

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A NOVA LEI Nº 12.850/13 QUE DISPÕE SOBRE O CRIME
ORGANIZADO, BEM COMO SUA PROBLEMÁTICA E
APLICAÇÃO NA SISTEMÁTICA BRASILEIRA**

Cristiane Garcia de Campos

Presidente Prudente/SP

2014

CENTRO UNIVERSITÁRIO
"ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A NOVA LEI Nº 12.850/13 QUE DISPÕE SOBRE O CRIME
ORGANIZADO, BEM COMO SUA PROBLEMÁTICA E
APLICAÇÃO NA SISTEMÁTICA BRASILEIRA**

Cristiane Garcia de Campos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcus Vinícius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP
2014

A NOVA LEI Nº 12.850/13 QUE DISPÕE SOBRE O CRIME ORGANIZADO, BEM COMO SUA PROBLEMÁTICA E APLICAÇÃO NA SISTEMÁTICA BRASILEIRA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Marcus Vinícius Feltrim Aquotti
Orientador

Rodrigo Lemos Artero
Examinador

Fernanda de Matos Lima Madrid
Examinadora

Presidente Prudente/SP, 26 de Novembro de 2014.

A justiça, cega para um dos lados, já não é justiça. Cumpre que enxergue por igual à direita e à esquerda.

Rui Barbosa

Aqueles que Deus predestinou, também os chamou. E aqueles a quem Deus chamou, também os justificou. E aqueles a quem justificou, também os glorificou.

Romanos 8,30

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, por esta oportunidade de me proporcionar esta vida com este plano de estudos.

Em segundo lugar, a minha família, em especial meu pai Cláudio e minha mãe Graça que sempre me apoiaram e passaram noites em claro junto a mim, nas longas noites de estudo, com perseverança e carinho.

Aos meus irmãos Renato e Gustavo, que os amo muito, e juntos vencemos e venceremos todas as batalhas.

Aos professores que comigo compartilharam o conhecimento, em especial o Professor Marcus Vinícius, meu orientador, que estava sempre de prontidão para atender as minhas dúvidas - um paizão-, e aos meus queridos membros da banca avaliadora que marcaram minha vida com suas aulas inspiradoras, e todos os demais professores que me ajudaram nesta caminhada.

A todos meu sincero agradecimento.

RESUMO

Este trabalho visa demonstrar um estudo sobre o levantamento histórico das origens das máfias mundiais, bem como sua expansão mundial através da globalização, mas que estas existem desde o império e continuam a contracenar com o Estado perturbando com a insegurança social e aperfeiçoando organizações pelos séculos seguintes. Ademais analisa sob um enfoque geral e minucioso sobre a importante inovação do Código Penal, advindo pela Lei nº 12.850/13 que trouxe meios de provas para efetivo combate ao crime organizado bem como a função exercida pelo sistema penal em nossa sociedade capitalista, apontando-o como representação da realidade social existente. Deste modo alega-se a importância dos princípios que o norteiam o Direito para os casos que a presente Lei dispõe, mediante observação de elementos conceituais, análises doutrinárias, análises legislativas, para uma legislação acirrada no combate ao crime organizado, esta que cada vez mais consome a sociedade e a frustra pela grande maioria na barbaridade de crimes executados.

Palavras-chave: Lei nº 12.850/13. Máfia. Crime Organizado. Associação Criminosa. Ordenamento Jurídico Brasileiro. Meios de Obtenção de Provas. Direito Penal.

ABSTRACT

This present monograph aims to demonstrate a historical survey of the origins of the world's mafias, as well as its global expansion through globalization, but these are from the empire and continue to act with the State disturbing to social insecurity and improving organizations by sequent centuries. Moreover analyzed under a general and thorough focus on the important innovation of the Penal Code, arising by Law nº. 12,850/13, which brought evidence for effective means of combating organized crime as well as the role played by the criminal justice system in our capitalist society, pointing it as a representation of existing social reality. We used the deductive method to bring the right from the perspective of the importance of the principles that guide for cases that this Act provides, through observation of conceptual elements, doctrinal analysis, analysis of legislation, to a tight laws to fight crime organized, that this increasingly consuming society and frustrated by the vast majority of crimes carried out in barbarity.

Keywords: Law nº. 12,850/13. Mafia. Organized Crime. Criminal Association. Brazilian legal system. Meansof Evidence. Criminal Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 APORTES INICIAIS SOBRE A GLOBALIZAÇÃO E O CRIME ORGANIZADO	13
3 ANÁLISE HISTÓRICA DAS MÁFIAS, ORGANIZAÇÕES E ASSOCIAÇÕES CRIMINOSAS NO MUNDO.....	17
3.1 CasaNostra, Camorra, 'Ndranghetta	20
3.2 Máfia Russa	21
3.3 Máfia Japonesa Yakuza	22
3.4 Máfia Americana	22
3.5 Máfias Brasileiras	23
3.5.1 Cangaço	24
3.5.2. Primeiro comando da capital:	25
3.5.3. Comando Vermelho.....	26
4 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS DISPOSIÇÕES SOBRE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	27
4.1 Jus Puniendi x Status libertatis e a Lide Penal.....	28
4.2 Das Disposições sobre as Organizações Criminosas	29
4.3 Diferenças Entre Associação Criminosa e Organização Criminosa	34
4.4 Da Introdução do Artigo 288-A no Código Penal.....	38
4.5 Possibilidade de Qualificadora do art. 8º da Lei nº 8.072/90	39
4.6 Cabimento do art. 35 da Lei nº 11.343/06	40
4.7 Do Estudo Sobre a Lei nº 12.850/13	42
4.7.1 Da qualificadora do art. 2º §1º da Lei nº 12.850/13	44
4.7.2 Das causas de aumento de pena prevista no art. 2 e parágrafos seguintes	44
5 DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA	49
5.1 Da Colaboração Premiada/ Delação Premiada.....	50

5.1.2 Das formas do agente conseguir a delação premiada	55
5.1.3 Da análise do art. 4º da Lei nº 12.850/13	59
5.1.4 Dos direitos do colaborador.....	71
5.2 Da Ação Controlada	76
5.3 Da Infiltração De Agentes.....	81
5.3.1 Direitos do agente infiltrado.....	93

6 DAS FORMAS DE ACESSOS A INFORMAÇÕES, DOS CRIMES OCORRIDOS E DISPOSIÇÕES FINAIS..... 96

6.1 Dos Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção Da Prova.....	100
6.2 Das Disposições Finais Da Legislação	102

7 DA COMPARAÇÃO DA LEI 12.850/13 COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO 110

7.1 Penas Privativas de Liberdade.....	111
7.1.2 Regime fechado e o regime disciplinar diferenciado	112
7.1.3 Funcionamento do RDD	114
7.1.4 Direito penal do inimigo	115
7.1.5 Da comparação com a Lei nº 12.850/13	116

8 CONCLUSÃO 118

9 BIBLIOGRAFIA 120

1 INTRODUÇÃO

Nesta monografia se apresentou um conciso levantamento histórico sobre a globalização, as organizações criminosas e com o advento no ordenamento jurídico da nova Lei nº 12.850/13.

A intervenção do legislador, sobre o tema organização criminosa, trás uma inovação importantíssima, que alterou tanto o âmbito prático como o teórico do nosso sistema jurídico brasileiro, para a criação de um melhor Estado Democrático de Direito.

Logo, a desígnio foi um estudo e uma explanação de conceitos e pesquisas sobre o tema.

Fora objeto de comento principalmente, a globalização mundial, sendo esta, fator dominante apara a atividade de integração de países e pessoas do mundo todo.

Também se explanou como é a formação de organizações criminosas no mundo bem como as organizações criminosas brasileiras, além de se analisou o advento da Lei nº 12.850/13 no ordenamento, com seu conceito e desenvolvimento histórico, bem como, o direito penal do inimigo e o regime disciplinar diferenciado como formas de intervenções do Estado contra as organizações.

Deste modo, a partir do século XV e XVI teve início as grandes navegações, fator crucial, como origem do desenvolvimento, sendo tentado pelos europeus que viajando pelos mares a fins de ligar Oriente e Ocidente, gerando as descobertas marítimas e a comercialização de especiarias.

Assim, com o acontecimento da expansão mundial, oriundos dos fatos acima descritos, promoveu então o ápice do sistema capitalista. Tudo começou quando o homem evoluiu do sistema feudal que vivia e passou a explorar o ambiente, vindo então a Revolução Industrial, após, a industrialização e a formação de pequenos vilarejos.

Com isso, com o passar das décadas, formavam-se as pequenas cidades.

Observou-se que na grande maioria a desigualdade favorece a criminalidade, no qual se foi abordado conseqüentemente o tema e conceitos. Ainda foi resguardado polêmicas doutrinárias, como por exemplo, para alguns crimes, criminosos se beneficiam de certas áreas que se utilizam, como cargos ou até mesmo certos empregos para o cometimento de delitos que exigem elementos especiais.

Ademais, comentou-se a nova Lei nº 12.850/13, que revogou expressamente a Lei nº 9.034/95 e discutiu-se a polêmica sobre a revogação parcial ou total da norma anterior, a Lei nº 12.694/12.

Analisou-se que ainda na Lei nº 12.694/12 não se trazia uma definição de organização criminosa, nem trazia nenhuma pena para o agente cometido do crime organizado, mas por uma análise teleológica, se utilizava a Convenção de Palermo.

Ocorre que no ano de 2013, fora criada a Lei nº 12.850, para o fim de legislar e conceituar mais detalhadamente sobre o tema do crime organizado. Desta nova Lei, surgiu um novo conceito e várias polêmicas doutrinárias e práticas.

Logo, o novo conceito trazido pelo advento da Lei nº 12.850/13 mudou o ordenamento jurídico brasileiro para caracterizar o crime de organização criminosa, disposto no art. 1, §1º relacionando a quantidade de associados e alterando a modalidade penal que antes era somente para crimes, agora, portanto também coube para infrações penais.

Também se avaliou a alteração dada pela Lei nº 12.850/13 ao art. 288 do Código Penal, trazendo a diferença dos tipos penais que, apensar de serem oriundos da mesma Lei, constituem tipos penais diversos.

Ademais, considerou-se uma comparação sobre a função do Regime Disciplinar Diferenciado e a teoria de um Direito Penal do Inimigo, questionando os seus objetivos e relativizando com a Lei nº 12.850/13 no combate as organizações criminosas.

Levantou-se uma crítica trazida pelo estudo da evolução histórica adjunto com as mudanças conduzidas pela Lei nº12.850/13.

Por fim, visa-se através deste trabalho realizado através da método dedutivo histórico fornecer à comunidade uma análise acerca dos pontos jurídicos principais, relacionados aos temas acima descritos com questões da atualidade a serem abordadas, que são se grande impasse na sociedade atual, com a chegada da nova Lei nº 12.850/13.

2 APORTES INICIAIS SOBRE A GLOBALIZAÇÃO E O CRIME ORGANIZADO

Ao longo da globalização mundial, mudanças como as sociais, geográficas, econômicas, e também tecnológicas se estabeleceram por todo planeta. Assim, o fator crucial e determinante da globalização, além da evolução do homem fora o consumo mundial de produtos, bem como mercadorias e a evolução do capitalismo, que decorreu das expansões marítimas ao longo da história.

A expansão do capitalismo, constituindo o neocapitalismo trouxe grandes mudanças, como sintetiza Machado (2009, p.7):

A onda expansionista do ocidente sobre o oriente na busca por novos mercados, com o estímulo cada vez maior pelo consumo, requereu uma nova formatação do próprio mercado, com a radicalização de suas próprias estruturas, o chamado neocapitalismo, necessitando, por sua vez, da flexibilização das barreiras, com vistas a facilitar a transição de mercadorias, capitais e pessoas.

O autor ressalta que a expansão mundial, promoveu o ápice do sistema capitalista.

Deste modo, a sociedade produtora de mercadorias se desenvolveu com muita rapidez a partir dos séculos XIV e XV, acontecendo então o fenômeno da globalização.

Com o capitalismo, as classes não mais se relacionam pelo vínculo da servidão, substituindo assim o sistema feudal. Começaram a surgir novos comerciantes e artesões.

Veio então a multinacionalização, ocorrida por volta dos séculos XV e XVI que elevou a saída das pessoas do campo, como por exemplo, a ida dos artesões para as cidades, tornando-os comerciantes.

Também ocorreu imigração e emigração de pessoas, que chegaram a ir para outros países ou saíram destes, em busca sempre do capitalismo mútuo.

Logo, veio a Revolução industrial. Advieram da Europa nos séculos XVIII e XIX. A principal particularidade dessa revolução foi à

substituição do trabalho artesanal pelo assalariado e o uso das máquinas (começou a busca pelo progresso, as inovações tecnológicas). Assim, os países se lançaram a conquista de mercados externos, visando o livre comércio e a busca por novas colônias.

As desigualdades apontaram, não que antes não já existiam. Antigamente só se davam nas relações de poderio entre senhores e vassallos, monarquia e plebe, agora se davam entre a maior parte da população, como por exemplo, patrões e empregados.

A desigualdade era sempre ditada por aqueles que detinham os meios de produção, chamados, no conceito de Marx, de burguesia. Os que detinham apenas a sua força de trabalho, também conhecidos na obra de Marx, por proletariado.

Marx acreditava que o acúmulo de capital, ou os poucos estabelecimentos burgueses, que empregavam milhares de pessoas, a preços baixíssimos, geravam a desigualdade, por isso deveria existir o socialismo em sua opinião.

O socialismo de Marx acabaria com as desigualdades, todos teriam tudo, e ao mesmo tempo não teriam nada, nada que não fosse essencial.

Trazendo assunto para nosso tema, vemos que ocorre o mesmo com as organizações criminosas. É com as mudanças sociais e aberturas de mercados mundiais e desigualdades que surgem.

Também vemos que ao decorrer das décadas, as organizações elas podem se extinguir, alterar ou permanecer na história.

Não distante disso, a desigualdade permaneceu pelos séculos e assim preconiza Andre Luiz Melo (2011, s.p):

Nas últimas décadas tem sido imposto o conceito de que pobreza gera crime. Aliás, para muitos não é a pobreza em si, mas sim a desigualdade social, o que é medido com base no Índice GINI elaborado pela ONU (o qual mede o grau de desigualdade entre a parcela mais rica e a da distribuição de renda no país). Neste caso, o Brasil realmente está entre os primeiros do mundo na desigualdade social.

O autor salienta que no Brasil a desigualdade é nítida.

Como exemplo disso, temos que ao mesmo tempo vemos mansões nas grandes cidades, ao lado temos favelas. Temos a riqueza concretizada ao lado de sonhos e miséria.

A falta de acesso a educação, saúde, justiça, cultura e tantos outros recursos, tornam cada vez mais o povo brasileiro e também o mundial, desigual, ocasionando mais probabilidades de crimes.

Não é diferente nos índices de desigualdades sociais de presos em penitenciárias espalhadas por todo o Brasil. Nestes casos, como nos casos de furtos, roubos e pequenos tráfico, a desigualdade favorece a criminalidade.

Outrossim, há estudos que apontam que é a índole que muitas vezes leva ao crime em si, exceto para alguns crimes mais elaborados, que necessitem do agente uma característica especial, não comum aos demais. Estes além da índole necessitam de um elemento do tipo.

Também há de se analisar que nem sempre criminosos agem sozinhos, às vezes estes se reúnem em quadrilhas, bando ou associações para realizarem seus delitos. Estes utilizam mais pessoas para facilitar a concretização do crime almejado.

Mas, voltando-se novamente para as origens históricas vê que as associações para os crimes já se deram por volta de mais de 2000 mil anos atrás. Assim, seus integrantes daquela época agiam secretamente, com a finalidade de se opor a tirania do império.

Neste tempo antigo as associações eram vistas, até então, como aceitas pelo povo, pois para estes representavam tentativa de "revolução", ou até mesmo, "mudança".

Durante a idade média, este modelo muda, se constatava até então, não mais o modelo de aversão, mas sim o interesse econômico dos criminosos, que através de suas atividades realizavam de furtos nas cidades quem começavam a surgir.

Após os furtos, vieram contrabando marítimo e a pirataria, que eram frutos das expansões devidas do neocapitalismo.

Logo, nos próximos estudos vamos observar que nem sempre as organizações permanecem estáticas nos mesmos conceitos e moldes, aos poucos umas vão perdendo o espaço para outras predominantes e potentes.

As organizações criminosas, através desta breve evolução histórica, nota-se que elas podem mudar de interesse/foco comercial e intelectual.

Há o destaque ainda para aquelas organizações criminosas mundiais, que se desenvolveram, com técnicas diferentes, eficientes e seguras para atingirem seus objetivos e debater de frente com o Estado.

Deste modo, o crime organizado mundial movimenta cada vez mais riquezas, incluindo bens e dinheiro, através de todos os tipos de delitos imagináveis.

Logo, a mente do criminoso funciona como a de um comerciante, ou seja, busca o lucro considerando o risco de ser apanhado e a possibilidade da justiça penal que será sobre ele exercida.

3 ANÁLISE HISTÓRICA DAS MÁFIAS, ORGANIZAÇÕES E ASSOCIAÇÕES CRIMINOSAS NO MUNDO.

Não há como começar a falar de organizações criminosas e não se lembrar das grandes máfias, que fizeram histórias mundiais. Mas afinal, o que vem a serem as máfias, que são tão conhecidas e comentadas mundialmente?

Trata-se, de fatos diferentes segundo os contextos, as circunstâncias, as intenções e o interesse de quem o usa.

Um conceito poderia lhe ser dado, extraído então da sua origem. Acredita-se, por fatos históricos que de acordo com o idioma siciliano denota agilidade, perspicaz, esperto, ameaça; para outros historiadores modernos, a palavra tem origem moura, de “mahyas”, que significa defender alguém de alguma coisa ou alguém; ainda cogita-se que a origem da palavra “máfia” seja derivação da palavra francesa “meffler”, de “maufe”, o deus do mal (Fernandes; Fernandes, 2002, s.p.).

Além disso, após analisado este conceito, pode se elencar elementos. Para outros estudiosos, as máfias, nada mais são do que uma modalidade de organização criminosa.

As diferenças são os requisitos e valores que um mafioso deve ter dentro de cada organização.

Assim sintetiza Montoya (2007, p.2):

A máfia é uma organização criminosa que se distingue das demais em razão de alguns valores que lhe são peculiares, tais como: (i) sentido de família; (ii) honra; (iii) cultura da morte; (iv) relação com o Estado e com o poder; (v) mito fundante; (vi) uso da violência; (vii) estrutura e organização.

Os requisitos até então eram cumulativos. Era imprescindível ao novo membro que este fosse leal e que os outros confiassem nele, pudessem depositar o que eles tinham de mais valioso nas mãos dos companheiros: suas vidas e suas identidades.

O que é interessante ressaltar, é que para ser um mafioso era necessário como pré-requisito ser um homem de honra. Logo, ela era

examinada pelos demais membros, como um “teste” ou até mesmo uma espécie de “seleção”, para poder adentrar no grupo.

Urge salientar também que, as máfias têm em seus componentes membros que devem ser destemidos, que irão trabalhar pela segurança, proteção e sempre a favor do progresso e bem-estar do grupo. Nas máfias a personalidade é algo fundamental para o mafioso, tendo coragem para entrar e permanecer no grupo.

Logo, devemos destacar como objetivos das máfias, segundo Bruna Laiber Monteiro, et. al (2009, p.5):

O objetivo principal das máfias é fazer dinheiro e ter o controle social. A extorsão é uma prática comum. Para ingressar nestes grupos, deve-se ser aprovado pela comissão, que é a reunião da família para verificar se o candidato poderia ou não entrar, sendo que candidatos com problemas com outras famílias não podem ser aprovados. O ritual de iniciação tem diferenças para cada máfia, mas há ritos bem semelhantes.

Na verdade, ambas as máfias buscam objetivos comuns: a proteção e segurança do grupo, bem como a finalidade do cometimento de delitos, buscando sempre o monopólio entre os outros grupos e a garantia do trabalho findado, como forma de vinda de capital.

Ocorre que, com o passar dos anos, para caminhar com o capitalismo mundial, junto a tecnologia e a expansão, o modelo “mafioso - honrado clássico” decaiu.

As novas demandas do mercado fazem das máfias atuais a busca não mais de “homens honrados” de antigamente, mas sim de homens inteligentes aos negócios, a economia e ao capital empresarial.

Argumenta Zaffaroni apud Beck, (2004, p.59).

[...] o “organized crime” como tentativa de categorização é um fenômeno de nosso século e de pouco vale que os autores se percam em descobrir seus pretensos precedentes históricos, mesmo remotos, porque entram em contradição com as próprias premissas classificatórias. É absolutamente inútil buscar o crime organizado na Antigüidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria etc., porque isso não faz mais que indicar que se há olvidado uma ou mais das características em que se pretende fundar essa categoria, como são a estrutura empresarial e, particularmente, o mercado ilícito.

Há alguns autores consagrados como Zaffaroni, citado por Beck que discordam de qualquer tipo de análise histórica das máfias ou crimes organizados, pois considera sendo somente necessário o exame do *modus operandi*, a estrutura empresarial, e o foco do mercado ilícito.

Assim, com a mudança do modelo clássico, as máfias podemos dizer que estas se atualizaram, se adequando a globalização, fazendo sucesso então o seu desempenho, o empreendimento no mercado nacional e mundial, movimentando milhões.

Não é à toa, que na mídia, grande parte das manchetes são sobre a movimentação do capital do crime. Estes expõem os frutos das infrações, de modo de se vangloriar para os demais, e ainda causar medo e pavor na sociedade.

E ainda, nessa realidade, onde o novo crime organizado investe e camufla valorosas quantias em dinheiro em investimentos, foi definitivamente o marco para criação deste modelo de organização investidora, de modo a tornar eficiente os frutos do crime através de aquisição e aplicações.

Segue as explicações de Pellegrini e Costa Júnior (2008, p.15):

Ao lado do canal bancário, amplamente experimentado, a máfia também utiliza para essa finalidade o setor parabancário (sic) da intermediação financeira por meio de operações de bolsa, gestões financeiras e aquisição de certificados de fundos comuns de investimento, italianos e estrangeiros. Igualmente as atividades de leasing e do factoring são utilizadas com o escopo de reciclagem, como a área das sociedades comerciais e do jogo de azar legalizado.

Vemos assim que criminosos investem, mas também transformam recursos vindos de atividades ilegais, crimes antecedentes, em ativos legais.

Ocorre então entre as máfias, organizações e associações muitas vezes a lavagem de dinheiro, motivo para o qual realizam para não comprometer os atos criminosos.

Esse tipo de atividade para camuflar o crime e os lucros em investimentos que os mesmos dão, cada vez mais inspira de novas organizações criminosas, visto pela falta do combate presente na polícia, tornando assim, mais fácil a impunidade.

Atualmente no Brasil, a legislação que atua sobre o crime de lavagem de dinheiro é a Lei nº 12.683/12, que trouxe importantes avanços para a prevenção e combate a este delito.

