

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE - SP**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA FRENTE À LEI DO CRIME
ORGANIZADO**

RODOLFO GUÇÃO CASTANHA

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE - SP**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA FRENTE À LEI DO CRIME
ORGANIZADO**

RODOLFO GUÇÃO CASTANHA

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Graduação para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP

2017

**O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA FRENTE À LEI DO CRIME
ORGANIZADO**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel em direito.

Profº. Mário Coimbra
Orientador do Trabalho

Rodrigo Lemos Arteiro

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Presidente Prudente, 16 de maio de 2017.

Lei: é preciso tirar esse projeto do papel.
Justiça: é preciso decifrar a metáfora e aplica-la.
Democracia: é preciso falar a verdade para o povo.
“Ordem e Progresso”: é preciso deixar de ser uma frase.
Liberdade: Quem ainda falta morrer por ela?

Brenon Salvador

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a quem, com sua infinita misericórdia, me concedeu força e sabedoria para alcançar meus objetivos, a Deus, meu eterno reconhecimento.

Não menos importante, a meus Pais, Jorge e Meire, que com todo o esforço e inimaginável paciência me ajudaram a chegar até aqui, apoiando todas as minhas decisões, sempre com muita compreensão.

Também quero agradecer meu caríssimo orientador, Prof. Doutor Mário Coimbra, por toda a sua paciência, confiança depositada e orientação que foi fundamental para o deslinde desse trabalho, na mesma oportunidade, agradeço desde já a banca examinadora por ter aceitado fazer parte desse momento especial, e certamente, pelas contribuições e ensinamentos prestados.

Por fim, quero agradecer a todos os meus amigos, e demais familiares que me apoiaram, e ajudaram de alguma forma.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade o estudo das organizações criminosas, bem como, o seu surgimento, desenvolvimento e expansão mundial, desde os tempos das conhecidas “máfias” até os dias atuais. O estudo se manteve fiel a Lei 12.850/13 que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um novo conceito de crime organizado, assim como, um delito próprio que pune àqueles que de alguma forma participar da organização criminosa ou obstruir a investigação. Entretanto, o ponto chave desse estudo é o procedimento da colaboração premiada, ante a nova previsão normativa no art. 4º da Lei 12.850/13 que revogou a Lei 9.034/95, e tem como característica essencial, a obtenção de provas que desempenham o papel de desbaratamento das organizações criminosas, tendo como resultado ao réu-colaborador a concessão de benesses legais. O estudo desenvolvido levanta diversos pontos sobre os aspectos processuais e investigatórios da colaboração premiada, mais especificadamente as fortes críticas contra a colaboração premiada com relação à falta de ética, a inconstitucionalidade, violação ao princípio do contraditório, reconhecimento da falência da máquina estatal, ofensa aos direitos e garantias fundamentais que ocorre durante alguns atos do procedimento persecutório. Ademais, a pesquisa ilustra as inovações do instituto de maneira ampla e profunda e suas vertentes na doutrina e jurisprudência atual.

Palavras-chave: Colaboração premiada. Delação. Organizações criminosas. Lei nº 12.850/13

ABSTRACT

The present work, has the purpose the study of criminal organization, as well, it appearance, development and global expansion, since the time of the “mafias” until now. The work kept loyal to the law 12.850/13, which bring to the Brazilian legal order a new concept of organized crime, as well, a proper crime that punish those who, some way, participate the criminal organization or obstruct the investigation. However, the key point of this study is the procedure of plea bargaining, according to the new normative forecast at the art. 4º in the Law 12.850/13, that revoked the Law 9.034/95, and has as essential characteristic, obtaining of evidence that play the annihilation of criminal organizations role, as a result to collaborator defendant the legal benefits concession. The developed study rise several points about the procedural and investigatory aspects about plea bargaining, specifically the hardy criticism against plea bargaining with relation to ethic lack, the unconstitutionality, violation to contradictory tenet, acknowledgment of machine government bankruptcy, rights and guarantees offense that happen during some acts of persecutory procedure. Furthermore, the search exemplify the new innovations of a institute in a broad and deep way and your slopes in the current doctrine and jurisprudence.

Keywords: Plea bargaining. Criminal organizations. Law 12.850/13

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS HISTÓRICOS CRIMINALIDADE ORGANIZADA DA NO MUNDO.....	9
2.2 Organizações Criminosas no Mundo	9
2.2.1 Itália.....	9
2.2.1.1 Cosa nostra siciliana	10
2.2.1.2 A ndrangheta.....	13
2.2.2 China	15
2.2.3 Japão.....	17
2.2.4 Rússia	18
2.2.5 Estados Unidos	19
2.2.6 Colômbia	19
2.3 Crime Organizado no Brasil	20
2.3.1 Estado do Rio de Janeiro	21
2.3.2 Estado de São Paulo.....	22
3. O CONCEITO DE CRIME ORGANIZADO.....	25
3.1 Associação de 4 (Quatro) ou Mais Pessoas.....	27
3.2 Estruturalmente Ordenada e Caracterizada pela Divisão de Tarefas, Ainda que Informalmente	28
3.3 Meio de Obter, Direta ou Indiretamente, Vantagem de Qualquer Natureza	29
3.4 Mediante a Prática de Infrações Penais Cujas Penas Máximas Sejam Superiores a 4 (Quatro) Anos, ou que Sejam de Caráter Transnacional.....	30
4. TIPO PENAL INCRIMINADOR	32
4.1 Do Crime de “Organização Criminosa”	32
4.2 Da Obstrução ou Embaraço de Investigação	35
4.3 Das Causas de Aumento de Penas e Agravantes Genéricas	38
4.4 Afastamento Cautelar do Servidor Público de suas Funções.....	41
4.4.1 Perda de cargo, função, emprego ou mandado eletivo e interdição funcional.....	42
4.5 Da Investigação de Policial Envolvido em Organização Criminosa.....	43
5 DOS MEIOS INVESTIGAÇÃO E OBTENÇÃO DE PROVAS	46
5.1 Captação Ambiental de Sinais Eletromagnéticos, Ópticos ou Acústicos	46
5.2 Interceptação de Comunicações Telefônicas e Telemáticas, nos Termos da Legislação Específica.....	50
5.2.1 Dos requisitos necessários para autorização da interceptação telefônica	52
5.2.1.1 Houver indícios razoáveis de autoria e participação	54
5.2.1.2 Quando a prova não puder ser realizada por outros meios.....	55
5.2.1.3 Crimes punidos com pena de reclusão	56
5.2.2 Aspectos Finais da Interceptação Telefônica	56
6 A COLABORAÇÃO PREMIADA	57

6.1 Conceito e Espécies.....	58
6.2 Constitucionalidade, Ética e Moral	60
6.3 Natureza Jurídica	63
6.4 Requisitos de Admissibilidade da Colaboração.....	64
6.5 Legitimidade para Realizar o Acordo	68
6.6 Da Atuação do Juiz no Acordo	71
6.7 O Sigilo e a Publicidade do Acordo	76
6.8 Direitos do Colaborador.....	80
6.9 As Sanções Premiais ao Colaborador.....	81
6.10 Aspectos Finais da Colaboração Premiada.....	82
7 CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93

1 INTRODUÇÃO

O trabalho teve como finalidade a análise intrínseca da recente Lei 12.850/13, que ainda dá os primeiros passos nos dias atuais, sobre tudo, o procedimento da colaboração premiada.

