior lesividade sem esclarecimento pelos meios tradicionais de prova, o que exige a busca de instrumentos outros para melhorar ou aperfeiçoar a eficácia das investigações, de maneira emergencial, que atravesse o bloqueio na apuração persecutória.

Porém, a delação premiada trata-se de um acordo firmado entre o investigado e o Ministério Público ou a Autoridade Policial, em que o primeiro fornece informações acerca das práticas criminosas das organizações criminosas em troca de premiações que variam de redução da pena até o perdão judicial, como já exposto, valorado de acordo com a eficácia das declarações, que deverá ser submetido ao rito determinado na lei.

Observa-se nesta linha, como outro ponto a ser destacado acerca do insurgimento no cenário do ordenamento jurídico brasileiro, no bojo da discussão delação premiada, a previsão do art. 4º, §6º da Lei 12.850, que restringe a participação do juiz nas negociações ao mero garantidor, senão vejamos pela redação do referido artigo:

§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.

Vê-se portanto a intenção do legislador em não conceber a participação do julgador no acordo de delação, o que fortalece a imparcialidade necessária ao processo penal.

Como preleciona Pierpaolo Cruz Bottini em publicação no sitio eletrônico Revista Consultor Jurídico:

Nos parece que, no sistema acusatório (ou acusatório misto), que se pretende aos poucos implementar no ordenamento pátrio, a participação do magistrado na colheita de prova afeta sua imparcialidade, de forma que seu envolvimento no acordo de delação é desaconselhável.⁵⁵

A imparcialidade do magistrado decorre do já explicitado, princípio do juiz natural, como pressuposto de ralação processual válida, trata-se de garantia aos direitos das partes de serem julgadas por juiz imparcial, o que precipuamente dá um caráter ético ao processo penal.

Tratando-se de ser um meio de prova, a delação premiada não poderia permitir a participação na sua confecção, já que as partes deverão produzi-las contra os demais investigados, das mais variadas provas admitidas em direito. Aury Lopes Jr. Com sua habitual presteza, diz que o modelo acusatório não se desliga da imparcialidade, sendo, na verdade, «*condição de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória*»

E vai além:

A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-autor (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório, logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de

⁵⁵<http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara>

tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo. 56

Com efeito, sob pena de macular a validade da prova, a obtenção das provas deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público, enquanto ao magistrado, cabe a posição de verificador da regularidade, legalidade e a garantia da voluntariedade do acordo para fins de homologá-lo.

Parece não haver maiores questionamentos acerca da idoneidade, à luz das garantias individuais constitucionais, da delação premiada como meio de coleta de provas, conquanto atinja ao objetivo de reforço nas técnicas de investigação, e que eficazmente sirva como veículo desagregador dos fenômenos delituosos associativos, principalmente quando adequa-se o instrumento à ideia de arrependimento do investigado, garantindo todos os direitos aos quais os réus fazem jus num Estado Democrático de Direito.

⁵⁶ LOPES JR. Aury, Direito Processual Penal. 9ª Edição. SP. Saraiva, 2012. P.188/189

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, resta cristalina a importância deste tema das Organizações Criminosas no contexto fático-normativo em âmbito global.

A atenção especial dirigida às organizações criminosas advém do perigo iminente das práticas delituosas a que são dirigidas as atividades das organizações criminosas, que desafiam o monopólio estatal com uso da violência e ameaça a paz pública, causando um perigo estimado pela ONU em 320 bilhões de dólares.

Como, em geral, as organizações criminosas são de origem periférica, vemos uma clara destinação especial de leis penalizadoras para as práticas associadas à essas organizações.

Nesse contexto, a teoria do Direito Penal do Inimigo, insuflado pelo discurso da emergência, gera um movimento de verdadeira demonização de determinados grupos sociais, e que, para mantê-los sob controle, são criados mecanismos legitimados do Estado de Direito, principalmente através do uso do Direito Penal, como forma de controle, punição e cristalização desses inimigos, com fim de manutenção do *status quo*.

Com a globalização foi possível um rompimento – visível e invisível – das barreiras geográficas continentais, como nos crimes de Associação de Organização que praticam tráfico transnacional de drogas, como exemplificado nos cartéis colombianos, intensificando inclusive o intercâmbio de informação e fluxo de capitais.

O medo dessas organizações, que são destacados pela mídia, que fomentam esse “terror”, fez com que a ONU promovesse a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, conhecida como Convenção de Palermo.

O documento produzido nesta convenção, do qual o Brasil é signatário, transformou-se na principal medida de cooperação internacional no combate ao crime organizado, principalmente quanto ao fato de ter-se estabelecido conceito uno, afim de aprimorar a cooperação internacional e a obstrução das atividades criminosas.

Este documento é integrado ao sistema normativo brasileiro através do Decreto n. 5015 de março de 2014, e traz o conceito de Organização Criminosa, bem como regula

meios de prova e procedimentos investigatórios nos casos envolvendo crime organizado, na consolidada jurisprudência do STF.

O novel legal apresentou, ainda, a inovação trazida no art. 1º, parágrafo 1º, que permite ao magistrado, fundamentadamente, recorrer a um colegiado de magistrados para decisões de constrições de direitos individuais, alegando segurança de sua integridade física.