Após essa breve explanação sobre o crime de lavagem de dinheiro, passemos agora para o estudo de máfias mais populares mundialmente e sua evolução histórica.

3.1 Casa Nostra, Camorra, 'Ndranghetta

Essas organizações criminosas são oriundas do sul da Itália. Elas surgiram após brigas e discórdias entre senhores feudais e a imposição do rei de Nápoles, na época do grande império.

Assim, pode se considerar como uma das máfias mais antigas e tradicionais do planeta.

Ainda, a máfia Italiana pode ser considerada a maior máfia atual que preocupa o mundo moderno. Logo, são os considerados mais espertos e perspicazes se desenvolvendo-se no sul da Itália em vários grupos.

A Casa Nostra era uma sociedade altamente secreta e que não era notada no século XIX.

Havia uma hierarquia, em que jamais os executores dos delitos, barbaridades e tarefas poderiam ser os comandantes do clã, pois estes eram considerados submissos.

Por óbvio, entre eles havia uma classificação e subordinação.

Era considerada por muitos italianos como defensores do povo, pois eles não eram vistos como justiceiros, mas sim para o povo pobre e discriminado, estes eram a lei.

Ofereciam sempre proteção e segurança, pois no mundo dos menos desfavorecidos, na grande maioria, a criminalidade vira lei em certas localidades.

Hoje em dia, esta máfia segue discreta, por causa da busca da polícia tanto europeia como a mundial, que decorre da localização por seus

membros e principalmente chefes, pois estes seguem envolvidos com o tráfico de drogas, extorsão e prostituição.

Já a Camorra, tem muitas semelhanças com a Casa Nostra, porém esta localizada na região de Nápoles. Ultimamente tem-se a notícias desta máfia ser envolvida em constantes conflitos locais por território.

Conhecida esta máfia, pelo seu considerado “perfil agressivo”, aduz Gina Marques (2013, s.p):

E como não há uma estrutura vertical e hierárquica, os assassinatos tornam-se recorrentes, sob o mantra de que “morte se responde com morte”. Não à toa a máfia napolitana é considerada a mais violenta e sanguinária da Itália. Ao mesmo tempo, em poucas cidades italianas, a cultura do silêncio é tão forte, algo que se aprende desde criança.

Logo, esta máfia Camorra, considerada de grande periculosidade e agressiva em seus crimes e ainda pelas brigas de território, na atualidade esta envolvida em tráfico de drogas, extorsão e contrabando de armas.

Por fim, Ndrangheta, considerada na contemporaneidade como a mais influente e maior organização criminoso da Itália, diante das pesquisas de criminalística europeia.

Seu sucesso é devido por serem o maior grupo fornecedor de cocaína da Europa, além disso, tem fortes conexões com outros países, como Espanha e Colômbia facilitando a expansão da droga. Suas especialidades envolvem o tráfico de drogas, principalmente a cocaína, extorsão e contrabando de armas

3.2 Máfia Russa

A Máfia Russa ou também chamada de "Máfia Vermelha" é o nome dado aos grupos criminosos que surgiram na Rússia, desde meados da União Soviética e se fundiu após a desintegração.

A teoria para sua formação é sua eclosão deu-se com o fim da Guerra Fria em 1991, tendo o crime organizado se desenvolvido frente a combater o Estado.

Relatos da inteligência americana e russa apontam que seus chefes sejam ex-membros do exercito soviético e ex-funcionários da KGB. Ainda estes apuram que os criminosos controlam entre 70% a 80% dos negócios do país e chegam a ter parte de 40% de todo a riqueza nacional.

Atualmente praticam crimes como: raptos, fraudes bancárias, contrabando de armas, tráfico de seres humanos e tráfico de drogas.

3.3 Máfia Japonesa Yakuza

A diferença dessa máfia para as outras, é que seus membros não se escondem para a sociedade. Acostumados a andarem de ternos “exuberantes” e óculos escuros, caminham por todo o Japão tranquilamente.

Ademais, os escritórios dos mafiosos têm estampados nas fachadas, identificação com seu brasão, ficando nítido que não se escondem, mas sim sentem orgulho de participarem da organização.

Sobre o brasão, comenta Flávia Ribeiro (2012, s.p):

A Tríade representa os três lados iguais de um triângulo, símbolo de uma antiga sociedade secreta chinesa, significando o céu, a terra e o homem. Ela teria sido formada por cinco monges budistas do sul, sobreviventes de um massacre manchú.

Atualmente, praticam crimes de lavagem de dinheiro, tráfico de armas, prostituição, pornografia, serviços de “proteção” a empresas, lavagem de dinheiro e negócios ilegais.

3.4 Máfia Americana

No século XIX, imigrantes italianos, fugidos da Europa, por causa da luta contra o antigo regime, foram para a América.

Assim discorre o texto (Máfia...2014, s.p):

Através da violência, empréstimos e atividades econômicas ilegais essas famílias um pouco mais privilegiadas formaram as máfias que seriam tão conhecidas nas primeiras décadas do século XX. Nesse período, a chamada Mão Negra foi a primeira organização criminosa formada por várias famílias sicilianas.

Os Americanos tentaram fulminar o avanço e a busca pelo crescimento da máfia italiana que se espalhava por todo o país, a “Mão Negra”, sendo os Estados Unidos tentando implantar leis e medidas de investigação desta organização.

A princípio fora o suficiente, mas a partir de 1930 a máfia ficou de maneira eficiente para o crime. Começaram as formações de quadrilhas com juízes, procuradores, líderes da justiça, quebrando o esquema da polícia de barreira, organizada pelos americanos.

Ultimamente há uma guerra acirrada pela polícia no combate ao crime organizado americano.

3.5 Máfias Brasileiras

A criminalidade esta em tema no dia a dia do brasileiro. Os grupos criminosos se formaram ao longo da história. Foram o cangaço, as máfias, as facções, os grupos criminosos e as organizações criminosas que atormentam o povo e espalham medo nas populações dos grandes Estados.

Assim aduz Bruna Laiber Monteiro, et. al (2009, p.10):

[...]pode-se observar que algumas das máfias mais importantes do mundo têm influência no Brasil. A máfia italiana é composta por várias famílias, sendo que a de maior influência no Brasil é a Cosa Nostra, que trouxe as primeiras máquinas caça-níquel para o Brasil.

Entretanto, não somente máfias fazem parte, mas também facções. O que é uma facção? Uma facção criminosa são bandos unidos dentro da cadeia. Dentro desta organização, os bandidos criam suas próprias relações e “legislação” de poder, convivência e hierarquia

Entretanto, algumas vezes facções se fundem, tornando-se organizações criminosas, como os casos do PCC (Primeiro Comando da Capital) e CV (Comando Vermelho).

Passemos para um estudo um pouco mais detalhado das máfias brasileiras, para se poder entender melhor as origens históricas e o motivo das criações das leis.

3.5.1 Cangaço

Os sertões do nordeste brasileiro no final do século XIX e início do século XX foram a paisagem e o abrigo de pessoas que derramaram muito sangue e travaram lutas em grupos, como por exemplo, no Brasil, os cangaceiros.

Os cangaceiros mudaram constantemente, pois estes tinham como cultura o "homem livre". Ao mudar de cidades pediam abrigo para as pessoas, e a estas que se recusavam, havia grande repulsa.

O cangaço foi um fenômeno social, tem por características atitudes violentas por parte dos cangaceiros, como por exemplo, decepar cabeças e expô-las em público e o tratamento humilhante e violento que se era dado às mulheres.

Estes andavam em bandos armados, espalhavam o medo pelo sertão nordestino, praticando assaltos a fazendas (levando consigo comidas e dinheiro), atacando comboios e chegavam ao ponto astuto de seqüestrar fazendeiros para obtenção de resgates.

Aqueles que os respeitavam e aceitavam suas ordens não sofriam, pelo contrário, eram muitas vezes ajudados. Esta atitude, fez com que os cangaceiros fossem respeitados e até mesmo admirados pelo povo nordestino, desprotegido e humilhado pela fome e seca.

Os cangaceiros tinham suas próprias leis, tendo que muitos as respeitavam, não somente por medo, mas por apoio que recebiam.

O cangaço não seguiam as leis do governo; assim eram perseguidos pelos policiais.

Dentre diversos bandos existentes, o mais conhecido era comandado por Lampião – o Rei do Cangaço. Após a morte de Lampião, em 29 de Julho de 1938, os grupos foram se extirpando, até terminarem por vez.

3.5.2. Primeiro comando da capital:

O PCC é uma facção criminosa que surgiu por volta de 1990 no Centro de Reabilitação Penitenciária de Taubaté, para onde eram transferidos prisioneiros de outras penitenciárias, todos com um histórico de alta periculosidade, além de distúrbios.

O Primeiro Comando da Capital, que também tem cúmplices ao CV - Comando Vermelho do Rio de Janeiro, que é incorporado a várias organizações criminosas de outros estados.

Com isso, começou a mostrar poder e atitudes em diversas ações, como resgate de presos ou ataques a distritos policiais em todo Estado de São Paulo.

Atualmente, seu líder é Marcos Camacho, o Marcola, preso em Presidente Bernardes (SP) sob RDD (regime disciplinar diferenciado).

Essa facção assassina juízes e policiais e comanda 90% dos presos de São Paulo de dentro das prisões eles controlam os crimes, através de celulares e com a ajuda de advogados que são financiados pelo crime organizado.

Vemos então que o poder do crime organizado é amedrontador.

Agora no ano de 2014, fora descoberto um plano de resgate de presos em uma penitenciária de segurança máxima no estado de São Paulo, como relata matéria na Revista Veja (2014, s.p)

Aeronaves compradas em São Paulo ou seqüestradas pousariam em Loanda, na região de Paranaíba, onde carregariam a tropa de assalto do PCC. Seriam dois helicópteros - o Esquilo é o modelo usado pela PM. A intenção dos bandidos era camuflá-lo para que policiais que guardam a muralha da Penitenciária-2 de Presidente Venceslau, no interior de São Paulo, o confundissem com um helicóptero Águia.

Com isso, esse grupo é fortalecido através do tráfico de drogas e do financiamento pelos próprios detentos, como consta em investigações do Ministério Público Estadual.

3.5.3. Comando Vermelho

O Comando Vermelho surgiu em 1970, dentro do sistema prisional, na prisão de Ilha Grande. Nesta prisão havia presos políticos da época da ditadura militar brasileira e também comuns.

O ideal desse grupo que se formou era puramente a paz, justiça e liberdade. Com isso, o CV dominou sozinho o comércio de substâncias ilícitas na região metropolitana do Rio de Janeiro até o fim dos anos 90, quando seu sistema começou a cair, devido às novas organizações criminosas que estavam florescendo.

Atualmente o Comando Vermelho fragmentou-se, como se comenta nas palavras de Flávia Ribeiro (2012. s.p.):

Rachas levaram à formação dos outros grupos. Nos últimos 30 anos, as facções se encastelaram nas favelas cariocas, apavorando nas guerras por território. Desde 2008, as comunidades têm sido ocupadas por unidades de polícia pacificadora, precedidas por ações das tropas de elite do Bope.

Hoje, seus principais líderes são Fernandinho Beira-Mar, Isaías do Borel, Marcinho VP, My Thor, Elias Maluco.

Sua atuação ocorre principalmente no Complexo do Alemão, Mangueira e Jacarezinho.

Ademais, o tráfico de drogas no Rio chega a movimentar cerca de 630 milhões de reais por ano, principalmente através da influência do Comando Vermelho.

4 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS DISPOSIÇÕES SOBRE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O Direito Penal é de coação indireta, qual seja, para que o Estado aplique a pena ao agente causador do delito que esta cominada no preceito secundário da norma incriminadora penal, que é de represália pela atitude; é necessário que um órgão imparcial analise e julgue, descobrindo a verdade dos fatos por meio da consideração dos argumentos da acusação e da defesa.

Para que se possa, então entender o Direito Penal é necessário que se resgate o conceito de Direito.

Define-se Direito como o conjunto de princípios regras praticamente que dão base e regem a estrutura estatal; entende-se que tanto os princípios quanto as regras (de conduta, procedimento, forma e competência) são normas de conduta ou coerção, isto é, se torna mais nítido pois esta se tirando o Direito de Liberdade.

Assim dispõe José Frederico Marques, (1997, p.27):

O Direito Penal é o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplina também, outras relações daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.

Logo, colocando-o em prática em nossa sociedade não é tão fácil. Edihermes Coelho (2003,p.3), analisou como seria este paradoxo entre o Direito penal e a sociedade.

[...]A vida em sociedade é uma marca da civilização[...]O Direito Penal, neste contexto, nada mais é do que um subsistema jurídico com regras, princípios, conceitos próprios. Porém, como faz parte de um todo, nunca estará desconectado dos demais subsistemas jurídicos. Tem-se o Direito Penal, portanto, como um subsistema jurídico próprio, mas interligado ao demais.

Edihermes expõe em idéias que nada mais é que as relações que interligam os “Direitos” como, por exemplo, o Direito Penal ao Direito Civil; como os danos causados que geram conseqüências de crimes, tanto na esfera civil, assegurando o direito a indenização bem como a punição penal.

A prática de um delito nasce do conflito entre o direito de punir do Estado que detém este monopólio, já que pelos séculos não se há mais mutilações de corpos ou escravidão pelo Princípio da Dignidade da Pessoa humana o direito de liberdade do acusado.

Esse litígio, em combate ao processo penal, se transforma em lide, que consiste em um conflito de interesses entre a acusação e a defesa: uma parte requer a punição, a outra resiste a essa pretensão.

4.1 Jus Puniendi x Status Libertatis e a Lide Penal

Há o direito de punir e o direito a liberdade, assim o Estado criou a obrigação de administrar justiça através do Poder Judiciário, ou seja este poder é quem aplica a lei ao caso concreto, como já dizia Luiz Regis Parado (2008, p.30) “[...] Em um Estado de Direito, o primado da lei a todos se impõe de modo absoluto.”

Praticado o fato que infringe a norma surge para o Estado o direito efetivo de punir, logo o “*jus puniendi*” pertence ao Estado.

No “*Jus libertatis*”, o Estado também tutela e protege o direito de liberdade do possível autor do fato típico.

A liberdade, é um dos bens mais preciosos, e através do poder estatal ela deve ser limitada, pois conquistas democráticas assim as tornaram.

Dessa forma quando o Estado exercer o *juspuniendi* deverá realizar restrições para resguardar a dignidade do apenado, bem como condições necessárias para sua permanência até que a sanção ocorra da maneira mais justa e equilibrada possível.

Sem essa devida observação, caso o acusado tenha sua pena executada baseada nessa classificação, o equilíbrio e a justiça estarão seriamente cumpridos.

Logo, com o aparecimento da pretensão punitiva surge a “*lide penal*”, o Estado torna efetivo o seu direito de punir, impondo a pena ao culpado através do processo.

Assim, o processo, em direito, é a forma mais justa de se realizar a ampla defesa e o cumprimento de atos que são necessários ao válido exercício do poder, consiste em uma sequência de atos que visam a produzir um resultado justo ao acusado que se encontram presentes no contexto jurídico, ou em leis ou em outros dispositivos vigentes.

Etimologicamente, o processo, tem o sentido de marcha para frente, avanço, progresso, desenvolvimento.

Deste modo, o Estado utiliza o processo em todas as suas atividades para melhor desenvolvimento do poder da justiça, seja em quaisquer níveis dos três poderes, seja o Executivo, Legislativo e Judiciário, para a consecução de variados fins.

4.2 Das Disposições sobre as Organizações Criminosas

No ordenamento jurídico a disposição sobre organização criminosas surgiu em 1995, na edição da Lei nº 9.034, detalhando como seria a represália do Estado perante as organizações criminosas.

Fora a primeira legislação a tratar sobre esse tema, que para o ordenamento jurídico nacional trouxe novidades, decorrentes de matérias processuais sobre a forma de execução da pena, que para muitos era um ponto negativo, pois não falava se o agente iria cumprir a pena em regime totalmente fechado, como ocorria com expressa previsão nos crimes hediondos.

Mas entre tantas polêmicas da vigência desta Lei, esta não trouxe a definição de “organização criminosa”.

Essa Lei, não trazendo o conceito de organização criminosa, mas tratou-se de norma eminentemente processual, com poucas disposições sobre o direito material.

Assim, a ausência de um conceito de organização criminosa, sempre gerou muita controvérsia. Então, parte da doutrina utilizava a inclusão da Convenção de Palermo no ordenamento jurídico brasileiro, como então o conceito de organização criminosa.

De acordo com o conceito de organização criminosa, vindo da Convenção de Palermo, que fora recepcionada pela legislação brasileira, diante da Lei nº 5.015/04:

Art. 3º, 'a" - (...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Logo, grandes polêmicas surgiram na doutrina, pois, em 2001 houve alteração da Lei nº 9.034/95, tornando tormentosa a aplicação da referida lei, pois a alteração modificou dispositivos, e tornou alguns inválidos sem aplicações.

Assim, nesta posição, Luiz Flávio Gomes (2010, p.1) foi o pioneiro nas críticas:

[...] é caso de perda de eficácia (por não sabermos o que se entende por organização criminosa), não de revogação (perda de vigência). No dia em que o legislador revelar o conteúdo desse conceito vago, tais dispositivos legais voltarão a ter eficácia. Por ora continuam vigentes, mas não podem ser aplicados.

De outra face, havia aqueles, para os quais, em se tratando de norma penal incriminadora para o agente, pelo Princípio da Legalidade, era necessário que o próprio legislativo definisse um tipo penal, já que não se pode analisar uma norma penal de forma extensiva para prejudicar o agente, e nada havia nas legislações de 1995 nem nas alterações de 2001.

Ainda se tinha o alegado por alguns juristas o argumento que tratados e convenções são fontes diretas do Direito Internacional Penal e não poderiam ser utilizados internamente pelo Direito Penal, não devendo utiliza-se o conceito da Convenção de Palermo.

Essa tese foi acolhida pelo STF, em que o Ministro Marco Aurélio concordou sobre o déficit de conceito existente no ordenamento sobre crime de organização criminosa, sendo errado utilizar somente a convenção de Palermo de 2000, vinda ao Brasil através de decreto.

Ate então não havia no ordenamento jurídico definição de organização criminosa. Urge salientar que como vimos antes, se utilizava o

conceito da Convenção de Palermo, mas o STF decidiu que esta era utilizada equivocadamente, assim o legislativo criou a Lei nº 12.694/12.

Quer dizer que, pela falta de definição, a doutrina começou a utilizar o conceito trazido pela Convenção de Palermo, o que logo veio a ser derrubado pelo Supremo tribunal Federal, já que como esta convenção não se tratava de direitos humanos, esse tratado perante a Carta Magna Brasileira não poderia ser utilizado de forma supralegal, conforme descrito no art. 5º, pois feriria o Princípio da Legalidade, já que de acordo com o art. 22, I da Constituição Federal, apenas a União pode legislar sobre matéria penal.

Surgia então a Lei nº 12.694/12, tendo então o legislador tentando produzir uma definição para organização criminosa. Ocorre que o legislador até definiu, mas não cominou nenhuma pena.

Era apenas em 2012 que o legislador penal trouxe um conceito para organizações criminosas, isso com o advento da Lei nº 12.694/12, que por sinal, para alguns doutrinadores é uma cópia da definição trazida pela Convenção de Palermo, com apenas algumas alterações, como o campo de incidência da organização e as simples características contidas, já poderia ser enquadrado como organização criminosa.

Assim, o legislador admitiu o tipo penal no art. 2º da referida Lei, mas o fez apenas como um tipo criminoso autônomo, visto que não havia pena definida, não tendo eficácia prática, apenas conceitual.

Preconiza o art. 2º da Lei nº 12.694/12:

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.

Logo, continuávamos sem contar com o crime de organização criminosa. Só tínhamos a sua definição, que é útil para investigativas e desenvolvimento processual.

Esta Lei não atribuiu nenhum tipo de sanção penal. Deu o conceito de organização criminosa, para fins legais, mas não criou o crime referente.

Um ponto positivo desta legislação 12.694/12 que fora comentado e parabenizado pela doutrina é a criação da possibilidade de o juiz instaurar um órgão colegiado para o julgamento, demonstrando que a atividade judicial naquele momento poderia trazer risco a sua integridade física (art. 1º, § 1º, Lei nº 12.684/12).

Ocorre que no ano de 2013, fora criada a Lei nº 12.850, para o fim de legislar e conceituar mais detalhadamente o crime organizado.

Importante salientar que a Lei nº 12.694 ainda é vigente no ordenamento jurídico, tendo apenas sido revogada a Lei nº 9.034/95 expressamente pela Lei nº 12.850/13.

Deste modo, entrou em vigor em 2013 a Lei nº 12.850/13, revogando em seu art. 26, a referida Lei nº 9.034/95, conformemo Art. 26: "[Revoga-se a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.](#)"

Do advento da Lei nº 12.850/13 surgiu um novo conceito de Organização Criminosa, conforme disposto no art. 1, §1º:

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

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

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

Defende a maioria da doutrina que o conceito da Lei nº 12.694/12 foi extinto na medida do novo conceito dado pela Lei nº 12.850/13.

Vejamos que em relação à Lei nº. 12.684/12, há duas correntes sobre sua possibilidade de aplicabilidade. A primeira é que a Lei continua totalmente válida no sistema jurídico, e para segunda a revogação é tácita parcial.

Para Luiz Flávio Gomes(2013, p.15), que defende a primeira corrente, neste sentido:

O conceito de organização criminosa dado pela Lei 12.694/12 continua válida para os efeitos desta lei. Temos, agora, dois conceitos de organização criminosa: um válido para a Lei 12.694/12 (fins

processuais) e outro válido para os demais efeitos processuais e penais. O art. 26 da nova lei só revogou expressamente a Lei 9.034/95. Logo, continuam válidas as duas leis que cuidam da organização criminosa: uma é específica (12.694) enquanto a outra é genérica (12.850/13).

Para aqueles que defendem a segunda corrente, ou seja a revogação tácita parcial temos o pensamento de Eugênio Pacelli(2013, p.109):

[...]embora a Lei 12.850/13 não se refira à eventual revogação parcial da Lei n. 12.694/12, precisamente no que respeita à definição de organização criminosa, pensamos não ser mais possível aceitar a superposição de conceitos em tema de tamanha magnitude.

É cediço observar que essa nova redação da Lei nº12.850/13 o legislador cominou pena.

Além disso, no art. 1º, §2 da respectiva Lei nº12.850/13 amplia o poder a atuação da regra nestas hipóteses, conforme abaixo transcrito:

§ 2ºEsta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;
II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Nota-se que o §2º trás a possibilidade de aplicar a Lei nº 12.850/13 a outras infrações, como por exemplo, crimes e contravenções, desde que presentes os requisitos de seus incisos.