É de conhecimento público que o crime organizado, está cada vez mais estruturado e organizado em relação ao Estado; dessa forma, a fim de assumir a sua precariedade e para conseguir combatê-los, o legislador editou essa nova lei que prevê um procedimento que não era previsto em leis anteriores.

Para tanto, o nosso sistema de persecução penal, redescobriu o que antes era pouco utilizado, ou seja, através da colaboração premiada o Estado consegue desbaratar as organizações criminosas.

Iniciou-se o trabalho, fazendo uma breve consideração sobre a criminalidade organizada no mundo, as conhecidas “máfias”, realizou-se um estudo sobre suas estruturas, atividades, modos *operandi* etc.

Já no segundo capítulo, houve abordagem direta da Lei 12.850/13, com relação ao conceito de crime organizado, bem como, quanto aos seus elementos estruturantes, estabelecendo-se nítida diferença entre organização criminosa de associação criminosa e concurso de pessoas.

Nessa mesma linha, definindo o que é crime organizado, no terceiro capítulo foi analisado os tipos penais que punirá àqueles que assim cometerem. A lei em comento trouxe para nosso ordenamento jurídico dois tipos penais, o de integrar organização criminosa e de obstrução ou embaraço nas investigações de organização criminosa.

No quarto tópico, se registrou uma breve síntese dos meios de obtenção de provas, como a interceptação telefônica e captação ambiental, pois são os meios mais utilizados no combate ao crime organizado, através de provas que não seria possível conseguir de outra maneira.

Por fim, o capítulo quinto, tratou propriamente da colaboração premiada nos aspectos mais relevantes do tema e de forma profunda, com diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

O trabalho teve por base várias pesquisas doutrinárias, e jurisprudenciais atualizadas, em especial livros e artigos, através dos métodos histórico, dedutivo e comparativo.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS CRIMINALIDADE ORGANIZADA DA NO MUNDO

O crime organizado é um dos maiores problemas enfrentados no mundo globalizado sendo necessário entender os métodos dessas organizações a fim de combatê-las. É certo que as organizações criminosas são frutos de um Estado ausente, do qual surgem devido aos deslizes do governo dos Estados em suprir as dificuldades de sua sociedade. As organizações criminosas cresceram de forma alarmante, representando uma grande ameaça ao Estado e aterrorizando a sociedade, pois a cada dia esta mais complicada de solucionar e combater.

No Brasil, se pode apontar a corrupção como um fator preponderante para a criação de organizações criminosas que atuam sobre tudo, no narcotráfico, tráfico de drogas, extorsões, e a corrupção não esta fora desse contexto.

Conforme se verifica nos apontados infra, há organizações criminosas que foram difundidas em âmbito internacional, e perduram até os dias atuais.

2.2 Organizações Criminosas no Mundo

É interessante, prefacialmente, a análise das organizações criminosas no mundo, suas origens, estruturas, desenvolvimento, atividades ilícitas, entre outras, conforme será exposto adiante.

2.2.1 Itália

Na Itália, conforme Silva (2014, p. 4), a organização criminosa chamada “máfia”, teve origem no movimento de resistência contra o Rei Nápoles (1812), quando este publicou um decreto que abalou a antiga estrutura agrária da Sicília restringindo privilégios feudais.

A máfia Italiana é uma das organizações criminosas mais reconhecidas, tendo como o surgimento um cenário de exploração dos camponeses, por seus senhores feudais, que resultou na formação de um grupo de trabalhadores no sul da Itália, no qual buscavam a reforma agrária e melhores condições de vida e rebelando contra os

impedimentos de ascensão social e a falta de um Estado assegure seus interesses. (TOLENTINO NETO, 2012, p. 51)

Para atingir seus propósitos, deu início a uma luta dos camponeses contra os Senhores Feudais e latifundiários da época, destruindo suas plantações, matando os rebanhos de gado, com isso, os grandes latifundiários se viram obrigados a aceitar proteção dos mafiosos e assim preservar suas terras.

Esse período, consta nos relatórios policiais que os crimes praticados eram cometidos por grupos organizados com divisão de tarefas.

A palavra “máfia” foi divulgada por uma peça teatral segundo aduz *Maierovitch (Revista CEJ, V. 1 n. 2 mai./ago. 1997)*:

A difusão da palavra "máfia" ocorreu em 1862, com a peça teatral "*I mafiusi di la Vicaria*". Vicaria era o nome do presídio siciliano. A peça teatral contava a vida de um grupo de reclusos que gozavam de grande respeito e consideração, pois tinham constituído uma sociedade secreta, com hierarquia entre os membros e rito obrigatório de iniciação.

“Na Itália, houve a formação de diversas máfias, sendo as mais famosas e grandiosas a ‘Cosa Nostra’, de origem siciliana; a ‘Camorra’, napolitana; e a N’drangheta, da região da Calábria”. (TOLENTINO NETO, 2012, p. 51)

2.2.1.1 Cosa nostra siciliana

A Cosa Nostra originou na Sicília, possui na ilha sua principal sede, mas atuam no território da maior parte dos Estados italianos, coligada com outras organizações criminosas presentes no país, e dispõe de um grau altíssimo de infiltração no campo político e empresarial. (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p. 15)

A Cosa Nostra tinha como finalidade acumular o maior poder possível, sendo diferenciada das outras associações criminosas, assumindo uma cultura, dimensão e estratégia de gênero político. Tinham como principais atividades criminosas, as de tráfico de drogas, extorsões, as operações financeiras e lavagem de dinheiro e a participação em obras públicas, mediante chantagem. (FERRO, 2009, p. 511).

Uma notável característica que diferencia a Cosa Nostra das demais organizações, são os critérios que utilizavam para selecionar e recrutar os membros. Estes deveriam originar-se de lugares mafiosos, possuindo competência para

realizar os crimes, e também, aptidão em lealdade e honestidade com relação à organização. Eram excluídos do recrutamento sob o prisma criminal os filhos de policiais e juízes, e sob o panorama moral, eram excluídos os homoafetivos, divorciados, e filhos não legítimos. (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p. 16).