Reintegra também à práxis penal o instituto da delação premiada no seu artigo 4º. Ambos dispositivos ensejaram debates quanto à suspensão de direitos e princípios constitucionais, como o princípio do juiz natural e daqueles que equilibram as relações jurídicas, como a isonomia, a proporcionalidade e a legalidade.

Acerca do debate doutrinário e jurisprudencial, vê-se que o discurso da emergência e do medo se sobrepõe, ao final, às garantias individuais suscitadas no confronto de ideias. Neste passo, questiona-se a função simbólica do Direito Penal sobre o desvio de finalidade, que é direcionado para um direito penal do inimigo, transpondo-se por uma redução de pena correspondente à antecipação da proteção penal, à Legislação do Combate.

Aplicada a análise ao contexto atual do Brasil, como destacado no bojo do trabalho, nota-se hoje um apontamento de novos “inimigos”, quais sejam, os que integram organizações criminosas com fim de prática de crimes conhecidos como “colarinho branco”.

É nítida essa afirmação no cenário das investigações da Operação “Lava Jato”, que pretende esclarecer um grande esquema de Organizações Criminosas, com o suposto fim de práticas de crime de corrupção, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, tendo, no cenário, agentes que são parte da estrutura do Governo, bem como grandes empresários nunca antes expostos ao escracho público, na posição de réus em processo criminal.

Especialmente neste contexto, destaca-se principalmente a utilização do acordo de delação premiada, que, aqui, faz-se um adendo crítico da prática processual, pois está

estampado nos meios de comunicação de forma desrespeitosa à legislação quanto ao sigilo do acordo de delação, o que, num momento futuro, pode macular inclusive o juízo de motivação na sentença, visto que já a própria mídia já exhibe os envolvidos como se culpados fossem, numa profusão de informações e acusações expostas diariamente.

Obsta-se, no entanto, o comprometimento dos magistrados quanto aos princípios do juiz natural e do livre convencimento.

Porém, fato é que os resultados da aplicação dos termos da Lei 12.850/13 poderão ser melhores observados no futuro, eis que recentes no ordenamento jurídico, principalmente quando se trata de aplicação no processo penal.

5. REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro, “Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico”.In: Revista IBCCrim, ano 2, 1994.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crime organizado e proibição de insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BONATO, Gilson. Devido processo legal e garantias processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris,. 2003.
- CIRINO, Juarez, Crime Organizado”, in Direito Penal e Direito Processual Penal – Uma Visão Garantista, RJ, Editora Lumen Juris, 2001.
- DIAS, Augusto Silva. Ramos emergentes do direito penal relacionados com a proteção do futuro: ambiente, consumo e genética humana. Coimbra, 2008
- EL HIRECHE, Gamil Foppel, Análise Criminológica das Organizações Criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento Jurídico Pátrio. Manifestação do Direito Penal do Inimigo. Ed. Lumen Juris, RJ, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, La Ley Del Más Débil, Ed. Trotta, Madrid 1999.
- FERRAJOLI, Luigi - Derechos y Garantías, La ley del más débil. Ed. Trotta, 1999, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi, “A Pena em uma Sociedade Democrática”. In Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade. Ano 7, nº12, 2º semestre 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002,
- GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. Crime organizado e seu tratamento jurídico penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011
- HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal vol. IX, Edição Revista Forense, 1958
- KISSINGER, Henry. Diplomacy. New York: Simon & Schuster, 1994.
- LOPES JR, Aury, Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional. 7ªEd. Vol. I, Ed. Lumen Juris.
- LOPES JR, Aury, Direito Processual Penal. 9ª Edição. SP. Saraiva, 2012.

MAGALHÃES Filho, Antônio, Direito à Prova no Processo Penal. Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1997.

MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime organizado. São Paulo; Editora Saraiva, 2012

NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

PEREIRA, Frederico Valdez - compatibilização constitucional da colaboração premiada revista do conselho nacional de justiça em abril de 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In. Revista IBCCRIM. São Paulo. marc/abr. 2004, nº47. p. 47.

STERLIN, Claire Thieves: the threat of the new global network organized crime. Simon & Schuster.

STJ, HC 13805/ RJ, Relator Min. HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), Julgamento: 22/03/2011, Órgão Julgador: 6ª Turma.

Sites consultados

<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/propositos-e-principios-da-onu/>

<http://www.unric.org/pt/actualidade/30901-nova-campanha-da-onu-destaca-custos-financeiros-e-sociais-do-crime-organizado-transnacional>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm

<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/67417.pdf>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm

<http://justificando.com/2014/11/15/poder-judiciario-tradicao-e-opressao/>

<http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direito-criminal/artigo-prof-luiz-flavio-gomes-organizacao-criminosa-um-ou-dois-conceitos>

<http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/direito-defesa-delacao-premiada-exige-regulamentacao-clara>

<http://www.ibccrim.org.br/DPE2014/docs/flavio/valdez.pdf>

http://pt.wikipedia.org/wiki/Opera%C3%A7%C3%A3o_M%C3%A3os_Limpas_%28Amap%C3%A1%29