São hipóteses que abrangem, mesmo que ausente a forma estruturada, irão causar perigos para a sociedade em geral, fazendo jus então aos instrumentos de investigação detalhados na nova Lei, que serão objetos de estudo adiante, como a colaboração premiada, ação controlada, infiltração de agentes e obtenção de provas.

No inciso primeiro, Rogério Sanches Cunha, cita como exemplo o crime de tráfico internacional presente no art. 231 do Código Penal, em que poderão ser utilizados os recursos desta nova legislação.

No inciso segundo, trata-se de organizações para fins terroristas internacionais, definidas pelo Direito Internacional, do qual o Brasil faça parte, em que os atos ocorram ou possam ocorrer no Brasil.

A título de curiosidade, parte da doutrina salienta que o crime de terrorismo já é tratado no art. 20 da Lei nº 7.170/83 outros debatem que esta não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988 por tratar de forma vaga e ambígua os considerados atos de terrorismo.

4.3 Diferenças Entre Associação Criminosa e Organização Criminosa

A Lei nº 12.850/13 trouxe mudanças no Código Penal. Uma delas, fora a alteração no artigo 288 Código Penal, que a partir do dia 19 de Setembro de 2013, não se chamou mais crime de quadrilha ou bando, passando a ser chamado de associação criminosa.

Como já visto em capítulos e tópicos anteriores, a associação criminosa era prevista no artigo 288 do Código Penal.

A alteração não foi somente do nome jurídico, mas também reduziu o numero previsto para a consumação do crime, que na antiga Lei era a partir de quatro pessoas, mas com o advento da nova Lei nº 12.850/13, passou para a consumação/tipificação do delito, apenas três ou mais pessoas.

Esta explanação é para se refletir sobre as mudanças que esta Lei nº 12.850/13 trouxe e que alterou também o disposto no art. 288 do Código Penal, alterando o crime de “quadrilha ou bando” para “associação criminosa”, trazendo então inclusive um novo *nomem iuris* para a conduta ali descrita.

No tocante a mudança legislativa trazida pelo legislador, apesar de ser considerada atual, esta premissa não pode ser considerada verdadeira; pois o Código Penal de 1889 de Vieira de Araújo já tratava no seu art. 150 Código Penal “associação para delinquir”, já previa este delito.

Assim, na Lei nº 12.850/13, no seu art. 24, alterou o art. 288 do Código penal, dispondo:

"Art. 24. O art. 288 do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), passa a vigorar com a seguinte redação:

"Associação Criminosa

[Art. 288.](#) Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

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

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente." (NR)

Segundo ainda grandes juristas de renome, esta alteração ampliará a abrangência do Direito Penal, pois a menor quantidade de pessoas para compor o delito atingirá obviamente maior quantidade de condutas.

Realizando um levantamento e diferenciando entre o crime de Organização Criminosa e Associação Criminosa, que apesar de serem oriundas da mesma leis, ambos tipos penais são diferentes.

Não somente a nomenclatura que foi alterada, no crime de "associação criminosa, descrito no novo art. 288 do Código Penal, alterou-se que para configurar o delito exige-se três ou mais pessoas, de concurso necessário, onde deverá conter os elementos descritos no caput, como por exemplo estratégia, estrutura organizada, hierarquia; pois se não houver estes, será mero concurso de agentes.

Assim, quando uma associação pretende praticar crimes menores de quatro anos, será punido mais brandamente, pelo art. 288 do Código Penal; já se unidos praticarem um crime de pena máxima ou superior a quatro anos, com uma estrutura organizada, hierarquizada, tendo também a divisão de tarefas, ainda que informalmente, sob um comando da associação ser individual ou coletivo, com o fim de cometimento de infrações penais, serão enquadrados no crime do art. 2º da Lei de Organização Criminosa.

A intenção do agente punido pela Lei de Organização Criminosa, é que direta ou indiretamente este tenha cometido um crime (com pena superior a quatro anos) com a intenção de obter qualquer vantagem. Ademais, no art. 288 do Código Penal a intenção é cometer somente crimes.

Um detalhe importante é que o art. 288 do Código Penal fala somente "crimes" e nem traz uma divisão de tarefas realizadas pelo agente. Na organização criminosa, abrange todas as "infrações penais" e exige do agente uma divisão de tarefas.

Em se tratando de tipo incriminador *in pejus*, deverá ser aplicado somente o art. 288 do CP para crimes após a vigência desta lei.

Já em relação ao parágrafo único, temos que analisar que é mais benéfico, pois no texto antigo aumentava-se o dobro; hoje aumenta-se metade, podendo retroagir em benefício do réu, na questão de grupo armado.

Essa inovação, ocorreu uma alteração no seu conteúdo, vinda desta nova lei. Antes, a pena era aplicada ao “dobro” caso a associação somente fosse armada.

A partir de agora, a pena é aumentada até a metade, nos casos de associação armada ou com participação de criança ou adolescente.

Assim, houve críticas na doutrina e entre especialistas no Direito Penal, pois como se vê, a norma deixou de ser aplicada em dobro nas causas de aumento de pena e passou a ser aplicada somente até a metade, como mencionado acima.

Logo, trata-se de uma norma mais benéfica, o parágrafo único pode ser aplicado retroativamente, nos termos do art. 5º, XL da Lei maior, *in verbis*, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" e art. 2º do Código Penal.

Porém o aumento de pena até a metade, trás reviravoltas na doutrina, com críticas, como salienta Rogério Cury (2013, s.p.)

Contudo, entendemos que o legislador, mais uma vez, assim como já tinha feito no art. 2º, da Lei [12.850/2013](#), cometeu uma falha, pois considerou que o aumento de pena será “até” a metade. Perceba, que o legislador não fornece ao magistrado parâmetro para a fixação do mínimo de aumento, podendo o juiz aumentar de um dia, apenas, o que seria incongruente e desproporcional.

Já para outros, como o criminalista Pedro Paulo de Medeiros (2013, s.p), membro do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que é a favor da mudança legislativa, pois estaria corrigindo uma distorção:

Há uma devida correção à proporcionalidade, pois antes a pena iria de 2 a 6 anos caso a quadrilha ou bando utilizasse arma, e de 1 a 3 se não utilizasse. Agora, caberá ao juiz dosar, podendo ir — na pior hipótese para o acusado, com causa especial de aumento de pena aplicada em seu limite máximo — de 1 ano e 6 meses até 4 anos e 6 meses, para crimes praticados por associação criminosa.

Como se percebe com o advento da Lei nº 12.850/13 houve polêmicas e grande divergência entre especialistas e doutrinadores.

Pela crítica da doutrina, essa alteração de direito material, serena os Princípios da Carta Republicana da Vedação a Proteção ao Deficiente e deixa o Estado à mercê do agente, o pois o próprio legislador, com a nova mudança da Lei nº 12.850/13, “barra” o direito de punir, realizado através do juiz.

Assim, crimes de assaltos realizados através da associação criminosa serão por este viés beneficiados pela redução do aumento de pena, ocorrendo somente até a metade.

Ainda, no parágrafo único, em que a pena é aumentada da metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Critica-se também que apesar do legislador incluir a criança e o adolescente no parágrafo único do art. 288 do Código Penal, este não majorou a pena do caput.

Deve se ressaltar que este artigo pode ser aplicado sem prejuízo, do que dispõe o art. 244-B do Estatuto da Criança e Adolescente, que trata sobre o corrompimento e a corrupção de menores.

Assim, as diferenças conceituais são: na Lei nº 12.694/12 fala em associação de três ou mais pessoas; a Lei nº 12.850/13 exige associação de quatro ou mais pessoas. A primeira é aplicável para crimes com pena máxima igual ou superior a 4 anos ou que sejam de caráter transnacional; a segunda é aplicável para infrações penais superiores a 4 anos ou que sejam de caráter transnacional.

Seria considerado caráter transnacional quando os tipos criminosos se assemelham com os de outras nações, não respeitando os limites de cada país, tendo o poder com base em estratégia global e formação organizada se aproveitando das falhas do sistema penal sistema penal.

Observa-se também como diferença que a primeira fala em crimes (que não incluindo as contravenções penais). A segunda fala em infrações penais (que compreendem ambos, tanto os crimes e as contravenções penais), sendo então a Lei nº 12.850/13 mais abrangente.

4.4 Da Introdução do Artigo 288-A no Código Penal.

No tópico anterior fora-se debatido as diferenças entre o crime de organização criminosa e de associação criminosa.

Além destes há outros que são de grande importância como a criação legislativa a pouco tempo no Código Penal do art. 288-A.

Criado pela Lei nº 12.720/12, fora inserido o art. 288-A no Código Penal, com o nome Milícia Privada, conforme disposto abaixo:

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: (Acrescentado pela L-012.720-2012)
Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

Assim, este artigo não existia, mas foi criado em boa hora. A intenção do legislador fora punir, devido a onda que comoveu a sociedade, nos crimes envolvendo criações de milícias, para ocorrência de práticas de lesões, ou homicídios de policiais ou de pessoas determinadas como "queima de arquivo".

A sociedade, perplexa, motivou a criação, que nas palavras de Rogério Grecco (2012, s.p):

Paramilitares são associações ou grupos não oficiais, cujo membros atuam ilegalmente, com o emprego de armas, com estrutura semelhante a militar. Atuam, ilegal e paralelamente as forças policiais e/ou militares. Essas forças paramilitares utilizam as técnicas e táticas policiais oficiais por elas conhecidas, a fim de executarem seus objetivos anteriormente planejados. Não é raro ocorrer -e, na verdade, acontece com frequência - que pessoas pertencentes a grupos paramilitares também façam parte das forças militares oficiais do estado, a exemplo de policiais militares, bombeiros, policiais civis e federais.

Nota-se que o autor descreve uma definição de organização paramilitar, e que ainda temos nas próprias polícias, milícias particulares, sendo estas medidas de coerção impostas, estando no comando utilizando-se muitas vezes do emprego de violência, força e medo da sociedade para conseguirem dinheiro e cometerem crimes.

Neste crime, para se caracterizar, necessita de associação permanente e estável. No quesito a quantidade de integrantes a doutrina diverge; uns acreditam que seriam por se tratar de "grupos", no mínimo três pessoas, já há aqueles que utilizam por analogia o disposto no art. 288 do Código penal, quatro pessoas.

Além destas discussões sobre sua criação, há também a discordância da doutrina da aplicação deste dispositivo, por se questionar ser "vago".

Veja que dentro deste artigo encontramos problemas, como por exemplo por ser uma norma ampla, dificultando o enquadramento, pois ao mesmo tempo que trouxe inúmeros núcleos penais, não trouxe a definição destes.

A respeito deste tema, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2012, p.220): "há finalizações de tipos penais incriminadores, que provocam a indevida extensão do núcleo, de modo a abranger situações incompatíveis com o propósito da norma".

Logo, temos que o autor discorda da formulação do tipo penal, pois além de se confundir na doutrina, este crime com a definição do crime de Genocídio - Lei nº 2.889/56, em que apenas uma pessoa pratica o tipo penal, não necessitando de associação.

Assim, para a melhor sistemática de aplicação do texto legal, a doutrina entendeu que caberia tão somente a crimes de ligados a milícias privadas, outros então não caberia este dispositivo.

4.5 Possibilidade de Qualificadora do art. 8º da Lei nº 8.072/90

Outra questão polêmica na doutrina seria a utilização da qualificadora do art. 288 do Código Penal presente no art. 8º da Lei nº 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos.

Vimos anteriormente que para configurar o crime de associação criminosa, necessita-se de mais de três pessoas, ou seja, quatro pessoas, com a vontade de praticar crimes.

Já no disposto do art.8º da Lei nº 8.072/90, temos:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

Assim, a possibilidade do parágrafo único do art. 288 do Código Penal trazer o aumento de pena e qual a possibilidade de uma qualificadora (do crime hediondo) para quadrilha ou bando quando, tendo pelo menos um agente estando armado?

Bem, dependerá de que tipo de crime.

Se a quadrilha ou bando esta praticando um crime hediondo, como nas hipóteses descritas na Lei, deverá ser afastado o parágrafo único e ser aplicado a qualificadora do crime hediondo.

Desta forma, se o grupo estiver agindo armado para prática de crime hediondo, deverá ser aplicado somente a qualificadora disposta no art.8º da Lei nº 8.072/90, não se aplicando o parágrafo único do art. 288, pois seria *bis in idem*, pois como se trata de crime hediondo, o legislador deu uma atenção especial.

4.6 Cabimento do art. 35 da Lei nº 11.343/06

A Lei nº 11.343/06 dispõe sobre a Lei de Tóxicos.

As drogas são um mal que atingem a sociedade diretamente, não à diferenças de classes sociais. Deve se ter em mente que o local e condições de acesso a cultura, desenvolvimento, educação dificultam a inserção das drogas.

Por isso se luta para em se criar uma a Lei ampla, que tenta abranger desde o viciado, ao traficante, destacando a as necessidades e cabimentos a cada grupo.

Nas palavras de Regina Magda Alves Cassimiro (2008, p.28):

[...] além de Instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD prescreve medidas para a prevenção do uso indevido, para a atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas, fixa normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e, por fim, define os crimes e dá outras providências.

Deste modo, vemos que para cada caso concreto, o juiz aplicará uma medida, fundamentando-a sempre.

Logo, em estudos sobre o Art. 35 da referida Lei, chamado de associação ao tráfico, como dispõe:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.
Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Vemos então que o crime descrito no art. 35 da Lei de Drogas nada mais é que uma modalidade do conceito do crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal, mas nota-se que a diferenças, como no caso do tráfico exige a quantidade de duas ou mais, já no crime de quadrilha ou bando, é necessário quatro pessoas.

Ainda argumenta-se como diferença trazida na doutrina, que não há como se confundir os crimes pois, a intenção do agente que pratica o art. 288 do Código Penal, tem finalidade genérica; associa-se para qualquer crime. Já em se tratando do descrito no art. 35 da Lei de Drogas, temos a intenção de praticar ou reiterar as condutas e crimes previstos nos arts. 33 e 34 da Lei de Tóxicos.

Urge salientar que há críticas nas doutrinas, pois apesarem de terem o mesmo nome jurídico penal, possuem elementos diferentes no requisito da palavra "associação".

4.7 Do Estudo Sobre a Lei nº 12.850/13

Como se fora estudado e tema de discussão em tópicos anteriores, o art. 1º da Lei nº 12.850/13 nos apresenta a definição do crime de organização criminosa. Já no art. 2º da respectiva lei nos apresenta o delito autônomo, a conduta de promoção ou participação em atividade de organização criminosa.

Deste modo, assim é descrito na lei, em seu art. 2º "Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas".

Assim, importuno lembrar que esta lei é uma *novatio legis* incriminadora, se tornou um delito autônomo, sendo que esta não pode retroagir para alcançar fatos anteriores da vigência da respectiva, sendo então que terá eficácia 45 dias após sua publicação oficial.

Logo, analisando o tipo penal, vemos nos verbos presentes de “promover”, “constituir”, “financiar” ou “integrar”; um crime de ação múltipla uma vez que admite diversas ações que configuram a atividade delitiva.

Observa-se que poderá o agente cometer o crime pessoalmente ou ainda por intermédio de terceira pessoa, sendo um sujeito ativo comum.

Como exemplo, o pensamento de Emanuel Motta da Rosa (2013, s.p):

“Note-se que para consumação do delito e da conduta não há necessidade sequer que o sujeito ativo participe dos delitos que caracterizam a atividade de crime organizado. Um investidor que, ciente das atividades desenvolvidas pela organização criminosa, financia suas atividades, realiza a conduta descrita no tipo penal.”

Urge salientar como descrição do crime que tem como objeto jurídico a paz pública, é um crime de concurso necessário, há colaborações nas condutas dos sujeitos e estabelece o requisito trazido no §1 do art. 1º o requisito de pelo menos quatro pessoas ou mais.

A sociedade por ser considerada o sujeito passivo, e ainda o crime deverá ser considerado apenas na modalidade dolosa – através do animus associativo, obtendo qualquer vantagem e não ocorrendo a tentativa.

A consumação do delito ocorre se da prática de infrações penais sejam superiores a quatro anos e de caráter transnacional, como já supracitado. Deverá ainda conter a indispensável estrutura ordenada e divisão de tarefas.

É um crime permanente, podendo então haver o estado de flagrância enquanto houver a organização, conforme dispõe o art. 303 do Código de Processo Penal.

Ainda por se tratar de crime permanente, caberá a súmula 711 do Superior Tribunal Federal, que prevê a possibilidade de lei penal mais grave ser aplicada, conforme abaixo transcrita:

SÚM. Nº 711/STF: Lei Penal Mais Grave - Aplicabilidade - Crime Continuado ou Crime Permanente - Vigência e Anterioridade
A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

A respeito dos componentes necessários, Rogério Sanches Cunha (2013, p.17) trás uma polêmica: “no número mínimo de quatro integrantes, devo computar o agente infiltrado?”

Argumenta-se em doutrinas que poderá se computar o agente que esta infiltrado. É o que Rogério Sanches discorda, pois da como exemplo o caso de policial que esta infiltrado, não podendo ser computado, não tendo o requisito de animus associativo, tendo como o real objetivo desmascarar a sociedade criminosa.

Por fim, importante salientar que na associação criminosa, os agentes reúnem-se para identificar os crimes que irão cometer para após executá-los. Diferentemente da organização criminosa que constitui um delito autônomo, independentemente de ocorrer o crime de associação.

Poderia até ocorrer o concurso material, art. 69 do Código Penal, e cumular-se-ia a penas, possibilidade prevista no próprio dispositivo, em seu parágrafo único, sem prejuízo das demais das demais penas até então praticadas.

4.7.1 Da qualificadora do art. 2º §1º da Lei nº 12.850/13

Diferentemente do objeto jurídico tutelado no *caput* do artigo, que é a paz pública, aqui se tutela a administração da justiça, pois prevê que nas mesmas penas incorre quem atrapalha a investigação criminal da organização criminosa.

Assim encontra-se o §1º do art. 2º da Lei nº 12.850/13 "Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa."

Como descrição do crime pode ser considerado crime comum, sendo qualquer pessoa praticar, desde que não tenha participado da formação e funcionamento, devendo ser punido a título de dolo e ainda tem sua execução é livre.

Fica-se nítido que o sujeito passivo é o Estado.

Sendo o sujeito passivo o Estado, em se tratando somente da investigação criminal, Rogério Sanches Cunha (2013, p.19) trás uma indagação se o legislador se omitiu sobre a questão da obstrução do processo judicial.

Comenta o autor que para alguns a lacuna não deve ser interpretada pelo interprete ao modo de estender para o processo judicial, pois violaria o princípio da legalidade.

Nesse sentido discorda o autor, que alega que deverá se utilizar de uma interpretação teleológica, uma interpretação extensiva e não analógica para não ferir o princípio da legalidade.

4.7.2 Das causas de aumento de pena prevista no art. 2 e parágrafos seguintes

Há causas de aumento de pena previstas no §2º e §4º da respectiva Lei, para casos de emprego de arma de fogo, sua utilização deverá ser sempre comprovada, tendo como aumento de pena até 1/6.

Note-se que não basta portar a arma. É preciso empregar, usar de fato a arma, para justificar o aumento da pena.

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

No caso do §3º em também terá aumento de pena quem detiver o domínio da associação, expressamente ressalvado que não necessitará do agente praticar atos da execução.

Aqui nada mais é do que a teoria do domínio do fato que o legislador trouxe.

Ainda importante lembrar que trata-se de uma circunstância agravante (que já está prevista no art. 62, I do Código Penal), logo Lei especial derroga a geral.

No §3º então temos que "A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução".

No §4º há uma majoração, sendo o aumento de pena de 1/6 a 2/3 nas circunstâncias respectivas de seus incisos, assim sendo:

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

I - se há participação de criança ou adolescente;

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

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

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

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

No inciso I temos que a dosagem do aumento deve levar em conta crimes em que menores de 18 anos tiverem incidência, não apenas o número de menores efetivos bem como quando se utilizados como instrumentos para o crime. Quanto maior o número de crianças e adolescentes encontrados na organização, maior deverá ser a pena estabelecida pelo legislador.

No que tange o inciso II, há o concurso com o funcionário público, mas não tão somente na organização criminosa, mas também se valendo deste para se aproveitar de vantagens contra o Estado.

Já no inciso III, se encontra bem esclarecido através das palavras de Luiz Flávio Gomes (2013, s.p):

[...]Claro que toda organização, quando envolve o “exterior”, cria mais dificuldades para a investigação, mais embaraços para a atuação do poder público na repressão do delito. Também deve ser levado em conta o trabalho imenso para recuperar bens que estão no exterior (os tratados de cooperação muitas vezes não existem ou não funcionam). Sobretudo se o bem vai parar num paraíso fiscal, a dificuldade de relacionamento com ele é muito grande (porque eles existem para proteger os bens desviados, não a persecução penal).

O inciso IV já aduz outra possibilidade, que é quando a organização criminosa mantém conexão ou contato com outras organizações. Percebe-se então que a forma desta ação aumenta, não mais sendo frágil como antes, podendo até ocasionar a impunidade do grupo através de artimanhas para driblar o Estado.

Como dispõe Guilherme de Souza Nucci (2013, p.29):

Observou-se, nos últimos tempos, o nefasto contato entre organizações criminosas de presídios, cada uma delas comandando uma facção e uma região do país. A danosidade social é elevada, justificando a causa de aumento.

Por fim, no inciso V, há questionamentos na doutrina e Direito, pois o fato de ser transnacional não quer dizer que é internacional, Luiz Flávio Gomes ainda aduz a idéia que o crime pode acontecer após as 12 milhas náuticas brasileiras. Para Nucci este aumento de pena não poderia ser aplicado, pois seria *bis in idem* pela própria característica da organização criminosa a transnacionalidade.

Em continuação temos o §5º:

§5º - Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

Agora no §5º é previsto em qualquer fase da persecução penal o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, poderá ser decretada a medida cautelar do afastamento do funcionário público estatal, sem prejuízo da sua

remuneração, quando se fizer necessária na investigação ou instrução processual.

Luiz Flávio Gomes(2013, s.p) complementa o pensamento:

[...]Nessas duas situações, como medidas extremas, cabe prisão temporária (para a investigação) ou preventiva (instrução). Mas antes de se chegar nas medidas de *extrema ratio*, há o afastamento (que pode ser suficiente). A suspensão do exercício da função está prevista também no CPP, art. 319, VI.[...] A medida é facultativa, não obrigatória. O juiz não é obrigado a determinar o afastamento cautelar do funcionário. Se o faz, não haverá prejuízo da remuneração, porque estamos diante de uma medida cautelar, que não afasta a presunção de inocência.

Logo em seguida, o §6º:

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

De igual sorte, o §6º trás dos efeitos da sentença extrapenal.

Assim a condenação criminal com trânsito em julgado implicará na perda do emprego, cargo, função ou mandato eletivo, pelo prazo de oito anos subsequentes ao cumprimento da pena, dispensando a motivação do magistrado, como é previsto no art. 92, parágrafo único do Código Penal, mas esses efeitos secundários, embora não necessitem de fundamentação específica, devem aparecer na sentença do juiz.