Na história da Cosa Nostra há dois acontecimentos que foram marcantes para mudar totalmente as tradições e o modo de agir da Cosa Nostra, sendo elas: entrar no mundo do tráfico e a ascensão ao poder do grupo dos *corleonesi*. Com relação ao primeiro acontecimento, criaram-se novas regras, estruturas e uma política criminal visando um enfoque mais moderno e empresarial. Esses novos métodos de organização foram necessários para armazenar as matérias-primas que vinham dos países produtores, acelerando o processo de internacionalização e, desse modo, avançando a ação da Cosa Nostra mais adiante dos limites nacionais. (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p. 17-18).

Segundo dispõem Pellegrini e Costa Jr (1999, p. 18):

Ademais, a necessidade de adequar-se logisticamente à nova realidade e de dispor de uma boa rede de conexão e de distribuição levou os *bosses* mafiosos a estabelecer relações mais estreitas com outras organizações criminais. Em particular com a Camorra napolitana, que já se havia revelado ótima sócia de negócios no contrabando de cigarros trabalhados e que dispunha de um complexo de bases operacionais, de meios e relações facilmente convertíveis para a nova e lucrativa atividade ilícita.

Portanto com a iniciativa do mercado de drogas, e a internacionalização do grupo criminoso, serviu para estreitar relações e filiações de parceiros de outras associações, sendo esta, uma importante consequência. Com o lucro obtido dessas atividades ilícitas foi necessário criar relação com os membros do sistema financeiro e bancário, fazendo com que esse dinheiro fosse inserido de forma abundante em atividades econômicas legais, na Sicília e fora dela, criando a chamada fase “empreendedora” da Máfia. (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p. 18).

Quanto ao outro acontecimento foi à subida do poder mafioso pela aliança dos *corleonesi*, comandada pela Salvatore Riina, após o fim da longa e sanguinária guerra interna da Cosa Nostra, em meados dos anos 80. Riina assumiu o controle absoluto da organização, com uma liderança marcada pela violência, crueldade e de forma verticalizada, alterando significadamente a harmonia entre as famílias mafiosas. Foram eliminados os representantes das organizações

adversárias e até mesmo á morte dos aliados *uomini d' onore* (homens de honra), considerados como não confiáveis. (FERRO, 2009, p. 519).

Segundo Pellegrini; Costa Jr (1999, p. 22), tem outro aspecto importante a ser debatido:

“A Cosa Nostra não exercita as atividades legais como uma empresa normal, mas finalizando-as com a criação de redes de relações que aumentam a influencia política. Aquilo que conta não é tanto a busca do lucro, mas a obtenção de um maior grau de poder”. (grifo nosso)

A conexão entre a máfia e o poder, pode se dizer que havia um esquema de favores recíprocos, de um lado se encontravam os mafiosos que tinham certo poder sobre as pessoas, desse modo, conduziam os eleitores a votar no candidato que tinha simpatia, fazendo com que estes políticos ganhassem a eleição. E por outro lado os políticos eleitos com a “ajuda” dos mafiosos, garantindo cargos políticos, o fácil acesso aos recursos públicos e favores variados.

Logo depois da primeira chacina ocorrida no dia 27 de maio de 1992, foram levantadas suspeitas que esse fato criminoso fosse o início de um novo esquema delituoso organizado pela Cosa Nostra.

Conforme explica Pellegrini; Costa Jr (1999, p. 24):

“O morticínio de Capaci e o homicídio de Salvo Lima foram interpretados como dois momentos significativos de uma estratégia de defesa da Cosa Nostra, elaborada em um momento em que a própria sobrevivência da organização fora comprometida com a sentença de condenação definitiva do maxiprocessos, com o peso crescente assumido pelos colaboradores de justiça, com a eficaz fase investigatória e com a determinação constante mostrada pelo governo e pelo parlamento, assegurando as penas detentivas com o adequado rigor”. (Grifo nosso)

Essa suspeita do esquema da Cosa Nostra foi chamado de “fase subversiva”, no qual, temiam-se atos de terrorismo com estratégias de ataques as instituições públicas, que foi confirmado com o assassinato do juiz Borsellino e seus homens.

Uns dos aspectos que a Máfia tinha, era de atingir alvos simbólicos, que não fossem diretamente ligados às atividades investigativas da antimáfia, em locais e ambientes imprevisíveis, envolvendo vítimas inocentes, para demonstrar o poder ofensivo e reafirmar a liderança dos mestres da Cosa Nostra que se encontravam encarcerados.

Durante as investigações do maxiprocesso, os colaboradores da justiça sofriam diversas ameaças e ataques, assim como os arrependidos e seus cônjuges, para desencorajar a pessoa que desejava secretamente quebrar a ligação com a organização.

O maxiprocesso teve diversos colaboradores à justiça que ajudou a condenar 344 réus, contando ainda com a prisão perpétua dos 19 mais importantes chefes da Sicília.

2.2.1.2 A ndrangheta

A Ndrangheta originou-se na Itália na região da Calábria, sendo uma organização composta com mais de 5.600 filiados, espalhados em 160 grupos. A organização da família Ndrangheta, se caracteriza em especial como “nucleares”, pois as formações montanhosas da região impossibilitava a comunicação, fazendo com que os agrupamentos humanos se desenvolvessem isoladamente uns dos outros.

A Máfia calabresa se diferencia das demais organizações delinquentes, pelo motivo de que a família do líder estabelecia a estrutura do próprio grupo e funcionava como um vínculo de agregação para as demais famílias mafiosas ou não. Portanto com o casamento entre pessoas ligadas a famílias diferentes, serviam para ampliar o poder do grupo originário, significava uma “política matrimonial”, que consistia em casamentos entrecruzados. (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p. 29).

Isso tudo fazia com que as famílias fossem numerosas e uma razão de serem assim é que o grupo seria poderoso militarmente em combates.

Nesse sentido Pellegrini; Costa Jr (1999, p. 30):

“A importância que se atribui aos laços familiares determina também a tendência de combinar matrimônios entre famílias mafiosas, fato que se presta a aumentar o poderio do clã, bem como a sua coesão. Isto explica porque as guerras da máfia assumem o caráter de intermináveis vinganças familiares”.

O resultado disso, é que as causas de arrependimento eram insignificantes na Ndrangheta, explicasse que além do vínculo estabelecido em juramentos, como se vê em outras organizações, os associados estavam ligados através da aliança de “sangue”, ou seja, havia um parentesco uns com os outros,

justamente por causa do matrimônio entrelaçados das famílias. É necessário lembrar que, assim como na Cosa Nostra, eram excluídos da associação os maridos traídos que não se vingaram, homoafetivos, e o policial que retrata o governo.