Urge salientar que decorrido o tempo de interdição após o trânsito julgado da sentença, o ex-condenado poderá ingressar em outro cargo público, mas nunca ter de volta o cargo anterior.

Por fim, mas não menos importante o §7:

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

Para garantir a investigação policial, no caso de servidor integrar os quadros da polícia ou, havendo indícios da participação de policiais nas

condutas da organização criminosa, será encaminhado para o Ministério Público.

O encaminhamento é obrigatório, não facultativo, porque se trata de preservação da integridade do Estado e das suas instituições, sendo para este apurar, pois já é previsto no art. 129, VII da respectiva Carta Magna, o controle externo da polícia exercido pelo Ministério Público.

Deste pensamento conclui Rogério Sanches Cunha (2013, p.24)

Aliás, um dos cenários mais alarmantes a justificar a investigação conduzida pelo Ministério Público é aquele em que indícios apontam agentes do Estado envolvidos com o crime organizado.

Assim, o Ministério Público não irá presidir a investigação, irá apenas acompanhar, pois o legislador optou por abrir inquérito policial, impossibilitando do Ministério Público abrir ação própria. O MP sempre irá investigar quando houver policiais suspeitos envolvidos, sendo uma forma de "colaboração" com o estado, conforme estabeleceu o legislador.

5 DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

Seguindo com os comentários da respectiva Lei, entraremos na parte mais sistemática da norma, já que o Estado através de seu "poder de punir", deve-se utilizar a investigação e o processo.

Como dispõe Guilherme de Souza Nucci (2013, p.37) "A persecução penal é denominação de atividade estatal de investigação e processo, no âmbito criminal, com vistas a apurar a prática de infração penal e sua autoria". A investigação e o processo levam a justiça sobre a prova da existência do crime e de quem foi sua autoria.

Deste modo, na legislação brasileira, pode se dizer, pois serão permitidos, dentre outros já previstos em Lei, os seguintes meios previstos no art. 3º da Lei nº 12.850/13.

E estes são, de acordo com o art. 3º da Lei nº 12.850/13:

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

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

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.

Urge salientar que existem outros institutos que trazem estes temas, mas não tão bem minudenciados como esta Lei em exame.

Assim, no desenvolver deste capítulo se explicara todas as formas previstas no artigo supracitado.

5.1 Da Colaboração Premiada/ Delação Premiada

A colaboração premiada encontra-se disposta no art. 4º da respectiva Lei:

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:"

A denominação colaboração premiada não se pode ser considerada um instituto novo no ordenamento jurídico nem na construção histórica do direito, pois ela já se encontrava espalhada pelas décadas e pelo legislador nas hipóteses de "delação premiada", "extorsão premiada", "confissão delatória" dentre inúmeras outras.

Na história a "Delação Premiada" surgiu com o amadurecimento da legislação processual penal vindos da Itália e América do Norte, através da dilatação da cultura destes países, chegou no Brasil a denominada "Delação Premiada".

Nas palavras de Rômulo de Andrade Moreira apud Damásio de Jesus (2013, s.p), segue uma evolução histórica para a criação deste instituto no Brasil:

Segundo Damásio de Jesus, a origem da "delação premiada" no Direito brasileiro remonta às Ordenações Filipinas, cuja parte criminal, constante do Livro V, vigorou de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. O Título VI do "Código Filipino", que definia o crime de "Lesá Magestade" (sic), tratava da "delação premiada" no item 12; o Título CXVI, por sua vez, cuidava especificamente do tema, sob a rubrica "Como se perdoará aos malfeitores que derem outros á prisão" e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios. Já na Inquisição, um filho delator não incorre nas penas fulminadas por direito contra os filhos dos hereges e este é o prêmio pela sua delação. In proemiumdelationis.

Assim, a delação premiada ou colaboração premiada, pois como aduz Guilherme de Souza Nucci (2013, p.47) "embora a lei utilize a expressão colaboração premiada, cuida-se, na verdade, da delação premiada", que entrou

no ordenamento jurídico, esta presente no Código Penal e em Leis esparsas, mas apesar da incidência do instituto, este não tinha até então a devida regulamentação.

Como conceito de colaboração ou delação premiada, trazido por Guilherme de Souza Nucci (2013, p.47):

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

Assim, com a adoção da Lei nº 12.850/13, o legislador tenta suprimir as lacunas e a ordem sistemática do regime. Também importante será salientar que após seu surgimento também eclodiram polêmicas referente a própria norma e das situações já previstas em lei.

Já em relação a natureza jurídica do crime de delação premiada, temos que esta poderá ser em duas modalidades, sendo causa de diminuição de pena ou causa de extinção da punibilidade (através da concessão do perdão judicial).

O direito positivo ilidi também no ordenamento exemplos, como hipóteses de colaboração premiada, como por exemplo, o caso previsto na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) que em seu artigo 41 entrevê redução 1/3 a 2/3, para o agente que voluntariamente contribui com a investigação e o processo criminal.

Outro caso mais recente no ordenamento jurídico, trazido pela doutrina, é o da Lei da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) que no seu artigo 87 entrevê a extinção da punibilidade da ação administrativa ou redução de pena para o agente infrator que colaborar com provas para condenação dos demais infratores.

Ocorre, com a implantação da Lei nº 12.850/13, há uma explanação deste conceito do que seria colaboração premiada, já que o legislador foi minucioso, cuidando de sua forma e conteúdo.

Ela também é muito lógica, trazendo expressamente suas hipóteses, não se esquecendo de assegurar ao delator os direitos e garantias fundamentais.

Assim, a colaboração premiada, nada mais é que o juiz poder conceder o perdão judicial e reduzir a pena em até 2/3 ou substituição por restritiva de direitos, desde que de forma eficaz e voluntária advenha os resultados previstos na respectiva Lei.

Deste modo, a análise deste perdão, será valorada pelo juiz, conforme as ideias de Guilherme de Souza Nucci (2013, p.47):

O valor da colaboração premiada é relativo, pois se trata de uma declaração de interessado (investigado ou acusado) na persecução penal, que pretende auferir um benefício prejudicando terceiros.

Logo, podemos concluir que o perdão judicial é um instituto de natureza jurídica anômala a um "acordo", como por exemplo, que no nosso ordenamento jurídico brasileiro significa deixar de punir aquele agente que já tenha sofrido uma represália social tão drástica quanto sua conduta, isentando-o de pena.

Então, o perdão judicial terá sua essência modificada, pois na delação premiada, não terá uma conduta que sofreu represálias quaisquer, mas após a prática do delito criminoso, poderá colaborar efetivamente e de forma eficaz com a justiça.

É claro que tudo dependerá do caso em concreto, é a aplicação do princípio do consenso.

Deve-se argumentar que, não necessita para o agente que irá receber este benefício, ter que delatar seus comparsas.

Vejamos como aduz Rogério Sanches Cunha (2013. p. 35)

A partir da lei posta, portanto, é incabível a conceituação do instituto com base, exclusivamente, na delação dos comparsas formulada pelo colaborador, já que o prêmio pode ser obtido ainda que ausente esta imputação, como por exemplo, se em decorrência dela se salvaguardou a integridade física da vítima."

Urge salientar que perante a doutrina há muitas críticas, pois o argumento é que o Estado não se deve valer da "mentira", ou "deslealdade",

para descobrir o crime organizado, ou até mesmo que o instituto não tem aplicabilidade no Estado uma vez que não tem estruturas para resguardar o delator.

Destarte, no próprio Código Penal, já existem circunstâncias específicas e genéricas que são previstas para beneficiar o réu, como a atenuante genérica do art. 65º, III, b, o art. 15º e ainda o art. 16º do mesmo diploma legal.

Então, por esta visão, o Estado estaria "explorando" uma parte da criminalidade, e estaria beneficiando um mal-feitor.

Assim, premiando o legislador a delação, o Estado estaria elevando ao grau de virtude a traição do delator.

Nestes argumentos, segue o pensamento, de Eugênio Raúl Zaffaroni (1996, p. 45):

A impunidade de agentes encobertos e dos chamados "arrepentidos" constitui uma série lesão a éticidade do Estado, ou seja, ao princípio que forma parte essencial do Estado de Direito [...] o Estado está se valendo da cooperação de um delinqüente, comparada ao preço da sua impunidade para "fazer justiça", o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria.

Aduz ainda Hassemer apud Paulo Rangel (2003, p.605): "não é permitido ao Estado utilizar os meios empregados pelos criminosos, se não quer perder, por razões simbólicas e práticas, a sua superioridade moral."

Nota-se que os fundamentos dos autores são variados, mas com algo em comum, a não concordância com o legislador, pelos princípios que o Estado deve optar pela colaboração dos coautores, pois afrontaria a moral do Estado.

Já pelas linhas de raciocínio de Rômulo de Andrade Moreira (2013, s.p):

Afora questões de natureza prática como, por exemplo, a inutilidade, no Brasil, desse instituto por conta, principalmente, do fato de que o nosso Estado não tem condições de garantir a integridade física do delator criminis nem a de sua família, o que serviria como elemento desencorajador para a delação, aspectos outros, estes de natureza ético-moral informam a profunda e irremediável infelicidade cometida mais uma vez pelo legislador brasileiro, muito demagogo e pouco cuidadoso quando se trata dos aspectos jurídicos de seus respectivos projetos de lei.

Mas é importante salientar que como o autor já foi claro em suas ideias, o Estado não tem suporte para dar aos delatores. É de certa maneira que gera uma inutilidade do instituto, pois o agente poderia até estar "arrependido", mas não colaboraria com o Estado por medo das consequências, pois com se sabe o mundo do crime organizado não há limites nem segurança entre seus integrantes.

Ao contrário destes posicionamentos, Rogério Sanches Cunha (2013, p.37):

Destaque-se, de plano, argumento que nos parece fundamental para o correto enfrentamento da questão. Consiste no fato de que a colaboração Premiada pressupõe, para sua admissão, a voluntariedade do agente, como se vê do *caput* deste artigo.

Veja-se que a Lei exige a voluntariedade do agente, assim o lado imoral e antiético não é pressuposto, como se nota no seu *caput* descrito. Logo, com a adoção da desta nova legislação, não se pode os críticos falarem em "traição", "imoralidade" ou ainda sobre "aética estatal".

Urge salientar que nas explicações dos incisos será objeto de compreensão melhor, como os exemplos os incisos IV e V em que não é necessária a delação dos agentes, mas a simples localização de eventual vítima ou recuperação parcial ou total do produto já gera o benefício proposto pelo legislador.

Assim, diante de todas essas explanações sobre o conceito e críticas de doutrinadores e operadores do direito, finaliza-se com a importância deste instituto que já era previsto no ordenamento jurídico, mas fora aprimorado pelo legislador.

Por fim, conclui-se que este instituto do diploma em exame é de extremo prestígio para a legislação brasileira já que foi feliz o legislador, em poder acrescentar este conteúdo.

Observa-se que as organizações criminosas estão se desenvolvendo cada vez mais rápido, podendo se dizer ainda a capacidade humana do desenvolver da sociedade em "mentes diabólicas" para determinados crimes.

Logo, o legislador tem que ficar de prontidão para combater a criminalidade, tendo o Estado o dever de criar normas penais incriminadoras ou barreiras jurídicas, dificultando a marginalidade.

Contudo, o Estado premia delatores do ponto de vista subjetivo do crime, sendo esse que colabora com a justiça nas situações descritas no próximo tópico.

5.1.2 Das formas do agente conseguir a delação premiada

Continuando os estudos sobre a delação premiada que nada mais é de que um instrumento de política criminal, que tem certos requisitos específicos.

Fora trazida através de estudos do Direito Italiano que tem como fundamento tentar "incentivar" através do perdão judicial, redução de pena ou substituição da pena, a confissão do agente.

Assim, apresentar-se-á as hipóteses em que o agente poderá receber o benefício da delação premiada, considerando é claro que sempre haverá presente o Princípio da Ampla Defesa, Proporcionalidade, Devido Processo Legal e Contraditório; devendo o respectivo acordo ser homologado por juiz, obrigatoriamente na presença do defensor do agente, para sua validade.

Revedo um conceito, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2013, p.35), a delação seria:

A delação premiada significa a possibilidade de se reduzir a pena do criminoso que entregar o(s) comparsa(s). É o 'dedurismo' oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade.

Como já debatido em tópico anterior, a colaboração premiada não deve ser vista como uma afronta estatal, mas sim como um meio de batalha ao

crime organizado, assim como outras medidas trazidas pelo legislador, conforme Guilherme de Souza Nucci (2013, p.50) complementa:

Em suma, pensamos ser a colaboração premiada um instrumento útil, aliás, como tantos outros já utilizados, legalmente pelo Estado, como, por exemplo, a interceptação telefônica, que fere a intimidade, em nome do combate ao crime.

Logo, após estes breves comentários, há começar pelo inciso art.4º, I da Lei nº 12.850/13 em que está expresso "a identificação dos demais co-autores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticada".

Fica-se claro que a delação ocorrerá por parte do agente que esteja envolvido no inquérito ou processo judicial, não podendo ocorrer o instituto para processos distintos ou investigações do qual o autor não faça parte.

Urge salientar, que no corpo do inciso existe a preposição "e", logo, o agente deverá indicar a identificação dos co-autores e partícipes e também, apontar as infrações penais por eles praticados.

É de se notar que ao demonstrar perante a justiça quais são os outros co-autores e partícipes, pressupõe de óbvio que foi agente foi o causador da autoria também do delito.

Assim é disposto no art.190 do Código de Processo Penal: "Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam".

Logo, é uma peculiaridade da delação presente na Lei nº 12.850/2013, pois como exemplo trazido em doutrinas, na Lei de Drogas, já mencionado neste estudo, não consta o instituto com esses requisitos.

O texto prevê no art. 41 da referida Lei de Drogas "[...]colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime[...]."

Observa-se que o fato de delatar já garante ao agente o benefício.

Por todo o exposto, deverá o agente para receber este benefício, indicar outros integrantes, executores, mandantes e colaboradores. Após, o

Promotor de Justiça incumbido do caso, avaliará a situação e definirá o grau da colaboração.

Já no inciso II, da referida lei, está disposto "a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa".

Para receber o benefício, o agente, neste caso, terá que apresentar mais requisitos dos que os descritos no inciso I; já que deverá apontar a estrutura hierárquica e a forma de agir da organização.

Assim, por exemplo, detalhará a tarefa destinada a um membro.

Vale ressaltar, que poderá ocorrer do indivíduo não saber todas as atividades e tarefas de todos os membros, já que a organização poderá ser composta de múltiplos agentes, tendo até personagens que este não conheça.

Marcelo Batlouni Mendroni (2014, p.34) aduz a ideia:

Se a divisão de tarefas é elemento de caracterização de praticamente qualquer organização criminosa, pois dividir tarefas significa, em última análise, agir de forma organizada, a estrutura hierárquica, clara nas organizações clássicas (normalmente em forma de piramidal) nem sempre está presentes em todas.

Deste modo, trás a possibilidade de uma organização sem hierarquia, denominadas de "redes", que tem como característica a globalização, formam-se de "indicações" e "contatos", sem vinculação e quaisquer compromisso.

Já na descrição do inciso III, temos "a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa".

Aqui temos um paradigma, pois enquanto muitos são contra o instituto da delação, vemos uma benefício clara, havendo um indiscutível bem a sociedade.

Logo, o delator poderá entregar futuros crimes que serão cometidos pela organização.

Rogério Sanches (2013, p.44) cita um exemplo brilhante, que seria nos casos de furtos a caixas eletrônicos, a delação de futuros nos locais a serem furtados geraria "pontos" para a polícia tentar combater a organização e proteger a sociedade.

Deve-se deixar claro, que o agente não poderá delatar "suposições" de crimes que serão praticados. A polícia e o Promotor deverão

ficar atentos e terem por base argumentos e fatos que gerariam a possível concretização do fato, pois criminosos poderiam blefar para conseguir uma extinção de punibilidade.

Ademais, no inciso IV temos "a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa".

A reparação do dano não é requisito para a delação premiada, mas sim a Lei tentou diminuir o dano à sociedade através deste inciso.

No Código Penal e em leis esparsas temos casos em que a reparação do dano é requisito de validade para o benefício, como por exemplo, art. 65 III e art. 83 IV do referido diploma legal, bem como na Lei nº 9.099/95 no art. 89 §1º, dentre inúmeros outros.

Esta Lei ainda fala em recuperação ou proveito, que deve ser devolvida as vítimas que sofreram prejuízos devidos as organizações criminosas.

Assim, essa recuperaçãoi deverá ser valorada, diante das palavras de Guilherme de Souza Nucci (2013, p.53):

[...] se a delação permite a recuperação total do produto ou proveito do crime - o que termina auxiliando, também na localização de autores e partícipes pode-se até aplicar o perdão; mas se a recuperação é parcial - e de pouca monta - há de se partir para uma redução mínima de pena, tal como um sexto.

Então a doutrina trás como proveito, exemplos derecuperação carros, casas, dinheiro, bens que os criminosos conseguiram com as ações. Logo, o benefício será concedido, devendo ser avaliado o quantum que se fora recuperado.

Por fim, no ultimo inciso V, mais não menos importante "a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada". A vida é o maior bem jurídico tutelado. Logo, se o agente delatar a localização da vítima além de conter no dispositivo que ela deverá ter preservada sua integridade física.

Há doutrinadores a possibilitam até o fato de a vítima possuir algum tipo de lesão, desde que este não afete sua saúde além da possibilidade

do agente delator imaginar uma vítima viva e esta estar morta, neste caso, não poderia receber o benefício.

Rogério Sanches (2013, p.16) ainda ressalta que a lei foi omissa quanto a integridade psicológica do agente, não devendo ser observada para a negação do instituto, mas sim analisado na proporcionalidade, pois evidentemente que quanto maior o tempo de violação da integridade psicológica, terá revertido na diminuição da pena.

Estes incisos do art. 4º supracitados e comentados são chamados pela doutrina de requisitos objetivos, ou seja, para conceder o benefício da redução ou do perdão judicial, conforme descrito no caput, deverá estar presente, pelo menos uma destas hipóteses ou mais.

5.1.3 Da análise do art. 4º da Lei nº 12.850/13

Continuando este estudo, mas agora em atento as observações e especialidades que os respectivos parágrafos do art.4 da Lei nº 12.850/2013 trouxe.

Deste modo, no §1º, temos:

§ 1º - Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Conforme descrito no Código Penal, essa Lei também trás as circunstâncias judiciais do agente delator que será avaliada, de modo que se fará á uma valorização da colaboração, estes são os requisitos subjetivos.

Deste modo, ocorridos algum ou alguns dos requisitos acima comentados, deverá também a análise da personalidade do agente, a natureza ou espécie da infração criminal, as circunstâncias, a gravidade do delito, a repercussão social que este fato desencadeou e o grau da colaboração do agente perante a justiça estatal.

Temos também o §2º, no qual há uma peculiaridade muito importante:

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o [art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 \(Código de Processo Penal\)](#).

Vemos através deste artigo que a delação pode se dar tanto na investigatória, como também no inquérito policial, ambos explicados adiante.

É uma inovação que o legislador trouxe, pois este apresenta então dois legitimados para representar perante o juiz a possibilidade de o colaborador receber o benefício do perdão judicial.

Se a delação for durante o inquérito policial, Guilherme de Souza Nucci (2013, p.55) trás três hipóteses:

Considerando-se sua ocorrência, durante o inquérito, pode dar-se da seguinte forma: a) o delegado, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, representa pela aplicação do prêmio máximo, que é o perdão judicial, causador da extinção da punibilidade, cassando-se a persecução penal; b) o delegado, nos autos do inquérito, representa e, antes de seguir ao juiz, passa pelo Ministério Público para colher sua manifestação, seguindo-se o pleito de perdão judicial; c) o Ministério Público, valendo-se do inquérito, requer ao magistrado a aplicação do perdão judicial.

Assim, percebe-se que a Lei da muita importância para os momentos processuais, além da preservação do Princípio da Proporcionalidade, em que deverá ser valorizada conforme o grau da informação.

Por outro giro, como já mencionado anteriormente, pelos comentários de Marcelo Bastlouni Mendroni (2014, p.37): "[...] de forma a promover a eficiente via de duas mãos, quais sejam, o benefício ao acusado colaborador e a vantagem processual-investigativa para a administração da justiça".

Logo, observa-se a contraprestação fornecida a justiça, em que o juiz não poderá conceder de ofício o perdão judicial, apenas poderá conceder se houver representação.

Se for representação oferecida pelo delegado, pouco importa a recusa ou aceita do Ministério Público.

O Delegado de Polícia se utiliza deste meio quando percebe que o agente da organização criminosa pretende colaborar, sendo que requererá ao juiz, e deverá conter a manifestação do Ministério Público, que na análise do caso concreto, poderá ser contra ou a favor.

Urge salientar que a requisição do Ministério Público para se caber o perdão judicial para o colaborador, pode ocorrer a todo o tempo, que ocorre da investigação até a fase da sentença

Continuando o raciocínio, no §3º:

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

Temos que a denúncia ou o processo referente ao colaborador, poderão ser suspensos por seis meses, prorrogados por igual prazo, para se tomar as medidas cabíveis, já que pode decorrer da dependência de dados ou informações, antes do requerimento a ser realizado para o juiz. .

Em relação medidas cabíveis, podemos entender como viabilizar o processo probatório a averiguação sobre a colaboração prestada.

Neste sentido, através das palavras do autor Rogério (2013, p. 53):

O prazo, em suma, permite a demonstração de que o ato do beneficiário com o favor legal efetivamente se constituiu em uma colaboração, mostrando-se apto, por isso, a atingir os objetivos da lei. É possível, outrossim, dada a complexidade dos delitos e peculiaridades das organizações, que em apenas seis meses não se consiga tal eficácia. Daí a possibilidade de prorrogação do prazo por igual período.

Deste modo, conclui-se que este pedido de prorrogação deverá ser sempre fundamentado. Caso o pedido de prorrogação seja discordado pelo juiz, não como obrigar o promotor a realizar a denúncia, devendo então esta ser encaminhada ao Procurador Geral de Justiça, para este dar o parecer final se prorroga o prazo ou discorda, encaminhando então para outro promotor fazê-lo.

Ademais, o prazo prescricional também será suspenso, conforme §3º e bem como a regra geral do art.116 do Código Penal, tendo em vista o princípio da Ampla Defesa e averiguação de provas, como também pela suspensão e impedimento.

Pois o perdão é causa de extinção da punibilidade, conforme art. 107, IX do Código Penal, fazendo coisa julgada material, por isso adveio esse tempo fornecido pelo legislador.

Veja-se ainda que o legislador autorizou o Ministério Público, nas hipóteses do caput, a deixar de oferecer denúncia, nos casos do §4º:

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

I - não for o líder da organização criminosa;

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

Como se sabe, presente os requisitos de autoria e materialidade, o Ministério Público é obrigado, através do art. 29 do Código de Processo Penal, pelo Princípio da Obrigatoriedade a propor a denúncia já que é o titular da ação penal pública.

Assim, é uma escusa a este princípio, como descrito no artigo, será uma faculdade do promotor.

Será deste modo, simplificadamente, a possibilidade de entrar ou não com a denúncia, pois não caberiam aqui ao colaborador, os outros benefícios da Lei como, por exemplo, redução de pena, perdão judicial ou substituição, já que ambas precisam de um processo judicial preexistente.

Caso o juiz concorde, haverá arquivamento do inquérito policial, caso contrário o juiz invocará o art. 28 do Código de Processo Penal.

Neste caso há uma colaboração e um acordo firmado entre o agente e o Ministério Público ou delegado, e após homologado pelo juiz e observado a importância da colaboração, pode o MP deixar de propor denúncia quanto ao agente infrator nas possibilidades do §4º.

Assim, a persecução penal se fortalece na medida deste parágrafo, em que mais uma vez vemos o incentivo do legislador, para que delatem sobre o crime organizado, pois podem não serem denunciados ou até

mesmo receber, após a sentença, o perdão judicial, a diminuição de pena, ou até mesmo a substituição por restritivas de direito.

Continuando, em relação à fase da sentença a colaboração sofre algumas peculiaridades que poderão decorrer após o trânsito e julgado.

No §5º "Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos".

Como já comentado aqui, após o processo judicial ocorrerá à sentença, deste modo, ao colaborador não poderá ser aplicado o perdão judicial, mas sim ter uma redução da pena a metade ou ter admitida a progressão de regime, mesmo sem ter os requisitos objetivos, já que este dispositivo autoriza essa exceção, mas deverá estar presentes a voluntariedade e a efetividade.

A lei abrange a palavra "sentença" até a fase da execução penal. Essa afirmativa encontra fundamento através da sumula 611 do STF, conforme abaixo transcrita:

SÚM. Nº 611/STF: Sentença Condenatória Transitada em Julgado - Competência na Aplicação de Lei Mais Benigna - Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.

A questão polêmica que a doutrina trás é como seria a delação em sentença que já transitou em julgado? Poderia o réu, obter uma revisão criminal em favor da delação?

A delação tem como requisito a voluntariedade e eficácia, como já estudado no respectivo art. 1º da Lei, deste modo, há casos que caberá e outros que não poderiam ser aplicados.

Percebe-se que, dependendo do inciso caberão como no caso citado pelas doutrinas, os incisos III, IV e V, dispostos no *caput* do art. 4º.

Outrossim, no §6º:

§ 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.

Como já supramencionado, o juiz apenas homologará o acordo, não participando das negociações, pois este é imparcial, como trás o Princípio da Imparcialidade do Juiz, mas deverá avalizar sua regularidade, legalidade e voluntariedade.

Interessante que o legislador trás aqui como parte o delegado de polícia, o Ministério Público, o agente e seu defensor. Se analisamos ao pé da risca, o delegado não seria uma parte, mas como este também pode propor a delação, o legislador o trouxe para o rol.

Em complementação, temos o §7º:

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

Temos que o §7º é bem autoexplicativo.

Deste modo, o juiz analisará a proposta de acordo, que deverá ser escrito, e ainda a seu critério, para verificar a regularidade, a legalidade e a voluntariedade, que poderá ter uma audiência, na presença apenas de seu advogado e agente.

Haverá então a possibilidade uma audiência para o juiz analisar o acordo.

Percebe-se então, uma maneira do legislador tentar incentivar a delação, pois nesta audiência, com a presença do agente colaborador e seu defensor, homologará o acordo que fora realizado com o Ministério Público ou com a polícia.

O legislador trouxe isso para que, num momento posterior, a sentença, o colaborador não seja surpreendido com o "quantum" que o juiz lhe concederá, como, por exemplo, o descontentamento por uma redução irrisória.

Assim, não comparecerá a esta audiência o delegado nem o Ministério Público, ambos tem a legitimidade de propor a delação, pois isto, na visão do legislador, poderia ocasionar um constrangimento ao investigado.

Ainda, importante será a audiência para notar-se também se não há nenhuma artimanha entre o promotor ou a própria polícia e o agente

colaborador, pois as informações poderiam ser falsas para conseguir uma liberdade provisória ou cessação de prisão temporária, como salienta a doutrina.

Logo, na busca pela verdade real, este, o colaborador, poderá ser acionado para ajudar a esclarecer fatos do qual fora preestabelecido.

Ainda a discriminar sobre o acordo e da respectiva homologação, importante trazer o art. 6º da referida lei, para darmos melhor continuidade neste assunto, pois argumenta os requisitos que este acordo deverá conter:

Art. 6º: O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:
I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

O legislador trouxe por expresse que a delação deverá ser escrita, mas deve-se deixar claro que valer-se também na forma verbal. Vemos que a forma escrita é forma mais coesa, pois a forma escrita possibilita maior segurança a ambas as partes, gerando garantias e deveres.

Deve relatar-se então, a colaboração do agente e seus possíveis resultados, como por exemplo, aqueles elencados nos incisos do art. 4º desta Lei.

Esses "possíveis resultados" que a Lei trás é porque é somente na sentença que o juiz avaliará sua importância e a prolatará com o benefício do perdão, redução (de no máximo 2/3, a lei não trouxe o mínimo) ou substituição de pena.

Urge salientar que deverão ser expressas também as condições propostas, ou seja, os benefícios da colaboração oferecida pelo o Ministério Público ou da polícia, quando o Delegado de Polícia assim o fizer, em favor ao colaborador.

Realizada todas estas observações o colaborador aceitará a delação e os membros do Ministério Público, Delegado de Polícia, agente e

seu defensor, assinarão ao final para efetiva homologação, ressalvado como comentado no art.4º §7º em que juiz analisou a voluntariedade.

A omissão do ato é considerada nulidade absoluta deste, gerando inexistência.

Ainda no art. 5º desta referida Lei, como veremos mais a frente, em que se comentaremos os direitos do colaborador. Vistos que no art. 6º, V também revela direitos ao colaborador, como as especificações das medidas de proteção ao colaborador e sua família.

Ensejando continuidade sobre a importância da audiência pela referida Lei, temos o§ 9º:

§9ºDepois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

Veja-se aqui também, que o legislador trás como é importante a audiência, sempre verificando sua voluntariedade na prestação do acordo.

Deste modo, homologado o acordo, o juiz, o Ministério Público e o Delegado de polícia, poderão a qualquer tempo realizar a oitiva do acusado, ou até mesmo por pedido do colaborador, mas sempre acompanhado de seu defensor.

Já o Ministério Público e o delegado de polícia também poderão ouvir o colaborador ou requisitar audiências, uma vez que este assinou uma espécie de "compromisso" com o Estado.

Essas audiências têm como objetivo, dependendo do acordo firmado com o Estado, de que o delator traga novas informações ao processo e dar mais aparato as investigações.

Ainda pode-se afirmar que estas audiências são para observar como esta o estado do colaborador, como, por exemplo, se este esta sofrendo risco de vida, e então solicitar em seu benefício às medidas protetivas da Lei nº 8.007/99, conforme veremos mais adiante.

Nestes termos o §10º, que trabalha com a seguinte ideias "As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas auto

incriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor".

Urge salientar, que o investigado poderá sempre se retratar do acordo, e ainda estará amparado pelo Princípio da Não Autoincriminação, em que as provas até então trazidas por ele não poderá ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

A Lei ainda faculta às partes a possibilidade de retratação sobre o acordo que iria ser prestado através da colaboração do agente, devendo esta ser sempre antes da homologação judicial.

Após a homologação judicial, não se admite que qualquer uma das partes conteste o acordo.

O legislador trás essa possibilidade nos casos como trazidos na doutrina em que o agente colaborador não fica satisfeito com o referido acordo.

Essa retratação pode ser no caso também em relação ao Ministério Público, não cabendo ao Delegado de Polícia por não fazer parte na relação processual.

Assim, não fiquem satisfeitos, o Ministério Público ou colaborador, como por exemplo, no caso das provas e informações não conseguiram levar a condenação dos demais, como aduz a doutrina.

Deste modo, caso não satisfeito o Ministério Público com as provas insuficientes em relação aos demais partícipes dos crimes, não poderá este utilizar dos fatos e provas até então conhecidos exclusivamente pelo agente, que formão o acervo probatório, para então incriminá-lo, pois a lei é bem clara "não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor".

Assim, não se pode condenar o agente colaborador com as provas que este trouxe ao conhecimento da justiça estatal, devem estar corroboradas com estas outras provas, para então ter eficácia a sentença condenatória e não violar o Princípio da Não Autoincriminação.

Mas, dando continuidade nos estudos dos parágrafos do art. 4, sobre a delação premiada, em relação à homologação de acordo, temos o §8º "O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto".

O juiz poderá recusar proposta que não atender os requisitos legais, ou não se adequar ao caso concreto, assim, é direito público subjetivo do delator, devendo se preenchidos os requisitos legais ser concedida pelo magistrado, que valorará suas informações para o descobrimento da verdade e o premiará com a causa de diminuição de pena.

Como trás Luiz Rascovski (2011, p.180):

"A entrega do premio resultante da delação deve ser conferida quando, pela observância da vontade do colaborador do delator no caso concreto, suas informações se mostrarem relevantes ao descobrimento da verdade."

Assim, presentes os requisitos objetivos e subjetivos, como já tratados acima, o magistrado deverá homologar o acordo.

Homologando o acordo, não produzirá de praxe os efeitos. Logo, para os efeitos ocorrerem após a sentença, em que os benefícios são o perdão judicial, as causas de diminuição de pena ou substituição; na medida em que este aplicará conforme a eficácia da delação.

Em continuidade do parágrafo anterior, nos mesmos paradigmas o §11º "A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia".

Urge salientar que conforme disposto no §11º, a sentença deverá conter os termos do presente acordo preestabelecidos e assinados pelas partes e o defensor do colaborador.

Caso a sentença preveja o perdão judicial ou a possibilidade do não cabimento de denúncia pelo Ministério Público, temos o §12º "Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial".

Para maior conhecimento deste trabalho podemos destacar que o perdão judicial destacado no art.107, IX do Código Penal, sendo um instituto que o juiz sabe a gravidade do crime, mas deixa de aplicar a sanção penal pela exceção em que gravidade do crime foi ocorrido. Encontramos na doutrina, por exemplo, o caso que um pai mata o próprio filho ao retirar o carro da garagem.

Então, temos neste parágrafo, o caso em que se o agente colaborador recebe o perdão judicial, que ocorre após a sentença, ou se sequer é denunciado pelo Ministério Público, tendo seu inquérito policial arquivado, conforme dispõe §4º, poderá sempre ser ouvido a requerimento do promotor, por iniciativa do juiz, pelos corréus ou ainda para sua própria defesa, para a elucidação dos fatos.

No caso do réu que tem em sentença em que se declarou o perdão judicial, poderá assumir duas posições; ora ela será réu na presente ação penal, ora poderá ser testemunha, a requerimento do promotor, por iniciativa do juiz, pelos corréus ou ainda para sua própria defesa, para a elucidação dos fatos.

De importância nesse mesmo tema, temos o §13:

§13: Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

Logo, para maior clareza da colaboração, o legislador trouxe que sempre que possível deverá o agente colaborador ter por registrado os atos sucessivos ao acordo, como por exemplo, gravação magnética dos autos co-autores e locais de futuros crimes.

Assim trás Guilherme de Souza Nucci (2013, p.62): “A avaliação do juiz acerca da voluntariedade (liberdade de ação) do delator ficará muito mais evidente por meio de gravação audiovisual.”

De sorte que o §14, entra em polêmica quando aduz "Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade".

Esta inovação legislativa implica em outro dispositivo, o art. 214 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 214: Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

Deste modo, há uma contradição com o Direito ao Silêncio, pois este é mitigado no momento que o réu, ou o próprio colaborador assina o acordo em que prestará informações contra a organização criminosa.

Poderia ser discutido se este Direito Constitucional ao Silêncio estaria sendo violado, que este abarca toda persecução criminal.

Este princípio consagrado no art. 5 LXIII cumula com o Princípio da Não Autoincriminação e também o Princípio da Presunção de Inocência, todos para garantir uma ampla defesa ao agente incriminado.

Nota-se então que além de renunciar ao Direito ao Silêncio, ele também presta compromisso legal de dizer a verdade, pois agora ele se torna uma espécie de "testemunha".

Estes casos, por obvio só se aplicariam ao agente colaborador que se sequer é denunciado pelo Ministério Público, tendo seu inquérito policial arquivado, conforme dispõe o §4º.

Para irmos para o fim deste estudo, temos o §15 “Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”.

Uma observação bem lógica que o legislador utilizou, pois a colaboração é uma espécie de confissão, e conforme o próprio Código de Processo Penal prevê no seu art. 185, que todo interrogatório será na presença de um defensor constituído ou nomeado.

Como já cediço destacado acima, é de suma importância a presença do defensor para o acusado ou agente colaborador para a consequência deste instituto, como visto acima para a homologação do acordo, necessita obrigatoriamente da presença de um defensor.

O defensor irá orientar o futuro colaborador sobre as vantagens e consequências processuais em ajudar o Estado a combater a organização criminosa.

Finalmente, dispõe o §16 “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. Discute-se que apesar da confissão, for conhecida pela denominação na doutrina de "rainha das provas", aqui neste instituto da colaboração premiada ela não vigora com o mesmo valor probatório.

É claro que a confissão do agente colaborador é muito importante e válida, ainda mais que este presta um acordo com o estado e recebe um benefício em troca, mas se não houver outras provas, fora as que o colaborador trouxe o juiz não poderá se valer das provas da colaboração para incriminar qualquer um dos agentes apontados ou até mesmo o colaborador, como visto anteriormente.

5.1.4 Dos direitos do colaborador

A legislação da Lei nº 12.850/13 trás consagrado na própria norma, os direitos do colaborador.

É importante a legislação trazer por expresse esse preceito.

É uma forma de estabelecer parâmetros de proteção ao agente colaborador, já que estamos tratando de crimes em que na maioria das vezes uma grande organização criminosa complexa existe e se camufla por trás de armações e articulações.

Esses direitos nada mais são que normas ratificadas pelo legislador a fim de assegurar comportamentos na sociedade que se não cumpridos terão uma força coercitiva a seu desfavor.

Assim, o art. 5º dispõe:

Art. 5º São direitos do colaborador:

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

Logo, é de se perceber que o legislador quis garantir aqui ao colaborador direitos para este se ter garantido, na medida que assegura o que possivelmente, este possa utilizar caso faça uso da colaboração.

Deste modo ressalta Rogério Sanches Cunha (2013, p.85):

O colaborador tem direito, ainda, "as medidas de proteção previstas na legislação específica" que, em nosso ordenamento, são aqueles constantes da lei 9.807/99 que trata de proteção a vítima e testemunhas ameaçadas.

Percebe-se nesta legislação, a Lei nº 12.807/1999 que o legislador não somente se preocupa em punir crimes através da segurança nacional, mas também protege vítimas, testemunhas e seus familiares pela vida da política pública dos direitos humanos.

Ademais, esta é de extrema importância nesta norma pois abrange crimes de alta complexibilidade e em se tratando da Lei nº 12.850/2013 que abrange organizações criminosas esta é uma via muito útil.

Podem-se elencar, como alguma das medidas de proteção a vítimas, testemunhas e familiares: segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; o sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; preservação da identidade, imagem e dados pessoais, dentre outras.

Assim, o colaborador também poderá ser abrangido por esta legislação, mas de uma forma diferenciada, analisando o caso concreto, em que se encaixe nos requisitos objetivos e subjetivos da lei.

Nas palavras de Juliana Schneider Da Costa (2008, p. 32):

A Lei protege o corréu ou participe de forma diferente do que as vítimas e testemunhas. Não há inclusões do acusado em programas, com todas as suas consequências como ocorre com as vítimas e testemunhas. O que se aplica aos acusados colaboradores são medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, mas somente em casos de ameaça ou coação eventual ou efetiva. Assim, a Lei fez algumas previsões de medidas especiais de segurança e proteção aos mesmos, como se extrai dos parágrafos do artigo 15 da Lei, contudo de forma bastante abrangente e, levando em consideração a situação atual de nosso sistema prisional.

Nas nobres palavras da promotora e pelo presente estudo, percebe-se que por analogia se aplica também a Lei de Proteção a

Testemunhas e Vítimas ao colaborador, mas com a ressalva, de ser aplicadas medidas de segurança, em casos de possível ou de concreta ameaça ou coação.

Neste paradigma, observa que a presente Lei, tem uma mudança em relação ao colaborador, deste modo, no art. 15º da Lei nº 12.807/1999:

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

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

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

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

Vemos então que esta Lei nº 12.807/1999 em relação com a Lei nº 12.850/2013 preserva o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em que se valoriza a proteção do indivíduo relevante ao meio de prova.

É o caso que o colaborador, se necessitar e de forma voluntária quiser fazer parte, poderá fazer jus ao benefício, basta o juiz homologar o pedido.

Em continuidade ao estudo de proteção as vítimas e testemunhas, familiares e colaboradores, há uma ressalva importante encontrado no Decreto Lei nº 3.518/00, que regulamenta o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, instituído pelo art. 12 da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

Pelas palavras de Juliana Schneider Da Costa (2008, p. 35):

Ademais, o Depoente Especial está sujeito Serviço de Proteção ao Depoente Especial, conforme prevê o artigo 11 do Decreto. O Serviço de Proteção consiste na prestação de medidas de proteção assecuratórias da integridade física e psicológica do depoente especial, aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, levando em conta as especificidades de cada situação. Tal previsão amplia a proteção, levando em consideração à integridade psicológica do depoente, diferente da lei 9.807/99 que apenas faz menção a integridade física do colaborador.

Veja-se aqui, que há possibilidade de caber para o delator a modalidade de ser depoente especial, como argumentado acima, em que nesta Lei em específico teria também o direito de ser protegida sua integridade psicológica.

Ressalva-se como já dito em tópico anterior, disposto no art.6º,V da Lei nº 12.850/13 diz que quando realizado o acordo perante o colaborador , seu defensor e o juiz, este especificará medidas de proteção.

Ademais, alguns incisos são lógicos a intenção do legislador, como por exemplo o art. 5º,IV quando aduz que o colaborador terá o direito de não ter o contato visual nas audiências. Fica-se nítido que a presença dos criminosos ofuscam a segurança e apavoram o colaborador

Aqui é evidente que o legislador quer proteger a integridade física e psíquica do delator, por este pode se sentir intimidado com tal atitude.

Pode-se fazer um adendo a este inciso com o que a própria Lei nº 12.850/13 dispõe no final, em seu art. 18º, quando trata de crimes no tópico: Dos Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção da Prova, conforme transcrito “Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.” Veja-se aqui também o legislador efetivou a importância ao requisito proteção da identidade do colaborador, constituindo crime atos de filmagem, fotografia e identidade, pois esses deverão ser zelados pelo Estado para a concretização da justiça no combate ao crime organizado.

Esse tratamento zeloso com o colaborador também pode ser extraído do art.217 do Código de Processo Penal, conforme abaixo:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.

Basta a presença do réu para que o juiz retire sem qualquer requerimento das partes, o colaborador da sala, não necessitando de alguma atitude por parte do réu para que este então saia.

Caso esta medida não seja tomada de ofício pelo magistrado, nem requerida pelo advogado de defesa do colaborador, não se deverá esquecer de colocar estas medidas a termo, que possivelmente pode gerar nulidade ao processo.

Em continuidade com o raciocínio temos o art. 7º, abaixo transcrito:

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

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

§ 2º-O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

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

Certas medidas, por conta da investigação criminal, tendem a ser sigilosas para assegurarem sua credibilidade e concretização, e vem de origem a um princípio alemão "Waffengleichheit" ou Igualdade de Armas.

Tendo em vista que esta sendo discutidos os direitos do colaborador, neste art. 7º o legislador coloca em ponto que serão preservadas as informações do colaborador desde o momento de distribuição do pedido de homologação do acordo.

No §1º, temos que deva ser analisado o pedido pelo juiz em até 48 horas, já no §2º apenas o juiz, ao Ministério Público e o Delegado de Polícia poderão ter acesso ao termo de acordo para melhor desenvoltura das investigações contra o crime organizado.

Apenas o defensor do colaborador terá acesso ao andamento, desde que não estejam sendo tomadas providências de andamento.

Por fim, no §3º, os defensores dos demais acusados poderão ter acesso aos autos, desde que fora recebida a denúncia, conforme o disposto no Art.5º, em que passa a ter o Princípio da Ampla Defesa devendo ser realizada mas as medidas assecuratórias de proteção continuam a vigorar.

Deste modo, o Princípio da Publicidade ocorrerá, e deverá o magistrado, como parte imparcial cuidar para que não se viole a identidade do colaborador no momento em que ocorrer a ampla defesa processual

5.2 Da Ação Controlada

Temos como denominação de ação controlada quando agentes da polícia se infiltram em participações de organizações criminosas ou tráficos de drogas, sendo que por vezes cometem até crimes, mas estão em busca de tentar barrar a criminalidade.

Como conceito de ação controlada comenta, Guilherme de Souza Nucci (2013, p.69):

Trata-se de retardamento legal da intervenção policial ou administrativa, basicamente a realização da prisão em flagrante, mesmo estando a autoridade policial diante da concretização do crime praticado por organização criminosa, sob o fundamento de se guardar o momento oportuno para tanto, colhendo-se mais provas e informações.

Assim, o autor ressalta que futuramente caso aconteça a medida de prisão, poderá abranger mais criminosos envolvidos e serem presos e ainda com o intuito de descobrir provas e quem seriam os chefes da organização criminosa.

Esta já era prevista na Lei nº 9.034/95 (que fora revogada pela Lei nº 12.850/13) e também na Lei de Drogas nº 11.343/06, no seu art. 53, a seguir transcrito:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de

operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

Veja-se aqui, que em ambos os casos, a polícia muitas vezes tem o fato e a autoria do delito, mas por diversas vezes aguardam o melhor momento para dismantelar essas facções que atuam contra o Estado e a sociedade.

Assim, este espera o melhor momento para agir e ter argumentos e provas para exterminar o crime organizado e cumprir as diligências de forma plena.

Temos ainda, como obrigação de ressaltar que, em relação este agente infiltrado, não comete crime algum, mas a doutrina diverge quanto a argumentação que poderia ocorrer pelos motivos como, a exclusão da culpabilidade, escusa absolutória, excludente de ilicitude ou atipicidade do agente.

Faremos breves comentários a cada uma.

Com o argumento da exclusão da culpabilidade por ser uma inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, era dever do agente por causa da infiltração, não teria escolha ao entrar na organização.

No caso de escusa absolutória, sua atuação no crime é mera política criminal.

Na hipótese de excludente de ilicitude, uma vez que temos um estrito cumprimento do dever legal, não haveria crime.