Pellegrini; Costa Jr (1999, p. 30-31), traz a melhor explicação de como era a composta a organização:

“[...] a Ndrangheta tem como símbolo a árvore da ciência, na qual o tronco é o chefe (chamado de *capo bastone* ou de *mammantissima*), os ramos grossos são o contador (*contabile*) e o chefe de jornada (*mastro di giornata*), os ramos médios são os camorristas de sangue e de engano (*sgarro*), os pequenos ramos os garotos (*picciotti*), as flores são os jovens de honra, enquanto as folhas caídas simbolizam os traidores, que apodreceram nos pés da planta”.

Em meados dos anos 60, na província de Reggio Calabria, o contexto da criminalidade tinha como protagonista os mafiosos: Dom Antonio Macri, Dom Mico Tripodo e Dom Mommo Piromali, que exerciam uma soberania com relação às diversas famílias mafiosas. As principais atividades realizadas nessa época pela Ndrangheta eram a de extorsão, segurança e especialmente o contrabando de cigarros, sendo este último o causador de muitas disputas entre os chefes. Nesse cenário do contrabando, chamou a atenção de De Stefano, um dos aliados de Dom Tripodo, que reuniu-se com mais outros grupos para discutirem sobre as atividades ilegais, resultando em um parcelamento injusto dos contrabandos de cigarros. De Stefano, não satisfeito com essa divisão, passou a exigir que se separassem, criando assim uma autonomia e um novo grupo ao qual se aderiram diversos criminosos. Tripodo desde então, passou a perder seu prestígio na parte oriental de Reggio Calabria. A primeira guerra da máfia ocorria então no início dos anos 70, sendo esta travada entre os De Stefano e os dos Tripodos, apresentando como motivo a realização das grandes obras na cidade e para a província, que resultou em volumosos financiamentos. Os Tripodos, precisavam retomar sua influência, pois quem tinha a soberania mafiosa na cidade, assumiam os contratos com as instituições responsáveis pelas obras públicas. Inúmeras foram as vítimas de ambos os lados, e um ano depois da morte de Tripodo, foi executado o líder Giorgio De Stefano no dia 07 de novembro de 1977. Paolo assumiu então o lugar de De Stefano, que foi assassinado cinco anos depois por um *killer*, desencadeando o início da segunda guerra da máfia, que perdurou até meados de 1991, através de

um acordo sobre a redistribuição em equidade dos lucros. (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p. 33-37).

A Ndrangheta, assim como as outras organizações criminosas, exercia um modelo de uma empresa, que administrava bens ilícitos e lícitos adquiridos através de serviços ilegais. Do mesmo modo que as empresas legais cobizam aumentar o mercado e os lucros, é assim a empresa criminal. Além de ter uma organização e administração especial, agrega-se na conduta da empresa ilegal as atividades de corrupção e violência para garantir a efetivação e o êxito de suas atividades. Dentre as diversas organizações criminais, existem aquelas que aprofundaram em um ou alguns campos criminosos e outras em diversas atividades criminais.

Destaca-se Pellegrini; Costa Jr (1999, p. 33):

“No que tange à Ndrangheta, pode-se apresentar um rápido rol: tráfico de drogas, de armas e de lixos nucleares, entremeado com suas implicações políticas como terrorismo, guerrilha, conflitos de gêneros diversos, migrações clandestinas, tráfico de mulheres e de crianças, incluindo-se a prostituição e adoções ilegais, tráfico de órgãos, transformação ilegal dos lixos tóxicos com as incalculáveis e imprevisíveis consequências em matéria de segurança ambiental, furtos e contrabando de automóveis, jogo de azar, extorsão, usura, estelionato de diversos tipos e lavagem de dinheiro sujo, que comporta a introdução no giro dos capitais e do investimento legal”.

Com todas essas atividades criminosas realizadas pela Ndrangheta passou a expandir internacionalmente, com uma peculiaridade que distingue das demais organizações: começou a ter verdadeiras filiais tanto nacionais como internacionais. E o que facilitou essa expansão internacional, foram as imigrações através do qual os mafiosos e suas família, mascararam por muitos anos a ideia do bom e digno trabalhador. Em 1996 foram apreendidos bens resultantes dos crimes que essa associação praticou, avaliados em torno de 157 bilhões de reais. (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p. 39-40)

2.2.2 China

Conforme Pellegrini; Costa Jr., (1999, p. 63) a palavra “tríade” refere aos três lados de um símbolo, ainda hoje em uso, revela as três forças primárias do universo - céu, terra e homem.

A Tríade teria sido formada em meados do século XVI, como uma mobilização para preservação de dinastia Ming, defendendo contra os invasores *manchus* da dinastia Quing. Em 1911, na revolução republicana, a organização apoiou o general Chiang Kai Shek contra Mao Tsé Tung. (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p.64).

Após Mao Tsé Tung assumir o poder e instalar o maoísmo (expressão utilizada para identificar o movimento revolucionário comunista chinês), a organização passou a ser autoritária e generalizada até mesmo para os seus membros, dado que, foi prevista a pena de morte. Essa organização tinha como modelo uma sociedade secreta, caracterizada por um alicerce verticalizado, e sua estrutura hierarquizada era composta pelo chefe da sociedade, vice-chefe, leque de carta branco (responsáveis pela administração financeira), mestres de incenso (cuidavam das cerimônias de iniciação), sândalos (informavam sobre os encontros secretos), guerreiro do polo vermelho (eram os soldados que faziam a segurança) e os membros comuns da organização. (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p.64).

Os importantes grupos que compunham a máfia chinesa eram o Sun Yee On, o 14 K e a federação Wo, todos sediados em Hong Kong, já os United Bamboo e o Bando dos Quatro Mares encontravam sediados em Taiwan. As atividades realizadas pelos grupos favoreceram a evolução em nível nacional e internacional, podendo destacá-las: extorsões, tráfico de drogas, prostituição, a usura, o jogo, a imigração ilegal, lavagem de dinheiro e produção de heroína, com correspondência em diversos países - Canadá, Estados Unidos, Grã-Bretanha, a Alemanha, a Espanha, França, Áustria, Malásia, Filipinas e Myanmar (Birmânia). (FERRO, 2009, p. 537).

Das atividades ilegais praticadas, cumpre destacar a produção e distribuição de heroína, decorre dos países integrantes do chamado “Triângulo de Ouro”, que engloba parte de Myanmar, Tailândia e Laos, que compreende cerca de 70% de toda produção de heroína no mundo, que também é conhecida como “pólvora branca”, com acesso na China por meio da província de Yunnan, que faz limite com Laos e Myanmar. (FERRO, 2009, p. 537).