Também, a atipicidade penal, que ocorreria pelo fato de não haver dolo por parte do agente infiltrado, uma vez que ele age a fim de desmascarar a organização criminosa, faltando o elemento subjetivo. Também faltaria o elemento objetivo quando se analisa que a atividade do agente é permitida no ordenamento jurídico.

Há ainda comentários que esta prática de ação controlada, ocasionaria através dos agentes policiais, os flagrantes como o retardado, esperado, deferido ou prorrogado.

O flagrante denominado retardado, também é chamado de deferido ou prorrogado. Deste modo, este ocorre quando a polícia, retarda o flagrante para um momento oportuno de colheita de provas.

Deste modo, faz parte da estratégia da polícia retardar, para num momento posterior, possibilitar uma prisão de um número maior de integrantes da organização criminosa, possibilitando, talvez provas contras os superiores/comandantes da associação.

Já na denominação flagrante esperado, temos que a polícia sabe da ocorrência de crime, mas espera o momento mais adequado da conduta, não induzindo a nada o gente, apenas observando.

A questão do flagrante é tão polêmica na doutrina e jurisprudência, que há até a súmula 145 do Superior Tribunal Federal, sendo contra o flagrante preparado, pois muitos o confundem com a modalidade retardado.

Voltando ao tema da ação controlada, temos que esta uma medida cautelar..

Nas palavras de, Guilherme de Souza Nucci (2013, p.70) "tem natureza jurídica de ação controlada é um meio de prova caracterizado pela busca e, eventualmente, a apreensão."

Deste modo, a execução da ação controlada será informada ao juiz pela autoridade policial que preside a investigação. Assim, este dará vista ao Ministério Público, que poderá dar ciência, se impor ou ainda dar ciência com restrições, propondo, por exemplo, uma diligência.

O juiz não dará uma autorização, nem informa onde e como deverá ocorrer; somente ficará ciente, e dependendo do caso, estabelecer limites da atuação policial.

Assim, vemos que não se necessita de autorização do juiz, apenas uma comunicação, pois a celeridade na ação é a distinção do instituto; não se depende então de autorização pois retardaria a diligência, que poderia ser urgente.

Faz-se um breve adendo que, a ação controlada prevista na Lei de Drogas, prevê expressamente a autorização judicial, diferentemente da Lei de organização criminosa, que somente é a comunicação.

Essa medida cautelar, na modalidade ação controlada, poderá ter além de infiltração de agentes, outras medidas como interceptação telefônica, escuta ambiental, quebra de sigilos; estes direitos e garantias serão violados em busca de um princípio maior, o Princípio da Busca pela Verdade Real.

Encontramos essa condição na análise do Art.8º da referida Lei:

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

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

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

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

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

No caput do artigo temos praticamente uma definição do que seja o instituto, sendo que este pode variar tanto no âmbito da intervenção policial quanto da administrativa.

Aqui temos um pedido de autorização prévio ao juiz.

A doutrina trás como exemplo de retardar intervenção policial quando por exemplo ocorre um flagrante, já as medidas administrativas seriam como por exemplo um flagrante em que o sujeito da organização criminosa teria que ser um agente público, assim, também se retardaria as medidas administrativas.

No entanto, estudando o §1º, vemos que este, o Ministério Público, cuja faz parte de suas funções inseridas, através de sua *opinio delicti* analisará o caso e discorrerá sobre o assunto, se deverá retardar ou não, ocorrendo assim limites.

Deverá atentar-se a autoridade policial, para nos casos de provas que poderão se deteriorar, assim deverá comunicar ao *parquet* sobre o ocorrido.

Como já mencionado, tanto o requerimento trazido pelo Ministério Público, como a decisão trazida pelo juiz, deverá ambas sempre estar fundamentadas.

É de suma importância o conhecimento da ação controlada pelo judiciário, em principal pelo juiz, pois este deve fará um controle constitucional da medida, estabelecendo prazo final e também será fiscal pois restringe muitos direitos além de garantir a sigilidade dos atos e o livre conhecimentos dos fatos para também o Ministério Público e o Delegado de Polícia.

No §2º, notamos o quanto é importante o sigilo, pois a operação deve ser satisfatória para o Estado. Na medida do sigilo, este consegue ter mais possibilidade de êxito na ação controlada.

Assim, tanto o pedido quanto os fundamentos, não devem indicar a operação, nem os agentes, de maneira confidencial.

Temos no §3º para garantir o sucesso das investigações, os autos deverão ter sigilo absoluto. Somente os elencados no próprio parágrafo terão acesso, para ser o mais sigiloso possível, até o término da medida cautelar.

Por fim, no §4º determina que quem requereu o instituto, deverá realizar um auto circunstanciado detalhado sobre os fatos ocorridos. Este é de extrema importância, pois como já salientado acima, a ação controlada pode restringir direitos e garantias fundamentais.

A restrição de direitos e garantias fundamentais é uma exceção realizada pelo Estado, pois estes são tratados de grande valorização perante a Carta Magna.

Como ressalta João Trindade Cavalcante Filho (2013, p.8):

"Com base nisso, poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica."

Observa-se então, que os direitos e garantias podem sofrer restrições quanto ao seu uso, mas deverá ser sempre analisado em um caso concreto, pois toda vez que se é negado, deve ser fundamentado e estar resguardado por outra norma constitucional, que justificaria a aplicação desta medida.

Agora, partindo para o art. 9º, este aduz:

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

Este artigo, trás nada menos do que a relevância do Princípio da Soberania Estatal, já que normalmente as organizações criminosas são conhecidas pela sua grandiosidade.

Deste modo, quando houver a ação controlada e a organização for transnacional, quer dizer ter *modus operandi* em outros países deverá ser avisado o outro Estado, para que este, que provavelmente também deterá interesse na prisão de agentes ou até mesmo por questões de fuga e impunibilidade dos criminosos.

Por findar, urge salientar que a ação controlada é medida que se deve ser aplicada quando for prevista expressamente em Lei, conforme dispõe o inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Federal, no demais deve ocorrer a prisão do autor do delito no momento que a autoridade tem o conhecimento, desde que o policial também poderá fazer jus quando perceber o momento mais adequado de agir.

5.3 Da Infiltração De Agentes

A infiltração de agentes não é novidade trazida pelo legislador.

Perante o quadro mundial, podemos encontrar este instituto também no ordenamento jurídico espanhol, muito semelhante com o brasileiro e também diante das demais legislações europeias.

No ordenamento brasileiro, esta já poderia ser encontrada na Lei nº 9034/95, que impunha meios de repressão às organizações criminosas, e hoje encontra-se revogada e também pode ser localizada na Lei de Drogas

onde se encontra em vigor, disposta no art. 53, I da Lei nº 11.343/2006, conforme abaixo transcrita:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

Importante lembrar, que a infiltração de agentes também pode ter origem de tratados internacionais, conforme trazida possibilidade por Damásio de Jesus e Fábio Ramazzini (2005, p.3):

É fundamental salientar que a adoção desse mecanismo de investigação, tratando-se de crime organizado, implica o cumprimento pelas autoridades brasileiras do compromisso internacional assumido por ocasião da assinatura da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, denominada Convenção de Palermo, já devidamente ratificada por meio do Decreto n. 5015/2004.

Ainda, a Lei nº 12.850/13 trás a expressa regulamentação, que também deverá ser aparada por legislação policial regulamentando-a.

Deste modo a infiltração será realizada por policiais para melhor desenvoltura da investigação.

Sua natureza jurídica pode ser descrita nas ideias de Nucci (2013, p.75) como um meio de prova misto, envolvendo tanto a busca por crimes como a testemunha, visto que o agente infiltrado busca provas enquanto conhece a estrutura e as atividades da organização e será ouvido, futuramente como testemunha.

Como conceito, temos o pensamento de Feitoza (2009, p. 822) muito conhecido e aplicado nas doutrinas:

Infiltração é a introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional ("dado negado" ou de difícil acesso) em quadrilha, bando, organização criminoso ou associação criminoso ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crimes de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminoso deles.

Assim o autor trás a ideia de infiltração a penetração, onde agentes da polícia lentamente ingressam como integrantes de organizações criminosas.

Nota-se que com o advento da Lei em combate as organizações criminosas, temos uma maior explanação pelo tema nas palavras do legislador.

Vemos que, fora alterado e que a matéria fora tratada com mais detalhes, afinal envolve questões probatórias e de segurança do agente infiltrado.

Foi bem apreciado o tema na Lei em exame, já que superado obstáculos ao ter que lidar primeiramente com a segurança do agente infiltrado, estabelecer prazos, pedidos e prorrogações.

No art.10º da citada Leis têm a denominação da infiltração de agentes:

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

No *caput* temos praticamente a descrição legalista do instituto, que estabelece como premissa que deverá ser utilizada a infiltração através de agentes de polícia elencados no art. 144 da Magna Carta.

Disposto no art. 144 da Constituição de 1888:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Deve-se salientar, que nem no rol pode ser considerados os denominados agentes de polícia, devendo somente serem infiltrados nas operações a polícia civil e federal , pois antes com a revogada Lei nº 9034/95, também trazia a possibilidade de agentes de polícia ou inteligência, o que era

de duvidosa constitucionalidade pela doutrina, já que criticava-se que agentes de inteligência pudessem realizar tal tarefa.

Hoje, a Lei trás expressamente no artigo que somente será admitido a infiltração de policiais federais ou civis, excluindo a possibilidade de outros possíveis imagináveis como: Ministério Público, corregedorias da Receita Federal e Estadual, dentre outros serviços secretos do Governo Federal.

Importante fazer referencias aqui, a respeito as medidas de segurança e proteção com agentes infiltrados, trazido pela legislação, e que serão apresentados nas próximas palavras, mas que segue em algumas pré-anoações trazidas pelo autor Daniel Thadeu de Assis (2013, s.p):

"Dessa forma, são possíveis investigações pontuais, com participações esporádicas do agente policial no cotidiano do grupo criminoso, permitindo o conhecimento de detalhes da atuação da organização criminosa, sem, contudo, exacerbar a exposição do investigador, de modo a minorar a sua vulnerabilidade frente aos indivíduos investigados.

Em determinadas organizações criminosas, tamanho o seu grau de complexidade, os verdadeiros mandantes das ações do grupo são sempre mantidos em segredo, inclusive dos próprios membros do grupo, para dificultar delações ulteriores de membros do grupo criminoso, bem como, a descoberta de sua identidade em caso de infiltração policial. Nesses casos, evidentemente, faz-se necessário uma infiltração mais complexa, do tipo repressiva, em que o agente policial deverá se expor mais perante o grupo, participar de muitas investidas criminosas para adquirir confiança dentro do grupo, de modo a ter condições de crescer na hierarquia da organização criminosa e, assim, ter chances de obter maiores informações sobre os verdadeiros líderes do grupo criminoso."

Como visto, nas sábias palavras do autor, as organizações criminosas requer do legislador um olhar especial, pois se trata de agentes de alta complexidade e dependerá de agentes policiais capacitados, treinamento.

O maior treinamento do agente infiltrado para combater a organização criminosa resultará em maior possibilidade do sucesso da operação.

Já quando não há o preparo do agente frente a complexa artimanha do crime organizado, este poderá resultar o insucesso da ação e até mesmo o risco de sua própria vida pelo insucesso da operação.

A respeito de quem poderá requisitar a infiltração de agentes, como trás o §1º“Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.”

Aqui se deve mencionar que o pedido de infiltração deve partir sempre do Delegado de polícia ou a pedido do Ministério Público quando estiver correndo as investigações do inquérito policial.

Assim, o delegado de policia deverá constatar a viabilidade operacional, na medida que o Ministério Público irá decidir e analisar sob o aspecto probatórios, referidos a provas ou elementos.

O legislador então trouxe, que não será permitido a decretação de pelo juiz "ex officio", por este ser imparcial no processo, já que a infiltração é meio de prova incriminadora perante os agentes das organizações criminosas.

Este porém, estabelecerá os limites e impedir que a infiltração ocorra de modo errônea, sendo excessiva ou abusiva .

Ainda neste raciocínio, temos o Art.11º, da concernente Lei, que também trata do tema:

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Deste modo, para evitar possíveis ilegalidades e omissões, a infiltração deve ter natureza limitada.

Para preservar os direitos e garantias individuais, à Lei já foi abarcada por estas medidas que são necessárias no alcance da infiltração e detalhamento do motivo e finalidade, devendo prever nomes e local da infiltração, para esta ser a mais específica o possível.

A descrição realizada poderá tornar-se difícil pelo motivo de que às vezes não se tem ideia da dimensão que a organização tem, complicando o pedido de requerimento ou representação.

Assim, este pedido deve ser fundamentado em evidências e provas que se pretende.

A escolha desta não contem objetivos vagos ou genéricos, devendo sempre constar um objetivo concreto.

É importante salientar que a infiltração é a *ultima ratio*, é a medida de exceção a ser tomada, cabível quando não houver outra medida melhor ou mais eficiente.

Sendo medida de exceção por todos os riscos que envolve e através do princípio da proporcionalidade, vê-se também, que o agente infiltrado deteria de muitas formas para que descobrisse provas sobre os fatos, onde então deverá ocorrer na descrição a mais próxima possível de sua realidade como agente infiltrado.

Deverá conter o agente, limites físicos, querendo-se dizer que este busca fisicamente as informações, devendo saber onde encontrá-las, tendo o local determinado e caso haja necessidade, por meio de ordem judicial esta poderá ser alterada.

Mas, devemos ressaltar que se fosse buscado a todo o momento autorização para as medidas do agente, poderiam perecer provas e haveria a possibilidade de se colocar o agente e a missão em risco, ocorrendo então uma delimitação, tendo sempre um campo de atuação fixado, que poderá ser alterado conforme o rumo das investigações e da própria infiltração do agente.

A criminalidade organizada deve ser investigada com cautela estatal, assim, o agente se a todo momento requeresse ao Ministério Público ou ao Delegado de Polícia, cercearia as provas colhidas.

Claro que, possíveis abusos e provas ilícitas deverão não ser reconhecidas como provas perante o judiciário, conforme dispõe o art. 157 do Código de Processo Penal, desde que não fira um direito coletivo amplo, a vida e segurança da sociedade.

O *parquet* poderá solicitar a infiltração, ou como a lei prevê em forma de requerimento, que se não for aceito poderá ser apresentado recurso. Também há previsão do próprio delegado de polícia realizar a representação perante o juiz, este que não faz parte da relação processual, caso tenha seu recurso indeferido não poderá apresentar recurso.

Em detalhado deverá se explicar os motivos deste requerimento ou representação e se possível, como já tratado acima, a infiltração de agentes deverá ser aplicada de *ultima ratio*, não sendo disponível outra medida a ser tomada, que será analisado pelo juiz, frente ao caso.

A doutrina elenca ainda a possibilidade do agente infiltrado se tornar testemunha, já que este estando bem perto da organização, saberia preciosas informações e tendo o art. 202 do Código de Processo Penal não dispondo de forma contrária, conforme descrito “toda pessoa poderá ser testemunha”, salvo restrições legais.

Ademais, conforme já comentado no capítulo de ação controlada, poderá ser aplicado ao agente infiltrado também às medidas pertinentes de Proteção a Vítimas e Testemunhas, conforme disposto na Lei nº 9.807/99, já supracitada.

Voltando ao Art.10º, já no §2º é trazido “Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.”

Trata-se de que para haver a possibilidade de requerimento pelo Delegado de polícia ou do Ministério Público, sendo uma medida de exceção, deverá ter como pressuposto os requisitos debatidos no art.1º desta mencionada Lei, além de indícios de infração penal e a prova não puder ser obtida de outro meio.

Na doutrina encontramos que indício trás uma idéia de "indicação de algo", mas o legislador também trouxe no Código de Processo Penal Brasileiro disposição do que seria "indício", em apenas um artigo, o Art. 239 Código de Processo Penal, como citado “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação como fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

Vemos assim que indício nada mais é que um fato. O legislador trás expressamente no art. 239 do Código de Processo Penal a palavra "circunstancia" e "fato", em que significa respectivamente ocorrência de algo em determinada situação.

Assim, em continuidade, temos o §3º “A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.” Aqui o legislador preestabelece que a principio a infiltração será autorizada pelo prazo de 6 meses, mas que possivelmente, se fundamentada suas razões poderá ser renovada, devido a normalmente a investigação ser complexa e demorada.

Poderá ser motivo da prorrogação a elucidação de novos fatos, ou possibilidade de descobrimento de integrantes, como chefia, gerência, executores, mandantes da organização ou até mesmo, buscar informações de impedir ou descobrir novos crimes.

Salienta-se que o Ministério Público deverá ser sempre ouvido desta possível renovação, por este realizar o controle material e legal.

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

Em continuidade ao artigo anterior, o Delegado de Polícia deverá apresentar relatório detalhado a respeito dos acontecimentos da infiltração policial e se este pediu a sua prorrogação, deverá justificar seus motivos, que passará pelo juiz para vista e este enviará para o Ministério Público para que tome conhecimento dos fatos e valore as provas pelos seus limites legais e constitucionais praticados pelo agente infiltrado.

Por fim, o §5º "No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração." Neste último parágrafo do artigo temos que o relatório circunstanciado será o meio de guardar informações sigilosas para ser enviadas ao Ministério Público, que analisará o probatório para dar um possível término na infiltração, podendo ser requisitadas a qualquer momento ou no findo do prazo do art. §3º.

Ainda, salienta sobre o tema Guilherme de Souza Nucci (2013, p.78):

O relato é fundamental para o magistrado ter subsídio para, eventualmente, prorrogar o pedido de infiltração, mas também para tomar conhecimento no andamento da atividade, pois constrangedora a direitos individuais,

Então vemos que o relatório é importante tanto para o Ministério Público que manifesta-se sobre a autorização de sua concessão ou quando há a prorrogação, como também para o juiz, que toma conhecimento dos fatos e possivelmente aceita o pedido de prorrogação.

No *caput* do art.12, dispôs o legislador:

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

§ 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

§ 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

§ 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

Como já ressaltado anteriormente sobre a importância da descrição dos pedidos de requisição ou requerimento para a infiltração de agentes, fica-se também assegurado sobre sua sigilosidade, para a segurança do agente infiltrado bem como as provas de deseja ser colhidas, devendo ser entregues diretamente ao juiz, sendo a peça a termo, sem previsão de ser verbal.

No prazo de 24 horas o juiz se manifestará, considerando a urgência da medida, devendo fundamentar e limitar a abrangência da medida, mas antes ouvirá o Ministério Público, caso tenha sido o delegado de polícia que realizou a requisição, conforme disposto no §1º.

A importância do sigilo encontra embasamento para maior credibilidade e sucesso da investigação, conforme §2º, que também nos fazem refletir que os autos da infiltração deverão ser em apartado, seja por representação da autoridade judiciária ou representação do Ministério Público, que também estará contido a autorização fundamentada do juiz, ainda com o relatório circunstanciado e as demais provas colhidas durante a infiltração.

Deste modo, a defesa só terá acesso às provas após a denúncia oferecida pelo promotor, e os autos em apenso acompanharão o principal, ou seja, a denuncia, só que perante os autos em apenso, algumas partes serão resguardadas, como por exemplo, não será lhe informado o nome do agente infiltrado, que este terá sigilo, mas as demais provas poderão ser analisadas para possibilitar a ampla defesa.

Ademais, no art.20 desta Lei em explanação, constitui crime a quebra do sigilo das investigações, conforme disposto “Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes: Pena - reclusão, de 1(um) a 4 (quatro) anos, e multa” sendo uma sanção, uma ideia muito bem imposta pelo legislador para garantir o êxito nas investigações, podendo ser praticado por funcionário público em ação ou omissão, bem como terceiros, como disposto no art. 30º do Código Penal.

Não nos referindo a pena, que esta é ínfima e poderia ter colocado uma punição mais severa, já que o insucesso da investigação, dependendo da organização criminosa que estaria sendo investigada, atingiria a proteção estatal perante a sociedade bem como a possível integridade dos envolvidos, como por exemplo, a vida do agente ou sua integridade.

Ainda vemos que o Código Penal também trás em seu art. 325 o crime pela quebra de sigilo processual, como ressalta Guilherme de Souza Nucci (2013, p.72):

Há certas diligências que precisam ser viabilizadas pelos agentes policiais ou serventuários da justiça, como elaboração de ofício, realizações de buscas ou apreensões etc. Portanto quem tomar conhecimento dos surtos tem o dever funcional de manter absoluto sigilo, sob pena de responder por crime do art. 325 do CP.

Devemos ressaltar que toda organização é perigosa, mas algumas em especial, pelo tipo penal incriminador se tornam mais complexas e extremamente perigosas.

Assim, aqueles que têm o dever de ofício, de manter sob sigilo a ação controlada, bem como a infiltração de agentes, e o quebram de modo doloso, poderão ser responsabilizados penalmente, conforme disposto neste artigo.

Voltando ao §3º do art. 12º, caso haja algum imprevisto ou indícios de perigo ao agente legal, deverá a operação ser finalizada através de requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, não precisando ser uma decisão de ordem judicial, já que a integridade física do agente é um ponto extremamente relevante na medida.

A doutrina ainda argumenta a possibilidade de ocorrendo o risco eminente, o agente infiltrado não precise esperar os tramites legais, para sua segurança já se pode dar por findada a infiltração por ele mesmo, em casos extremos.

Ainda, em continuidade nos estudos da infiltração de agentes, temos o art. 13º:

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

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

Deve-se lembrar de que a revogada Lei de nº 9.034/95, não tratou de forma adequada o presente tema, sendo então a Lei em apostila, trás o Princípio da Proporcionalidade em razão das atividades realizadas através do agente infiltrado.

Essa proporcionalidade pode ser exemplificada nas medidas em que o agente fica acobertado pela proteção estatal para “cometer crimes” em favor da operação, nos termos da autorização e seus limites.

Urge salientar que o agente infiltrado poderá colaborar materialmente, tanto na execução de crimes, bem como moralmente com a organização criminosa, mas jamais poderá impulsionar o crime, ele apenas deve se infiltrar no crime, caso contrario, estaria realizando a própria prática de um delito.

Caberá a ele estabelecer o juízo e valor das suas ações, pois como o próprio caput do artigo aduz, o termo “finalidade” é abstrato, assim toda conduta realizada por este deverá ter uma finalidade, sempre sendo justificável.

Na visão da doutrina, pelo professor Flávio Pereira (2007, p.4):

[...] o agente infiltrado ou encoberto seria aquele membro da polícia judiciária que se infiltra em uma organização criminosa participando da trama organizativa, utilizando-se de uma identidade falsa, concedida pelo Estado, e que possui como finalidade detectar a comissão de delitos e informar sobre suas atividades às autoridades competentes. Tudo isso com o escopo primordial de obter provas da prática de crimes e proceder à detenção de seus autores.

O nobre autor enfatiza que o infiltrado participará da trama organizada, para detectar e informar sobre suas atividades, devendo obter a confiança dos suspeitos, mas fica-se subentendido que este participando da organização também poderá praticar crimes, como já mencionado no tópico “ação controlada”, sobre sua responsabilidade nos crimes.

Como já mencionado, a medida de infiltração por parte estatal restringe direitos fundamentais devendo ser a ultima alternativa na investigação criminal.

Há alguns doutrinadores que comentam a possibilidade desta modalidade de prova ser ilícita, pois como estaria violando os direitos fundamentais tornar-se-ia prova ilícita por derivação. Vemos que este posicionamento é inflexível quanto aos direitos fundamentais, não fazendo uma ponderação diante de demais direitos coletivos.

Por este motivo que o legislador criou a infiltração de agentes, pois realizando a ponderação de direitos fundamentais constatou que o crime organizado viola inúmeros direitos em relação aos que alegam ser violados contra eles mesmos.

Deve-se então manter os sempre alguns limites da restrição estatal, para salvaguardar a credibilidade e eficiência do Estado Democrático de Direito.

Assim aduz Damásio de Jesus e Fábio Ramazzini (2005, p.4)

Assim, considerando os diversos tipos de comportamento que o agente infiltrado pode ter em uma organização criminosa, é possível concluir que a prova somente poderá ser considerada ilícita nos casos nos quais o agente induz o sujeito provocado a praticar a infração penal, ou seja, quando o seduz enganosamente para o cometimento do delito. A violação de direitos fundamentais nesse caso não constitui restrição legítima como antes afirmado, mas implica, sim, total esvaziamento do seu conteúdo essencial, mostrando-se absolutamente desproporcional e igualmente intolerável qualquer aceitação.

Vemos que nos demais casos, a prova será válida, já que se o agente infiltrado nada incentivou ou não teve nenhum comportamento decisivo em relação a organização.

Em continuidade ao raciocínio de que o agente não poderia ter nenhum comportamento determinante, por isso o parágrafo único trás a ideia

do legislador, que o agente não será punido quando lhe resultar inexigibilidade de conduta adversa.

Assim, ao infiltrar-se o agente terá que, para não levantar suspeitas e ter por comprometido a missão, poderá cometer os crimes, mas o legislador lhe confere a exclusão de culpabilidade, por lhe ser naquele momento inexigível outra conduta.

O crime continua típico e ilícito, apenas não será culpável para o agente infiltrado, mas de acordo com a teoria da acessoriedade, haverá a punição dos partícipes dos crimes e também daqueles que induziram para a realização do ato criminoso.

5.3.1 Direitos do agente infiltrado

Conforme já supracomentado, o agente público é infiltrado a fim de investigar e dissimular a organização criminosa, tendo como risco perder a própria vida pelo insucesso da operação.

No art.14 da Lei em apostila, temos descritos os direitos do agente infiltrado, conforme abaixo, sendo comentado item a item, no inciso I “recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada”, pois pela devida a complexidade da infiltração, pode o agente, recusar ou parar e sair da missão a qualquer instante, que posteriormente em relatório justificará.

Essa possibilidade cabível deriva da natureza e do grau de periculosidade que se pode imaginar dependendo, analisando caso a caso, a organização criminosa.

Assim, não somente a autoridade policial e Ministério Público podem cessá-las, mas o próprio agente pelo risco também.

Muito bem pensado o legislador em trazer esta possibilidade, pois, caso contrario o agente não poderia recusar a missão, tendo em vista que todo agente público só pode se negar a cumprir ordens quando estas forem ilegais, conforme disposto no art. 116 do Estatuto do Servidor Público Federal.

No mesmo artigo, o inciso II “ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no [art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999](#), bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas”

bem pensado pelo legislador, trouxe mecanismos para proteger o agente infiltrado e também sua família, bem como todos a sua volta, isto porque a incolumidade física e segurança do infiltrado devem ser sempre observada de primeiro prisma.

Não poderá alegar o advogado de defesa que necessita de dados sobre o agente infiltrado, pois a defesa ocorre através dos fatos, não das pessoas.

Ainda trás, que no que couber, a presente lei de proteção a vítimas e testemunhas, como já alegada neste trabalho, deverá ser utilizada tanto para beneficiar ao agente, quanto familiares e próximos.

Logo, em continuidade, o inciso III “ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário.”

A privacidade do agente policial é de extrema importância para o sucesso da investigação, são garantias ter a preservação de todos seus dados pessoais, bem como para sua própria segurança.

Por isso, a Lei trás que sua imagem deverá ser resguardada, não somente na fase pré-processual como processo criminal.

Somente uma decisão judicial em contrário poderia prever a exposição do agente infiltrado, havendo-se de analisar caso a caso, para não ocorrer um prejuízo futuro, colocando abaixo a proteção do agente.

Por fim, o inciso IV “não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito”. Conforme já descrito no item anterior, se mantêm as mesmas argumentações, não podendo ser violados estes direitos sem sua expressa e própria autorização legal.

Outrossim, importante ressaltar, que na atual Lei comentada neste trabalho, há disposição no art.18, prevendo crime para quem violar este dispositivo, conforme transcrito “Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito:Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

Esse artigo foi criado pelo legislador, para por em sanção a prática das múltiplas normas descritas no Art. 14 III e IV da Lei nº 12.850/13.

Pode se aplicar este dispositivo em analogia, pois no *caput* trás que somente abrangeria para “colaborador”, mas devemos notar que o agente infiltrado também colabora com a justiça e de maneira mais direta ainda, dentro da própria organização criminosa.

Temos neste um problema, pois o legislador teve a ideia de tornar crime para quem violasse essas normas, pois a finalidade da infiltração não é gerar segredos, mas garantir a eficácia de provas, mas não culminou uma pena adequada, sendo essa muito criticada pela doutrina.

6 DAS FORMAS DE ACESSOS A INFORMAÇÕES, DOS CRIMES OCORRIDOS E DISPOSIÇÕES FINAIS

A Lei tratada refere-se a liberdade de informações em relação aos dados pessoais do investigado, que poderão ser obtidas pelo delegado de polícia e/ou o promotor, independente de autorização judicial, para melhor desenvoltura da investigação.

Marcelo Batlouni Mendroni salienta (2014, p.87):

As informações que exigem autorização judicial devem ser necessariamente previstas na Constituição Federal ou em Lei, para que assumam a característica de sigilosas pelo Direito Positivo, não podendo, em bom-senso, haver qualquer interpretação ampliativa analógica. Se assim fosse, as restrições poderiam se multiplicar de forma indiscriminada, atingindo parâmetros que cerceariam o necessário poder investigatório criminal do Ministério Público e da polícia.

O doutrinador argumenta que não caberiam em hipótese alguma autorizações que não fossem previstas em Lei, pois como um Estado Democrático de Direito que lutou por inúmeras repressões não poderia violar e tornar um estado ditador, violento e abusivo perante as garantias e ordens individuais e coletivas.

Como dispõe o art.15, transcrito abaixo:

Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Essas informações são dados cadastrais do investigado, deve se restringir somente a isso. O legislador foi claro para o que se determinaria como dados cadastrais.

Um rol taxativo indicando exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Ainda em sede de legislação infraconstitucional, temos Lei que regulamenta sobre sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

Urge salientar que o mero acesso aos dados cadastrais do agente infiltrado, não significa a quebra do sigilo pessoal, conforme dispõe a Lei complementar nº 105/2001, conforme autorizada no seu art. 1, §3º conforme abaixo:

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o [§ 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996](#);

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.

Logo, não constitui quebra de sigilo pessoal, conforme admitido pela doutrina e jurisprudência amplamente e autorizado agora por esta legislação especial.

Porém, a extrapolação desta medida, poderá configurar crime, conforme disposto no art. 10 da Lei complementar de nº 105/2001, como abaixo transcrito:

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

Sendo assim, a extrapolação desta medida, ou seu uso sem a devida finalidade, pode configurar a prova ilícita, pela violação do art. 5, XII da Constituição Federal, sendo que o Delegado de Polícia ou Ministério Público não necessitam de ordem judicial, obtendo livre acesso dos dados cadastrais, mas que deverão ser resguardados para um devido processo legal.

A Lei deste presente trabalho, ainda prevê a possibilidade de crime para quem violar o dispositivo contido no art. 15 da Lei nº 12.850/13, considerando o legislador que a investigação precisa ter eficiência e celeridade, previu o auxílio de certos entes.

Conforme art. 21, temos:

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

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

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

Deste modo, o juiz, o Delegado de Polícia e o Ministério Público podem fazer requisições a pessoas, durante o deslinde das investigações até a fase do processo penal, para que o Estado, mediante seu poder, efetue o combate às organizações criminosas, sendo que as pessoas que contém as informações tem o dever de obedecer a ordem.

Aduz que deverá ser observado o direito constitucional ao silêncio, pois ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, sendo o caso do próprio requisitado sendo como investigado.

Aqui também se deve realizar uma ressalva, já que se for a ordem para um servidor público cumprir, por dever de ofício a requisição, este não a cumprindo, não configuraria este delito, mas sim o de prevaricação descrito no art. 319 do Código Penal.

Já no parágrafo único, temos a extensão do tipo penal, para quem de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

Em outras palavras seria a possibilidade de punir quem de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que

trata a nascente Lei, sendo crime comum, praticado por qualquer pessoa que livremente veicula os dados.

O que a Lei vela é pela preservação da intimidade, em que a violação causaria exposição e poderia até mesmo comprometer as investigações.

Em continuidade ao estudo da legislação, no art.16 da Lei 12.850/13:

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

Aqui o legislador não especifica se serão empresas de transporte aéreo ou terrestre, sendo compreensivo pela doutrina e jurisprudência que seria ambas que deverão apresentar o banco de dados, que possibilitaria o Delegado de Polícia, o Ministério Público ou até mesmo o próprio juiz a obter informações que seriam precisas para a resolução ou mesmo da própria investigação

Aplica-se a este dispositivo também os comentários ao crime previsto no art. 21 da Regra em comento, havendo também a aplicabilidade a este dispositivo.

Em seguida, no art. 17 aduz:

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

Do mesmo modo, como no artigo anterior, o legislador permite ao Ministério Público ou ao Delegado de Polícia acesso aos registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais, além dos telemáticos, disposto no art. 3º,IV, através da análise sistemática da legislação.

Estas pessoas terão acessos as ligações que foram realizadas, mas não a seu conteúdo, podendo ser considerado um indício ou elemento de

prova, que importaria quebra do sigilo telefônico, e este só pode ser quebrado mediante ordem judicial.

Aplica-se a este dispositivo também os comentários ao crime previsto no art. 21 do preceito em explanação, havendo também a aplicabilidade a este dispositivo.

6.1 Dos Crimes Ocorridos na Investigação e na Obtenção da Prova

O Estado frente a sociedade, tem o dever de protegê-la. Deste modo, nada mais óbvio que criar sanções para barrar o descumprimento de indivíduos que não atuam para a desenvoltura de um Estado Democrático de Direito.

Não é a toa que a palavra "justiça" e "direito" caminhão juntas desde a era antes de Cristo, sempre tendo como forma a inibir o homem e colocar ordem moral e disciplina para proteger valores sociais e morais.

Temos nas palavras de Salgado (2012, p.41):

A ordem é a lei e o governo da lei é preferível ao de qualquer cidadão, por que a lei é a razão *sem apetites*, dirá Aristóteles na Política. Onde existe a relação de um ser humano com outro ser humano – relação que é natural por ser o homem social por natureza – existirá a lei para ordenar essas relações, e onde há a ordem na legal, surge a possibilidade da justiça e da injustiça.

Nota-se o quão importante desde aquela época já se era valorizado pelos filósofos a criação de leis, pois onde há relação ou envolvimento entre homens há atritos, devendo ter sanções e ordens para estabelecer a ordem.

Urge salientar que, nem sempre onde há leis e ordens já justiça.

Em complemento deste raciocínio, as palavras de Aristóteles (2002, p.65):

(...) vimos que o homem sem lei é injusto e o respeitador da lei é justo; evidentemente todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos, porque os atos prescritos pela arte do legislador são legítimos, e cada um deles dizemos nós, é justo. Ora nas disposições

que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo desse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem. E a lei nos ordena praticar tanto os atos de um homem corajoso (...) quanto a de um homem morigerado (...) e os de um homem calmo (...); e do mesmo modo com respeito às outras virtudes e formas de maldade, prescrevendo certos atos e condenando outros; e a lei bem elaborada faz essas coisas retamente, enquanto as leis concebidas às pressas fazem menos bem.

Nas palavras de um dos pensadores da Grécia antiga mais renomada, Aristóteles, que fora discípulo de Platão, trás o pensamento que foi indagado e questionado a mais de dois mil anos.

Logo, fora trazido para o mundo ocidental a importância de se criar "atos justos" para uma efetiva justiça. Estes atos seriam revestidos por um poder de um legislador, que é detentor que cria atos legítimos.

Ainda ressalta que deverá as leis ser concebidas de forma estudada, lógicas e com um objetivo, pois como o mesmo diz "leis concebidas a pressas fazem menos bem", já que o detentor de atos legítimos, prevê atitudes sociais, as prescreve, e as condena.

Deste modo, a Lei nº 12.850/13 trás medidas punitivas para os crimes cometidos durante a investigação e para as medidas de obtenção de provas.

Já se fora debatidos nos capítulos anteriores alguns destes crimes, que se referem ao instituto da colaboração, da ação controlada, da infiltração de agentes, as requisições do Ministério Público, juiz ou Delegado de Polícia.

Por fim, faltou ser tratado o crime previsto no art. 19, em que se deve aumentar peculiaridades filosóficas e legais.

Assim, ressalta o art. 19:

Art.19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Este crime, quem imputa falsamente perante a ordem do judiciário, o crime a outrem, que sabe ser inocente.

Ressalta-se conforme o direito e garantia constitucional estabelecida para fortalecer o devido processo legal, tendo como toda a pessoa o direito constitucional do silêncio, preconizado no art. 5º, LXIII da Carta Maior.

É então o princípio constitucional que protege contra a autoincriminação, ou como no caso da colaboração, imputa-lhe fato criminoso, rompendo perante seu defensor, o direito ao silêncio, e se comprometendo a dizer a verdade, excluindo a possibilidade do crime de Calúnia do art.138 Código Penal.

O Estado e a vítima da imputação caluniosas são os sujeitos passivos deste crime na primeira parte do dispositivo, quando se imputa crime falso a outra pessoa, ou somente o Estado e a sociedade figuram no pólo passivo quando o agente inventa informações para despistar as investigações da polícia, este sabe que estas informações são inverídicas.

Pune-se somente a modalidade dolosa em ambos os casos, e a dívida do agente colaborador pode configurar dolo eventual somente na primeira possibilidade, pois na segunda possibilidade só caberia dolo direto pois o agente sabe que está mentindo.

Nota-se que o legislador, também neste tipo penal, buscou punir, quem induz a justiça a erro, já que a previsão Estatal deve ser a mais exata o possível, já que estamos tratando de um direito de liberdade.

O homem é um ser animal social, mas que se deva tutelar a dignidade da pessoa humana para construir um efetivo direito fundamental ao homem, com proteção e limites.

6.2 Das Disposições Finais Da Legislação

No ordenamento jurídico brasileiro, há dois tipos de ritos, o ordinário, previsto no art. 394, §1º I, do Código de Processo Penal, bem como o procedimento sumário, disposto no art. 394, §1ºII; ademais, a respectiva lei em comento, somente possibilita a utilização do rito ordinário.

No dispositivo do art. 22 trás:

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

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

Assim, o legislador impôs que todos os crimes, ainda que nas infrações penais conexas, serão regidos nesta regra pela observância do procedimento ordinário, mesmo para aqueles que deveriam correr pelo sumário, por se tratar de pena inferior a quatro anos.

Mas porque o legislador previu essa possibilidade? Este assim o fez pois o procedimento ordinário possibilita maior número de atos, sendo o mais completo dos ritos, constituindo para o agente, amplitude probatória.

Deve-se ressaltar que quando se tratar de conexão de crime doloso contra a vida deverá ser aplicado o rito especial dos crimes dolosos contra a vida, o do júri, por força do art. 71, I do Código Penal.

Já no parágrafo único, fica disposto que se aplicará o prazo de 120 dias para se concluir as investigações criminais, que o legislador quis abarcar para um procedimento mais célere, razoável, tendo em vista que o réu encontra-se preso, observando o Princípio da Duração Razoável dos Processos e da Dignidade da Pessoa Humana.

O Princípio da Duração Razoável do Processo tem como base, que deve formar uma tríade para a melhor desenvoltura do processo, tendo o juiz, as partes e o sistema judiciário devem colocar em prática este princípio que é consagrado na Carta Magna, em seu art. 5º, LXXVIII, *in verbis*, "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Ainda, segundo Zarif (2009, p.145):

A atuação das partes está intimamente ligada à duração do processo, sendo um de seus princípios orientadores a lealdade e a boa-fé dos litigantes. O que se espera das partes envolvidas numa demanda judicial é exatamente que atuem em respeito a esses princípios, o que facilitará que o processo tenha sua duração reduzida, atingindo

de forma mais ágil e rápida sua finalidade, que é a decisão atribuindo razão àquele que tem direito.

Já o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, encontra-se fundamentos deste as escrituras bíblicas, e aos pensamentos filosóficos como Sartre, o homem é a imagem e semelhança de Deus, portanto, ele tem muito valor.

Ambos os princípios vogam dentro dos direitos e garantias fundamentais.

Este Princípio da Razoabilidade da Duração do Processo não deve-se confundir com o Princípio da Proporcionalidade e da Celeridade, porém devem ser observados em conjunto para uma maior concretização da prestação jurisdicional.

Assim, fora importante preestabelecer este prazo, conforme cediço no parágrafo único, pois neste caso o réu encontra-se preso, tendo seu direito a liberdade limitado, devendo, caso prorrogado por igual período, a ordem que seja emanada do juiz deve ser fundamentada pela complexidade ou fato procrastinatório atribuível ao réu de acordo com o art. 93, IX da Constituição Federal.

Ainda, urge-se salientar, que de acordo com a súmula nº 64 do Tribunal de Justiça, não havendo quanto a provocação pela defesa, demora pela conclusão de atos a fins de soltar o réu, não caracterizando o constrangimento ilegal.

Conforme segue súmula vinculante nº 14 do Tribunal de Justiça “Constrangimento Ilegal - Excesso de Prazo na Instrução. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa”.

Veja-se que se aplicaria, por exemplo, nos casos extraídos pela doutrina de atos que necessitam de mais tempo para sua análise ou andamento processual, como incidente de insanidade mental, substituição de advogado, oitiva de testemunha por carta rogatória, precatória, a não localização para citação pessoal do réu, ou ainda a defesa pode criar requerimentos procrastinatórios. Ambas hipóteses não gerariam constrangimento ilegal.

Não se aplicaria esta regra, quando, por exemplo, houvesse greve no judiciário, logo, o agente não teria culpa, ainda que se pudesse alegar por parte do Estado um caso de força maior, em que o juiz não analisaria a lide, mas ainda assim esse pensamento não deveria prosperar, como diz Vicente Grecco Filho (2014, p.45)“ não parece correto carrear ao acusado ônus de suportar o que é, em suma, deficiência da máquina judiciária.”

Outrossim, no art. 23:

Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

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

O juiz, presidente do processo, em que de forma imparcial cuida das partes, poderá decretar o sigilo das investigações, conforme descrito no *caput* do artigo, já que ele pode limitar os atos e peças relativas a defesa do investigado, ficando de fora como por exemplo, dados e a infiltração de agentes, conforme abaixo será explicado.

Caberá ao advogado da defesa, através de petição, solicitar a autoridade competente, o magistrado, que se deseja consultar o inquérito policial para fins de exercer o direito de defesa.

Assim, também decidiu o Superior Tribunal Federal, em súmula vinculante nº 14:

SÚM. Nº14/STF: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Logo, somente o advogado terá acesso aos autos do inquérito policial, quando este estiver sob o manto do sigilo das investigações e ainda este não terá acesso as investigações que estiverem em andamento, como por exemplo as diligências, pois poderão obstruir a obtenção de futuras provas ou

gerará o desconhecimento pelas autoridades ou ainda as peças que são consideradas sem interesse para a defesa do investigado.

Já no parágrafo único o legislador trouxe a possibilidade de quando o investigado for prestar o depoimento perante a autoridade policial, seu defensor, terá previa vista dos autos, com antecedência mínima de três dias, podendo ser estendido pela complexibilidade ou a pedido justificado de seu defensor, para a realização de sua defesa, ainda que os autos sejam sigilosos, pois o sigilo não alcança o advogado, conforme dispõe a súmula vinculante nº14.

No âmbito do interrogatório, o defensor não terá atuação de forma plena, pois não há contraditório nesta fase inquisitiva, tendo somente a fiscalização dos atos do acusado, observando se não ocorre, por exemplo, coação, tortura, constrangimento, dentre outros.

Um dos elementos de informação, que constituem o inquérito policial é a formação de “indagação”, sendo realizado de forma simplória, tendo em vista a minuciosidade que decorre a ação penal.

Conforme dispõe o art. 6º do Código de Processo Penal, assim a autoridade policial descobre de prática de infração penal, deve-se tomar medidas para fins de que não se percam ou não se modifique as armas, formas ou cenário do crime.

Deste modo argumenta Tourinho Filho (2011, p.292):

Proibindo a alteração do estado e conservação das coisas, até terminarem os exames e perícias, a Autoridade Policial visa, com tal atitude, impedir a possibilidade de desaparecerem certos elementos que possam esclarecer o fato e até mesmo determinar quem tenha sido o seu autor.

Logo, não se devem confundir o procedimento administrativo do inquérito policial, com as provas obtidas e debatidas durante o processo penal, estas que deterão de medida de ampla defesa para o acusado, que ainda que não tenha advogado, terá um nomeado pelo juiz.

Não se pode ainda descartar a importância do inquérito no sistema brasileiro, como dispõe Tourinho Filho (2011, p.251):

Estando em jogo a liberdade individual, será rematada violência a instauração de processo-crime contra alguém sem que a peça acusatória esteja amparada, arrimada em elementos sérios, indicando ter havido a infração e que o acusado foi o seu autor.

No mesmo pensamento, Guilherme de Souza Nucci (2008, p.144):

Esse mecanismo auxilia a Justiça Criminal a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, garantindo um juízo inaugural de deliberação, inclusive para verificar se trata de fato definido como crime.

Por fim, temos nas palavras sábias dos doutrinadores que o inquérito policial possui sim um importante valor probatório perante o processo penal, mesmo não sendo colhido mediante o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, o inquérito deve sempre passar ao investigado os direitos e garantias constitucionais que este detém, já que pela Constituição de 1988 deixou de ser visto como mero objeto de investigação.