Conforme Pellegrini; Costa Jr (1999, p. 33):

A força das organizações chinesas é fruto substancialmente de dois fatores:
1) a *omertà* (silêncio) vigente, aguçada pelo estado de ilegalidade de muitas das vítimas da intimidação;

2) a dificuldade das forças da ordem em entender os diversos dialetos dos *zhejiang* e de utilizar os sistemas normais de combate num contexto tão peculiar.

Portanto, nesse contexto, essa organização criminosa acredita necessariamente em seu poder de obediência psicológica.

2.2.3 Japão

O nome Yakuza tem origem histórica e decorre da sequencia de três números: 8, 9, e 3, que respectivamente era proferido Ya-Ku-ZA, esses números equivalem aos números mais baixos dos perdedores num jogo de cartas intitulado Hanafuda. (FERRO, 2009, p. 538).

A Yakuza tem semelhança com a Tríade, pois também é conhecida como a “máfia japonesa” com sede em Tóquio, e exerce seu trabalho dentro e fora do país, destacando os principais grupos que agrega a organização: os Yamaguchigumi, o Toa Yuai Jigio Kumiai, Inagawakai, Sumiyoshirengo. Dentre suas operações estão o Estados Unidos, a Alemanha, a Rússia, a China, a Coréia do sul, a Colômbia e o Brasil. (FERRO, 2009, p. 538).

Em sua obra, Pellegrini; Costa Jr (1999, p. 33), elenca as atividades praticadas pela Yakuza, vejamos:

“Os Yakuza operam sobretudo no campo do tráfico de anfetaminas e outros tipos de drogas, na exploração da prostituição, no comércio de material pornográficos, nos jogos de azar, no *racket* dos transportes, da usura, da extorsão, no tráfico de imigrantes. Controlam o setores da construção, da especulação imobiliária e financeira, do esporte, do divertimento”.

O poder e a maneira de como realizavam as atividades ilícitas é totalmente repugnante conforme explica Maierovitch *apud* FERRO (2009, p. 540):

[...] A chantagem mais temida concentra-se na área financeira. Consiste na aquisição de grandes quantidades de ações de certas empresas, de modo a legitimar divulgação de falsos balanços, a afugentar investidores e favorecer com correntes. O preço exigido para a não divulgação dos falsos balanços é vultoso[...].

Os valores que influenciam a Yakuza até mesmo nos dias atuais eram de justiça, da fraternidade, do amor e do dever, contudo, esqueceu-se

completamente a intenção de solidariedade social, visto que, a conduta marcante dessa organização é a violência e a firme estrutura do vértice da atividade criminosa.

A lealdade e a obediência aos superiores deveriam ser absoluta, tal qual a de um filho para com seu pai, conseqüentemente, quem cometesse um erro era punido com a autopunição, ou seja, amputava a falange do dedo mínimo e entregava ao chefe como forma de penitência e submissão, e caso a falta cometida fosse muito grave ao ponto de colocar em perigo a organização punia-se com a própria vida. Portanto a falta da falange e marcas de tatuagens (samurais, serpentes, dragões) demonstra a participação na Yakuza.

2.2.4 Rússia

A máfia russa é uma das mais perigosas no mundo, originando-se após a queda da União Soviética, em um cenário que a pobreza existia em todos os lugares, acompanhada da desocupação de ex-militares, funcionário da polícia e da KGB, a existência de um mercado negro e a demanda de ilícitos, firmam o crescimento da pequena criminalidade e da ilegalidade. É conhecida como “Organizacija ou máfia russa”, no qual é formada por diversos grupos que antes constituía a antiga União Soviética, abrangendo os russos, judeus, ucranianos, armênios, azerbaijanos, judeus, bielo-russos, chechenos, usbeques.

São várias as atividades praticadas por esta organização criminosa, tais como de matéria-prima, armas do antigo Exército Vermelho, material nuclear, tráfico de drogas, a prostituição, fraudes, a lavagem de dinheiro e vendas de produtos falsificados no mercado negro, contrabando de petróleo, bebidas e perfumes. (FERRO, 2009, p. 532).

Trata-se de uma organização criminosa com estrutura hierárquica, composta por vários grupos criminosos sendo comandados por um chefe, no qual a admissão na maioria das vezes definida por origens étnicas ou por ligações pessoais. São vários os grupos criminosos, como podemos citar: máfia azerca, máfia georgiana, máfia ezebeka, máfia armênia (Armalaskaia), máfia dos tártaros, máfia azerbaijana, máfia da maçonaria etc. Dentre os grupos criminosos mais importantes destaca-se a máfia chechene e a dos antigos desportistas (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p.71-74).

2.2.5 Estados Unidos

Nos Estados Unidos da América, o crime organizado nasceu no final da década de 20, em virtude da restrição da comercialização do álcool, o que motivou a formação de determinadas *gangs* para o contrabando de bebidas alcoólicas, por meio de chantagens a empresários e corrupção de autoridades. Foi nesse tempo em que os nomes Frank Costello, John Torrio e Al Capone consagraram-se no meio criminoso. Com o decorrer dos anos, após a Segunda Guerra Mundial, na década de 60, os italianos pertencentes a *Cosa Nostra Siciliana* migraram pra o território norte-americano, onde constituíram a *Cosa Nostra americana*. (SILVA, 2009, 2ª ed. p. 8).

A *Cosa Nostra Americana*, nas palavras de Pellegrini; Costa Jr., (1999, p.75), “*É a mais difundida e famosa organização criminosa da América*”, com uma formação similar com a família siciliana apresentando um *boss*, um vice, o grupo de conselheiros, os chefes e o exército. As famílias encontram-se unidas por vínculos de parentesco ou criminais, com alianças estáveis de outras organizações, frequentemente ligadas aos imigrantes russos, euro-asiáticos, e principalmente a italiana. Sobre as famílias, encontra-se uma comissão gerada em 1931 por Lucky Luciano, para resolver pacificamente os conflitos territoriais e interesses coletivos.

Atuam principalmente no tráfico de drogas, jogos de azar, extorsão, na usura, a prostituição, tráfico de armas, além de controlar muitos sindicatos de trabalhadores, adentrando nos mundos dos negócios, como o da construção, restaurantes, alimentos, dentre outras atividades. Seu método utilizado é o poderoso instrumento de corrupção e os acordos de respeito mútuo, de não interferir em atividades de outros grupos criminosos ocasionalmente situados no território. (FERRO, 2009, p. 524) (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p.75).

2.2.6 Colômbia

Os Cartéis colombianos representam na América do Sul, as maiores organizações criminosas voltadas para o tráfico de drogas, com o monopólio da distribuição e produção de drogas. Os Cartéis mais famosos são os de Medellín e Cali, composto por centenas de homes e de base piramidal. Dedicou-se unicamente a atividade de drogas, sendo elas a maconha e a cocaína. (FERRO, 2009, p. 542).

Quando envolvem grandes quantidades de drogas, os cartéis ficam responsáveis pela produção e logística até o mercado solicitante. O envio da droga se faz por meio de rotas marítimas que saem da Colômbia com destino aos Estados Unidos, Canadá e a Europa do Norte (Bélgica e Holanda). Outras partem dos portos venezuelanos em direção à Espanha por dispor de uma afinidade linguística, e após, são estocados e ou distribuídos por transporte terrestre. Dos portos brasileiros, para escapar do controle, parte da carga é destinada a Nigéria, e depois, por via aérea, aos aeroportos europeus. (PELLEGRINI; COSTA JR., 1999, p.77).

Conforme TOLENTINO NETO, (2012, p. 54), o modo que os cartéis colombianos usavam para conseguir o apoio da população, era utilizar parte do dinheiro, produto dos seus negócios, e aplicar em benfeitorias públicas para a comunidade, atuando como um Estado.

Suas relações internacionais envolvem as Máfias sicilianas e americanas, as Tríades e a Yakuza.

2.3 Crime Organizado no Brasil

No Brasil, assim como em outros países, existem as Organizações Criminosas, apresentando nessa história, o famoso movimento do *Cangaço*, que agiu no sertão nordestino entre o final do século XIX e o início do século XX. O Principal líder desse movimento foi Virgulino Ferreira da Silva melhor conhecido como “o Lampião”, onde assumiu a liderança do grupo em 1922. (SILVA, 2014. p. 8)

Os cangaceiros usavam um método de guerrilha nos confrontos dos ataques, ou seja, organizavam grupos e subgrupos, liderados por homens de bravura, que numa tarefa maior, uniam-se para invadir as pequenas cidades do interior nordestino.

O cangaço é uma forma de organização criminosa, com hierarquia e efetuavam vários crimes conforme narra Silva, (2009, 2ª ed. p. 8):

[...] os cangaceiros tinham organização hierárquica e com o tempo passaram a atuar em várias frentes ao mesmo tempo, dedicando-se a saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem ou sequestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgates. Para tanto, relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policiais corruptos, que lhes forneciam armas e munições.

Compete observar que o Cangaço estabelece apenas uma raiz do crime organizado, ou seja, um precedente, que não se pode confundir nos momentos atuais em que vivemos, com a maior violência e instável segurança no Brasil.

Em outro ponto relevante a ser lembrado é o famoso “jogo do bicho”, considerada como a primeira infração penal organizada no Brasil. O jogo do bicho surgiu com o Barão de Drumond, no qual a finalidade desse jogo foi de acumular dinheiro para salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro, ideia que foi popularizada e adotada por grupos organizados que começaram a monopolizar o jogo, por meio de corrupção de políticos e policiais aonde chegavam a movimentar cerca de US\$ 500.000 por dia com as apostas. (SILVA, 2014, p. 9).

2.3.1 Estado do Rio de Janeiro

Passando um pouco mais adiante, nas décadas de 1970 e 1980, na cidade do Rio de Janeiro, surge de dentro do presídio brasileiro, especificadamente no presídio de Ilha Grande a facção criminosa denominada Comando Vermelho (CV), composta por presos comuns e presos políticos de esquerda, esta sendo uma evolução da chamada “Falange Vermelha” que lutava contra a ditadura, e tinham como finalidade o domínio do tráfico de entorpecentes nas favelas do Rio de Janeiro. (SILVA JUNIOR, 2012, p. 154)

Os criadores do Comando Vermelho foram os presidiários José Carlos dos Reis Encina (“Escadinha”), Francisco Viriato de Oliveira (“Japonês”), José Carlos Gregório (“Gordo”) e William de Silva Lima (“Professor”), com a finalidade de conseguir melhorar o sistema carcerário. Esta facção apensar de ter uma ideologia de esquerda, não utiliza de um único chefe, no entanto, de um comissariado que decide coletivamente questões importantes. No momento atual quem dispõe a função de comissariado e líder é Luiz Fernando da Costa, o “Fernandinho Beira Mar”. (SILVA JUNIOR, 2012, p. 154)

Como salienta Tolentino Neto, (2012, p. 54):

“Com um grande número de membros, utiliza-se das táticas de guerrilha urbana inspiradas em grupos da esquerda armadas. Além disso, assemelham-se aos cartéis colombianos quanto às formas de obtenção de apoio de suas comunidades. Aproveitando a falta de atuação do Estado nas favelas cariocas, o Comando Vermelho desenvolveu uma política de benfeitorias e proteção para a população dos morros em que dominam, com

o financiamento de remédios, construção de creches, redes de esgotos, e outras coisas.”

Desse modo, as áreas em que o Estado não se mostra presente como educação, saúde, lazer, segurança, cria-se um espaço que passa ser controlado por traficantes, reproduzindo o papel das instituições públicas e privadas. (FERRO, 2009, p. 546).

Por fim é sabido que existe relação entre o Comando Vermelho e a Máfia Colombiana, no importe e distribuição de drogas provenientes das terras colombianas, contrabando de armas, sequestros.

O Terceiro Comando (TC) originou-se no mesmo presídio no ano de 1988, fruto de uma desavença com o Comando Vermelho, de presos que não apoiavam a prática de sequestros, desse modo, as pessoas que participavam do CV e não concordavam com as atividades realizadas e, juntamente com policiais que transgrediram a favor do crime formaram essa facção criminosa. (SILVA JUNIOR, 2012, p. 154).

No contexto da criminalidade fluminense nos anos 90 nasceu de dentro dos estabelecimentos prisionais do Rio de Janeiro a facção “amigos dos amigos” (ADA), com o intuito de reduzir o poder da facção criminosa Comando Vermelho uniu-se com o Terceiro Comando.

Teve como fundador Ernaldo Pinto Medeiros, o “Uê”, que foi expulso do Comando Vermelho após ter matado o líder da facção Orlando Conceição, popular “Orlando Jogador”. O líder dessa facção é o traficante Celso Luiz Rodrigues, o “Celsinho da Vila Vintém”. A facção Amigos dos Amigos não tinha a natureza de afrontar as forças de segurança, e sim o oposto, de associar policiais na facção e assim escapar de eventuais operações policiais. (SILVA JUNIOR, 2012, p. 154).