Apesar de o inquérito policial ser uma medida praticamente unilateral, exceto nos casos que, por exemplo, há perecimento de provas, onde há contraditório na fase inquisitiva, não pode o mesmo ser atingido pela arbitrariedade, tendo em vista as lutas pelas mudanças legislativas, num verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Assim, ao investigado, terá direitos constitucionais, a exemplo trazido na doutrina, temos no artigo 5º, LXIII da Lei Maior, que lhe garante ao acusado ser assistido por um advogado, permanecer calado e assistência a família; como ainda, no artigo 5º, XI da Carta Republicana, que havendo busca domiciliar, a casa é asilo inviolável do indivíduo e, por tal razão, não se pode nela adentrar sem o prévio consentimento do morador ou decisão judicial, salvo exceções.

Ainda no tema das disposições finais, o legislador trouxe nesta Lei uma alteração no art. 288 do Código Penal, conforme mencionado anteriormente.

Temos o art. 24 da Lei nº 12.850/13 que alterou o art. 288 do ilustre Código Penal:

Art. 24. O art. 288 do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

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

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Importante lembrar que este tema já fora tratado e comentado em tópico anterior.

Em continuidade, temos o art. 25 da referida norma que trás:

Art. 25. O art. 342 do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: [\(Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001\)](#)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Deste modo, observa-se que o caput em nada mudou, apenas a sanção penal. Com esse aumento da pena base, que antes era de um ano a três anos, agora passou de dois a quatro anos.

O que o legislador quis alterar fora, nos crimes contra a administração da justiça que no processo penal vigora o princípio da busca pela verdade real, cometendo esse crime de falso testemunho, prejudicará o dogma da verdade que deveria sempre prevalecer, já que estamos falando de direito indisponível, a liberdade.

Pela pena base, mínima cominada, não poderá se aplicar o *sursi processual*, o que antes era possível, além de acordo com o §2º, caberia aumento de pena de até um terço da pena base, se o crime é praticado com suborno.

Já em relação à publicação da Lei, há o art. 27 trás as disposições “esta Lei entra em vigor após decorridos 45 (quarenta e cinco) dias de sua publicação oficial”.

O tempo entre a publicação e a entrada em vigor de uma lei denomina-se como *vacatio legis*, em que a lei existe, mais ainda não pode ser aplicável, sendo uma forma de “espaço de lei” ou ainda “espaço de tempo”, conforme no art. 1º *caput* da Lei de Introdução ao Código Civil.

Publicou-se no dia cinco de agosto de 2013, sendo obrigatória a partir do dia 19 de setembro de 2013, para este cálculo incluiu a data da publicação e o ultimo dia de prazo. Sendo este período, uma forma de razão para a sociedade tomar conhecimento antes da sua obrigatoriedade.

7 DA COMPARAÇÃO DA LEI Nº 12.850/13 COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

A punição no Direito Penal é realizada através da medida estatal da pena, que nada mais é, que uma sanção; não impondo uma lesão igual ao dano, mas em sujeitar o acusado a uma pena com estrutura e aptidão para o reintegrar na vida social.

A pena não deve ser vista como um mal. O mal com que se reage ao mal só pode duplicar o mal; não o repara nem o suprime.

Cesare Beccaria já dizia (2009, p.50):

[...]A reunião de pequenas parcelas de liberdade constitui o direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito[...] As penas que vão além da necessidade de manter o propósito da salvação publica são injustas.

Beccaria era contra a qualquer tipo de punição severa.

Em nosso Estado Federativo também somos contra a qualquer tipo de punição que desrespeite os direitos humanos, (como por exemplo: a pena de morte, tortura, etc.) -direitos que hoje são de extrema valorização no âmbito global, pois os Direitos Humanos começaram a entrar em praxe na sociedade, depois da 2ª guerra mundial, dos quais muitos estão presentes em nossa Constituição federal de 1988, (mais especificamente no art. 5º). Alguns dos incisos da nossa Lei Magna se encaixariam perfeitamente aqui:

Assim, alguns incisos do art. 5º da Carta Republicana:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XLI- a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Todos estes, grande parte no art. 5.º; como diz o §2.º “[...] Não excluem outros” (Vade Mecum, 2011, p.13), quer dizer; há outros ainda na Constituição Federal.

Estes seriam para nós brasileiros como o grande orgulho da nação, o nosso Bill of Rights. Entretanto, entrando na esfera de Direitos humanos não seria mais que oportuno colocar em questionamento o nosso Regime Disciplinar Diferenciado, mas primeiro discutiremos as penas.

7.1 Penas Privativas de Liberdade

A fixação do regime inicial de cumprimento da pena é de competência do juiz da condenação; caberá, todavia, ao juiz da execução a análise da progressão/regressão do regime, devendo decidir sempre de forma motivada.

Para se determinar qual o regime inicial, deverá o juiz levar em consideração a natureza e quantidade da pena e a reincidência, bem como os elementos do art. 59 do Código Penal.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Logo, durante o curso de execução penal, o Princípio da Individualização da Pena vêm consagrado na Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVI.

Por esse princípio, a pena deve ser individualizada nos planos legislativo, judiciário e executório, evitando-se a padronização a sanção penal. Para cada crime tem-se uma pena que varia de acordo com a personalidade do agente, o meio de execução, conforme transcrito abaixo:

Art.5º XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

E por este motivo é considerado uma cláusula pétrea, de observação e aplicação obrigatórias.

A devida individualização penal configura, portanto, direito e garantia fundamental de cada apenado.

7.1.2 Regime fechado e o regime disciplinar diferenciado

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) que faz parte do regime fechado, é objeto da Lei brasileira nº 10.792/03 que alterou a Lei de Execuções Penais e o Código de Processo Penal no país.

Esta nova lei que foi criada com intuito de dificultar ações de facções criminosas e bandidos ; em especial o comando vermelho (CV) no Rio de Janeiro e o primeiro comando da capital (PCC) em São Paulo.

Sua aplicação esta em vigência desde 2003, tendo uma breve experiencia antes de sua “atuação” no estado de São Paulo.

Para que melhor sejam vislumbrados os aspectos do Regime Disciplinar Diferenciado, a análise do referido art. 57 da Lei 7.210/84:

Art.52º A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao Regime Disciplinar Diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

II - recolhimento em cela individual; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Lei esta que visa um enrijecimento do agente perante sua pena estabelecida a sociedade. É preciso esclarecer que o Regime Disciplinar Diferenciado tem sua aplicação restrita àqueles confinados em regime fechado, seja um preso provisório ou condenado, pois considerado inconcebível ao submetidos de um regime aberto ou semiaberto.

Ademais disso, é determinado que o cabimento do Regime Disciplinar Diferenciado somente poderá ser feito pelo juiz, requerido e fundamentada por uma autoridade prisional.

Ensina Luiz Flávio Gomes (2005, p.18) “[...] Logo, não será todo e qualquer crime doloso que sujeitara o seu agente ao RDD, mas apenas aqueles que causam tumulto carcerário.”

O Autor descreve, que nem todos presos devem ser submetidos a este regime, mas aqueles que possam causar certo tipo de “perigo” a penitenciária.

Hoje no Brasil temos principalmente na nossa região de Presidente Prudente mais de 21 presídios, dos quais 2 destes são de segurança máxima, como de Presidente Bernardes e Presidente Venceslau. Abrangem presos como Marcola, Fernandinho Beira-Mar, Geléia; dentre outros, todos estes sob o Regime Disciplinar Diferenciado.

7.1.3 Funcionamento do RDD

O RDD, aplicado em presídios de segurança máxima, determina que o detento fique preso em cela individual monitorada por câmera, com saídas diárias para banho de sol por apenas 2 horas diárias.

Isolado 22 horas por dia, o preso pode receber também visita de apenas duas pessoas por semana, mas sem direito a contato físico com os visitantes.

O detento é proibido também de assistir televisão, ouvir rádio e ler jornais e revistas. A comunicação do detento com os próprios carcereiros é indireta. Os funcionários do presídio utilizam microfones ligados a caixas de som nas celas para passar ordens aos detentos.

A legislação permite que um detento fique por no máximo 365 dias sob o Regime Disciplinar Diferenciado. É possível, no entanto, renovar o período caso se comprove a necessidade de manter o preso isolado, ou em caso de nova indisciplina ou tentativa de fuga. Somados, os períodos de Regime Disciplinar Diferenciado não podem superar um sexto da pena imposta ao detento.

Logo, se pode fazer uma aproximação do Regime Disciplinar Diferenciado ao Direito Penal do Inimigo, que era segundo Luiz Regis Prado: “[...] distinção entre o direito penal de cidadãos e o Direito penal de inimigos, como pólos existentes de um mesmo ordenamento jurídico.” (2008, p.23). Foi uma teoria do doutrinador alemão Gunther Jakobs há mais de 20 anos, tomando forma e sendo disseminada pelo mundo, conseguindo fazer adeptos e chamando a atenção de muitos.

7.1.4 Direito penal do inimigo

A expressão Direito Penal do Inimigo foi utilizada por Jakobs primeiramente em 1985, mas o desenvolvimento teórico e filosófico do tema somente fora motivado mundialmente partir da década de 1990.

Resumidamente, pretende o alemão, Gunther Jakobs, a prática de um Direito Penal que separaria os delinquentes e criminosos em duas categorias: os primeiros continuariam a ter o status de cidadão e, uma vez que infringissem a Lei, teriam ainda o direito ao julgamento dentro do ordenamento jurídico estabelecido e a voltar a ajustar-se à sociedade; os outros, no entanto, seriam chamados de inimigos do Estado e seriam adversários, representantes do mal, cabendo a estes um tratamento rígido e diferenciado.

Os inimigos perderiam o direito às garantias legais. Não sendo capazes de adaptar-se às regras da sociedade, deverão ser afastado, ficando sob a tutela do Estado, perdendo o status de cidadão.

Jakobs citou “[...]” não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito penal, mas de descrever dois polos de um só contexto jurídico-penal” (2003,p.21).

Isto nada mais é, que para o Direito Penal, o Direito Penal do Inimigo seria “os inimigos do Direito Penal na realidade” e para Jakobs é inimigo como alguém que não admite ingressar no Estado e assim não pode ter o tratamento destinado ao cidadão, não podendo beneficiar-se dos conceitos de pessoa.

A distinção, portanto, entre o cidadão (o qual, quando infringe a Lei Penal, torna-se alvo do Direito Penal) e o inimigo (nessa acepção como inimigo do Estado, da sociedade) .

Para Luiz Regis Prado (2008, p.23) “nesse sentido, o inimigo é o individuo que nao oferece a minima segurança cognitiva de submissao à ordem juridica, dada sua evidente intenção de destrui-la, e por isso, é considerado nao pessoa”.

Em geral, para ele, são considerados inimigos os membros de organizações criminosas, individuos que cometem delitos sexuais de alta gravidade etc.

Caracteriza-se pela antecipação da punibilidade (o inimigo é um perigo a ser combatido), pelo notável incremento e desproporcionalidade de penas, pela supressão ou redução de diverças garantias individuais no âmbito do Direito, Processo e execucação Penal.

7.1.5 Da comparação com a Lei nº 12.850/13

Podemos trazer de comparação entre o Regime Disciplinar Diferenciado e o Direito Penal do Inimigo com a nova Lei de Organização Criminosa advindo pelo legislador no ano de 2013.

Com esta nova norma, o legislador procura meios de tentar proteger a sociedade e frustrar o desenvolvimento e expansão do crime organizado.

O crime organizado movimenta milhões no mundo todo, destroi familias, mata pessoas, criam leis próprias, incentivam a prática consecutiva de delitos, sendo de modo que o Estado tenta implantar medidas de segurança e proteção bem como meios de obtenção de provas, como já comentado em tópicos anteriores.

Na legislação brasileira, esta que agora vem se aprofundando sobre o assunto e copiando medidas de sucesso em outros sistemas, como o americano e o europeu, busca apesar de sua pouca legislação existente desde o surgimento do tema no Brasil.

Assim tem-se que o sistema brasileiro integrou o Regime Disciplinar Diferenciado para ser aplicado a certos réus, pois estes tem uma característica marcante em comum: a periculosidade.

Já no tocante ao Direito Penal do Inimigo, vemos que o Estado se nega a aplicar um Direito Penal comum a certas pessoas consideradas "inimigas do Estado", pois estas nao merecem.

Vemos entao, que o Regime Disciplinar Diferenciado é uma espécie de direito penal do inimigo na legislação pátria.

O que se aduz agora seria uma possibilidade de também se dizer que os meios de obtenção de provas e algumas normas previstas na Lei nº

12.850/13 também poderiam ser consideradas como um Direito Penal Especial, ou Direito Penal do Inimigo.

Urge salientar que estas organizações, que muitas vezes são transnacionais, obtém de formas ilícitas meios de escaparem da punição do Estado, seja pelo meio forjado ou direto lícito, na contratação de grandes advogados e juristas.

Então nada mais justo que o legislador sempre inovar, e se aprimorar ou se inspirar em grandes outras legislações de combate ao crime organizado.

Deve-se estabelecer e proporcionar um efetivo Estado Democrático de Direito que busca pela paz social.

8 CONCLUSÃO

Como visto neste artigo, se expôs sobre como foi o desenvolvimento social para chegarmos a sociedade atual, tendo como a globalização foi o marco para o expansionismo mundial.

Com mudança da sociedade para os pequenos vilarejos, começaram a se formar as pequenas cidades. Logo, o modelo clássico de nobre e vassalo cai, e começam a surgir os patrões e empregados.

Desde muito antes daquela época já existiam diferenças sociais. Como visto, desde o tempo do império já existiam as máfias, mas estas, que naquela época era somente vistas como um modelo de luta e progresso para os povos.

Com a Revolução Industrial, desigualdades marcantes surgiram, onde as máfias começaram a se formar, para que através de saques e assaltos a embarcações pudessem furtar e roubar os que os “menos afortunados detinham”.

Vistos que de região para região grandes máfias se formaram. Até no Brasil não fora diferente. Aqui teve o marco do cangaço, onde o nordeste era marcado de guerras e facções, espalhando medo e ao mesmo tempo segurança entre toda aquela população.

O país fora crescendo e com isso aumentando desigualdades. Após o cangaço surgiram os grupos organizados nos presídios.

As gangues, máfias, organizações assustam a amedrontam a população, por isso a função do legislador e criar mecanismos de defesas.

As leis e segurança são os mecanismos de defesas do legislador, Eis que o legislador representa eficaz corretivo para grande parte das falhas que aflita o povo brasileiro.

Por isso a mudança na legislação da Lei 12.850/13. Com ela fora criado uma definição de crime organizado, com uma cominação de pena legal.

Ainda com a entrada da nova Lei, advieram as mudanças no Código Penal para tentar inibir as associações se organizações criminosas (como visto as diferenças nos tópicos anteriores).

A questão levantada fora que realmente o legislador acertou nas alterações e propostas com a chegada da Lei nº 12.850/13.

Assim, o Direito Penal aplica seus verdadeiro fundamentos, sendo um instrumento de proteção do cidadão, pois com o aumento de tipos penais e o enrijecimento, que tenta transmitir a segurança a sociedade, e a ideia de que o Estado esta atento ao avanço da criminalidade.

Logo, as conquistas até hoje então democráticas, devem ser respeitadas, são conquistas de séculos de evolução do Direito Penal, que nao podem ser renegadas pelo Estado em buscar solucoes imediatas aos problemas sociais atraves do Direito Penal. Deve-se repensar o Direito como um todo e reservar o Direito Penal para a proteção de um núcleo de Direitos fundamentais que requeiram sua incidência; o especificando somente para a sanção.

Dessa forma, deve-se reafirmar a ordem social e jurídica da normalidade, dando garantias a proteção aos direitos do homem/cidadão, como gesto puro de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Destarte, devemos pensar que diminuir ou retardar o direito, propositalmente sua aplicação e interpretação de normas expressas e implícitas redundará inevitavelmente no agravamento das injustiças sociais que de há muito tempo atingem a sociedade brasileira.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES, **A Política**. [Tradução: Torrieri Guimarães]. São Paulo, Martin Claret, 2002

ASSIS, Daniel Tadeu. **A Figura do Agente Infiltrado e sua (In) Compatibilidade Com a Constituição**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10043>. Acesso em: 12 set. 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000-2011. 128 p. (Coleção a obra-prima de cada autor) ISBN 85-7232-425-9

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 ago. 2014.

_____. Lei nº 12.850/13 de 02 de Agosto de 2013. **Lei de Organização Criminosa**. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 ago. 2014.

_____. Lei nº 10.217/01 de 24 de Julho de 2012. **Meios Operacionais para a prevenção e Repressão de Ações Praticadas por Organizações Criminosas**. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 ago. 2014.

_____. Lei nº 12.694/12 de 11 de Abril de 2001. **Lei de Processo e julgamento contra Organizações Criminosas**. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 ago. 2014.

_____. Lei nº 5.015/04 de 12 de Março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Legislação Federal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 17 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 64**. Constrangimento ilegal - Excesso de Prazo na Instrução. Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0064.htm>. Acesso em: 17 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal Federal. **Súmula n.º 711**. Lei Penal Mais Grave - Aplicabilidade - Crime Continuado ou Crime Permanente - Vigência e Anterioridade. A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0064.htm>. Acesso em: 17 ago. 2014

CASSIMIRO, Regina Magda Alves **A importância da prevenção na luta contra as drogas**. Disponível em: <<http://www.dpf.gov.br/anp/institucional/prevencao-as-drogas-gpred/arquivos/regina>>. Acesso em: 27 out.2014

CAVALCANTE, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 15 set. 2014.

COELHO, Edihermes Marques. **Manual de direito penal: a dogmática penal numa ótica garantista**. 1. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003. ISBN 85-7453-451-X

COSTA, Juliana Schneider da. Lei de Proteção a Vítimas, Testemunhas, Colaboradores e Réus. Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/monografias/upload_monografias/JULIANA%20SCHNEIDER%20DA%20COSTA.pdf> Acesso em: 29 ago. 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado Lei nº 12.850/2013**. Salvador, BA: JusPODIVM, 2013. 198 p. ISBN 8577618455

CURRY, Rogério. **Associação Criminosa**. Disponível em :<<http://rogeriocury.jusbrasil.com.br/artigos/112029464/associacao-criminosa>. Acesso em 07/04/2014> Acessado em: 20 jul. 2014.

FEITOZA, Denilson .**Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009

FERNANDES, Newton; FERNADES, Valter. **Criminologia integrada**. 2. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 162 p. (As ciências criminais no século XXI) ISBN 85-203-2275-1

_____, Luiz Flávio. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n56, 1abr.2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2919>>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____, Luis Flávio. **Comentários aos artigos 1º e 2º da Lei 12.850/13 – Criminalidade Organizada**. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/criminalidade-economica-organizada/>. Acesso em: 30 jul. 2014.

GRECCO, Rogério. **Comentários sobre o crime de milícia privada**. Disponível em:<<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2179>>. Acesso em 27 out. 2014

GRECCO FILHO, Vicente. **Comentário à Lei de Organização criminosa. . 2ª ed. São Paulo**: Editora Saraiva, 2014, pag. 45

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.81 p. ISBN 978-85-7348-5455

JESUS, Damásio de; BECHARA, Fábio Ramazzini. **Agente Infiltrado: Reflexos Penais e Processuais**. Disponível em:<http://ead.senasp.gov.br/modulos/educacional/material_apoio/AGENTE%20INFILTRADO.doc>. Acesso em: 14 ago. 2014.

MACHADO, F. D. A. A Globalização dos Direitos Humanos (apresentação). **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 1, n. 7, p. 7-9, 2009b.

MÁFIA, Norte-Americana. Disponível em: <<http://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/mafia-norte-americana.htm>>. Acesso em: 10 mar.2014.

MARQUES, Gina. Revista Status. **A nova cara da Máfia**. Disponível em: <<http://www.revistastatus.com.br/2013/02/21/a-nova-cara-da-mafia/>>. Acesso em 25 fev.2014

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v.1. p.27

MEDEIROS, Pedro Paulo. **Lei facilita enquadramento de crime como quadrilha**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-31/lei-facilita-enquadramento-crime-quadrilha-reduz-penas>> Acesso em: 07 out. 2014.

MELO, AndreLuiz. **Pobreza ou desigualdade não geram crimes em si**. Disponível em <:<http://www.conjur.com.br/2011-abr-21/crime-questao-oportunidade-carater-risco-consequencia.>> Acesso em 12 mar.2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de combate ao crime organizado. 7ª ed. São Paulo**: Editora Atlas S/A, 2014

MONTEIRO, Bruna Laiber; SILVA, Larissa Clare Pochmann da; TUFFI, ThamyrasBaur; COSTA, Sylvia Chaves Lima; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Organizações Criminosas Brasileiras**. Disponível em: <http://www2.mpam.mp.br/images/stories/caocrimo/JIC2009_Larissa_Pochmann.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 127 p. ISBN 9788520349328

_____, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 5ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008. pag. 144

_____, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2ª edição. São Paulo: RT. 2012, pag. 220.

MONTOYA, Mario Daniel. **Máfia e Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.1-3. MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Comentários aos art. 1º e 2º da Lei de Crime Organizado**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_22868822_A MAIS NOVA PRE VISAO DE DELACAO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO.aspx>. Acesso em: 10 set. 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal. 17ª ed. São Paulo**: Editora Atlas S/A, 2013 - p. 109

PCC, Tem plano para resgatar Marcola e mais três presos. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/pcc-tem-plano-para-resgatar-marcola-e-mais-tres-presos>>. Acesso em: 01 abr.2014.

PELLEGRINI, Angiolo; COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Criminalidade Organizada**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008 - p. 15

PEREIRA, Flávio Cardoso. **A Investigação Criminal Realizada por Agentes Infiltrados**. R2 Direito, fev. 2008. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_979_A%5Finvestigacao%5Fcriminal%5Frealizada%5Fpor%5Fagentes%5Finfi>. Acesso em: 15 set.2014.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal**. 2. ed., ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 4 v. (Direito penal) ISBN 978-85-203-3219-1

RASCOVSKI, Luis. **A (in) eficácia da delação premiada**. Estudos de processo penal. São Paulo: Editora Scortecci, 2011.

RIBEIRO, Flavia. **Confira a História da Máfia e do Crime Organizado**. Disponível em: <http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/confira-historia-mafia-crime-organizado-680767.shtml/>. Acesso em: 20 fev.2014.

ROSA, Emanuel Motta da. **A Lei nº 12.850/2013 e a repressão ao crime organizado**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/emanuelmotta/2013/10/21/a-lei-128502013-e-a-repressao-ao-crime-organizado-no-ordenamento-juridico-brasi/>> Acesso em: 14 set. 2014.

SALGADO, Joaquim Carlos. **Aidéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte : Ed. UFMG, 1986.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, Vol. 1 - 33ª Ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2011.

WINFRIED, Hassemer, Apud Paulo Rangel In: **Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 7. ed., 2003, p. 605.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Crime organizado: uma categoria frustrada. discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro: Editora Revan, ano 1, v.1, 1996, p.45.

ZARIF, Cláudio Cintra. **Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo**. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006