2.3.2 Estado de São Paulo

No Estado de São Paulo há registros que a primeira facção criminosa com operação dentro dos presídios foi a “Serpentes Negras” no ano de 1984, na Casa de Detenção conhecida como “Carandiru”.

No entanto a facção criminosa mais afamada é o “Primeiro Comando da Capital” (PCC), com execução dentro e fora dos presídios do Estado. Foi originada na Casa de Custódia e Tratamento “Dr. Arnaldo Amado Ferreira”, na

cidade de Taubaté, no ano de 1993, por oito presidiários. O nome “Primeiro Comando da Capital” era inicialmente o de um time de futebol organizado pelos detentos para a disputa de campeonatos internos do presídio. (SILVA JUNIOR, 2012, p. 146).

Conforme SILVA JUNIOR, (2012, p. 146) os líderes da organização eram:

[...] “José Márcio Felício, vulgo ‘Geleirão’, Cezar Augusto Roriz, vulgo ‘Cezinha’, José Eduardo Moura da Silva, vulgo ‘Bandeijão’, Idemir Carlos Ambrósio, vulgo ‘Sombra’, Misael Aparecido da Silva, vulgo ‘Misa’, Wander Eduardo Ferreira, vulgo ‘Eduardo Gordo’, Antônio Carlos Roberto da Paixão, vulgo ‘Paixão’, Isaías Moreira do Nascimento, vulgo ‘Isaías’, Ademir dos Santos, vulgo ‘Dafé’ e Antônio Carlos dos Santos, vulgo ‘Bicho Feio’”.

Primeiramente, Idemir Carlos Ambrósio, vulgo “Sombra”, foi o líder mais significativo da organização, pois comandou por telefone rebeliões ao mesmo tempo em 29 presídios Estaduais, tempos depois “sombra” foi assassinado por membro internos da organização e assumiu a liderança José Márcio Felício, o “Geleirão” e Cezar Augusto Roriz, o “Cezinha”, estes são responsáveis por conseguir a ligação do Primeiro Comando da Capital com o Comando Vermelho do Estado do Rio de Janeiro.

Atualmente o líder da facção criminosa é o Marcos Willians Herbas Camacho, conhecido como “Marcola”, e o Júlio César Guedes de Moraes, vulgo “Julinho Carambola”, seu homem de confiança. Apensar de, a organização surgir com o escopo de melhores condições carcerárias, a atual direção de Marcola, alterou o sentido e passou a ter como finalidade obter lucros. (SILVA JUNIOR, 2012, p. 148).

Das atividades praticadas por este grupo pode se dizer que atuam em roubos a bancos, carros de transportes de valores (carros-fortes), extorsão de familiares de pessoas presas e mediante sequestro, narcotráfico inclusive em âmbito internacional, rebeliões e resgates de presos e homicídios a pessoas de facção inimiga.

Existem outras facções criminosas como a “Seita Satânica” (SS), criada em 1994, na Casa de Detenção de São Paulo, por Idefonso José de Souza. Para filiar-se a essa facção, o membro deve opor-se a Deus e adorar ao inferno, após ter a palma da mão marcada por um charuto. Há também a “Comissão

Democrática de Liberdade” (CDL), criada em 1996, na cidade de Avaré e o “Terceiro Comando da Capital” fundado em 2002, na cidade de Osvaldo Cruz pelo César Augusto Roriz da Silva, vulgo “Cezinha”, no qual foi expulso do PCC.

3. O CONCEITO DE CRIME ORGANIZADO

O conceito de organização criminosa é complexo e controverso, sendo uma desinteligência por parte do legislador. Antigamente a legislação não definia o que vinha a ser chamado de organização criminosa, pois os crimes cometidos em concurso com mais de três pessoas, eram vistos pelas autoridades, como uma forma de “Organização Criminosa”. A lei revogada 9.034/95 que dispunha sobre a utilização dos meios de provas e procedimentos de investigação relacionados aos crimes cometidos por quadrilha ou bando ou associações criminosas de qualquer tipo, não previu um conceito legal de organizações criminosas, motivo pelo qual a referida lei tinha aplicação restrita às quadrilhas (art. 288 do CP) e às associações criminosas.

Nesse diapasão, o referencial normativo que havia para a delimitação dos casos que envolvessem uma suposta organização criminosa, era a constante na Convenção de Palermo, que define o grupo criminoso como:

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

Portanto, diante da inércia do legislador brasileiro em dar uma definição, foi crescente o entendimento no sentido de que, seria possível utilizar do conceito dado pela Convenção de Palermo (Decreto nº 5.515/2004). Esse pensamento, no entanto, não podia ser empregado em relação ao conceito de “organizações Criminosas”, pois faltava uma construção típica, não existindo um verbo indicador da conduta, sujeitos ativos ou passivos, meios instrumentais e modos de execução, não havia nenhuma circunstância em torno do comportamento proibido. Dessa forma, seria admitir que um tratado internacional pudesse definir o conceito de “Organizações Criminosas”, importando em uma violação ao Princípio da Legalidade. Seria o mesmo em admitir que o Presidente da República consiga, ainda que de forma indireta, desempenhar o papel de regulador do direito penal incriminador, afrontando o princípio da Reserva Legal.

Foi nesse sentido que o STF no julgamento do HC 96.007/SP concluiu que, o conceito não poderia ser extraído da Convenção de Palermo, sob o

fundamento de violação à premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF, art. 5º, XXXIX).

Em face dessa decisão do Supremo, o legislador não viu alternativa senão, a de legislar sobre o assunto e, foi com o advento da Lei nº 12.694/12 que passou-se a definir em nosso país o fenômeno conhecido como organização criminosa. Em seu art. 2º estava o conceito que ficou definido como:

“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.”.

Pouco tempo depois, esse conceito de organização criminosa foi alterado, isso porque a Lei nº 12.850/13 que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; alterou o código penal e revogou a Lei nº 9034/95, e dando outras providências. Em seu art. 1º, §1º situa-se a nova definição:

“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.”.

Em virtude do novo conceito incluído na nova Lei do Crime Organizado, podemos extrair diferenças fundamentais, como será visto adiante.

De início, observamos que o número mínimo de integrantes para caracterizar organização criminosa, passou de pelo menos 3 (três) pessoas (Lei nº 12.694/12), para 4 (quatro) ou mais pessoas. Houve também mudança com relação à finalidade, pois a Lei do Juízo Colegiado cita “mediante a prática de *crimes* cuja pena máxima seja *igual ou superior* a 4 (quatro) anos”. Já na Lei nº 12.850/13 a finalidade é a “prática de *infrações penais* cujas penas máximas sejam *superiores* a 4 (quatro) anos”, portanto, limitou os crimes alcançados pela lei.

Questão que merece ser comentada é no que diz respeito à revogação tácita e parcial da Lei nº 12.694/12. Diante da nova Lei de Organização Criminosa e, ao novo conceito incluído, surgiram questionamentos se haveria duas definições

distintas de organização criminosa, uma para a formação do juízo colegiado disposto no art. 2º da Lei nº 12.694/12, e outra para fins de procedimentos investigatórios da Lei nº 13.850/13. Para uma corrente minoritária (Rômulo de Andrade Moreira), haveria sim dois conceitos de organização criminosa conforme questionado acima. No entanto, a doutrina majoritária e mais adequada argumenta, nesse sentido Bitencourt e Busato (2014, p.38):

“Constituiria grave ameaça à segurança jurídica, além de uma discriminação injustificada, propiciando tratamento diferenciado incompatível com o Estado Democrático de Direito, na persecução dos casos que envolvam organizações criminosas (...), a lei anterior o definia tão somente para os seus efeitos, ou seja, ‘para os efeitos desta lei’, qual seja, criar um colegiado em primeiro grau. Ademais, a lei posterior disciplina o instituto organização criminosa de forma mais abrangente, completa e para todos os efeitos.”

Segue essa linha, Lima (2016, p. 485):

“(...) Por Consequência, como se trata de norma posterior que tratou de matéria em sentido diverso, parece-nos que o novel conceito de organização criminosa constante no art. 1º, §1º, da Lei nº 12.850/13, revogou tacitamente o art. 2º da Lei nº 12.964/12, nos termos do art. 2º, §1º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro”.

Com efeito, deve ser unificado o conceito de organização criminosa, ainda que na nova Lei não haja disposição que revoga expressamente o art. 2º da Lei nº 12.964/12, até porque este constitui um crime autônomo como será estudado adiante. No entanto a Lei nº 12.964/12 não foi revogada por inteiro, mas apenas com relação ao que foi comentado acima. Os demais dispositivos da Lei estão em absoluta vigência, em razão que as duas Leis possuem objeto diferente, regulando diferentes institutos como o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, disposto apenas na Lei nº 12.964/12.

Após passar por uma superficial análise, entraremos nas elementares normativas da atual definição legal de organização criminosa.

3.1 Associação de 4 (Quatro) ou Mais Pessoas

Para caracterizar organização criminosa em um primeiro momento, deve haver associação de quatro ou mais pessoas. Essa associação não é de modo

simples, mas de forma estável e permanente, previamente ajustada, pois do contrário caracteriza autoria coletiva. Esses elementos estão inseridos de forma implícita no conceito de organização criminosa que diferencia este tipo incriminador do concurso eventual de pessoas (art. 29 do CP), no qual tem como requisito a concorrência de dois ou mais agentes para a infração penal, de maneira eventual, temporária ou passageira.

Segundo Vicente Greco Filho (2014, p.21), existe a necessidade de estar presente o *animus associativo*, ou seja, uma vontade previamente ajustada de se associar, formar um vínculo associativo, mas que difere da vontade necessária à prática do crime visado, pois pode ser que o indivíduo tenha vontade de praticar o crime, mas não de compor uma organização, sendo o caso de uma coautoria.

O requisito de “no mínimo haver quatro pessoas”, deverá computar nesse número, o menor ou o coagido a integrá-la, ainda que, o coagido venha a ser absolvido pelo fato da irresistibilidade, ele é contado para atingir o número de quatro pessoas. Por outro lado, o agente infiltrado não entra nessa contagem mínima, já que não tem o *animus associativo* e seu objetivo é desmanchar a organização criminosa, pressupondo que exista a organização criminosa (mínimo de quatro integrantes). CUNHA; PINTO (2013, p.17)

3.2 Estruturalmente Ordenada e Caracterizada pela Divisão de Tarefas, Ainda que Informalmente

O crime organizado assim como é conhecido, faz jus ao nome, sendo necessária a presença de um planejamento “empresarial”, assim como toda empresa existente, mas é claro que a finalidade daquela é outra (comercial, industrial) que não a de praticar infrações penais, mas a de cumprir o contrato social. Para considerar organização criminosa deve haver hierarquia estrutural, planejamento empresarial, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional das atividades, controle do fluxo de caixa, de pessoal, de mercadorias e serviços, divisão de territórios, poder de intimidação, conexão local, regional, nacional e até internacional etc.

Essa estrutura organizada é o que diferencia do crime de associação criminosa (art. 288 do CP) por não ter a característica de estrutura organizada e divisão de tarefas, sem contar a quantidade mínima de pessoas (três ou mais) para

caracterizar o crime. O legislador foi categórico em afirmar esses elementos apenas na organização criminosa. Não cabe ao operador do direito confundir os institutos de concurso eventual, associação criminosa e organização criminosa, pois cada um possui seus elementos e características próprias.

Vale observar que, a divisão de tarefas, é uma decorrência da estrutura organizada, e reforça o entendimento de “estrutura empresarial”, pois existem diversas atribuições, no qual cada um é encarregado de fazer uma tarefa, porém essa divisão feita não exige que seja formal, com registros e documentos, visto que, no âmbito do crime prevalece a informalidade justamente para não deixar provas.

Conforme Renato Brasileiro de Lima (2016, p.488), as funções estabelecidas para os integrantes são feitas de acordo com suas especialidades como exemplo o que ocorre com o roubo de veículos, em que um agente fica responsável pela subtração do bem, e outros pelos “esquentamentos” ou desmanche, falsificação de documentos e revenda, tudo realizado de forma sistemática.

3.3 Meio de Obter, Direta ou Indiretamente, Vantagem de Qualquer Natureza

Quanto a esse elemento do conceito, consiste num fim especial, que é obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza. A priori, deve-se basear que “a lei não traz palavras inúteis e não podemos acrescentar outras não contidas no texto legal”, ou seja, a vantagem é de qualquer natureza.

Em que pese na doutrina existe posicionamento contrário, quando, por exemplo, se trata do crime de extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP) no qual traz como elementar do tipo “qualquer vantagem”, existe o entendimento que esse benefício conseguido será o econômico, sob o fundamento de que não haveria razão para o delito estar classificado naquele título e se fosse de outra forma seria apenas um crime contra a liberdade individual. Mais bem analisando, devemos basear na segurança jurídica da tipicidade estrita, sendo o correto que a vantagem exigida como condição de liberdade ou preço do resgate, pode constituir em dinheiro ou qualquer outra utilidade, pouco importando a forma de exigência. (Bitencourt; Busato, 2014, p.34)

É com relação ao que foi exposto acima que a expressão “vantagem de qualquer natureza”, que constitui elemento no crime de participação em organização criminosa, não precisa ser exclusivamente de natureza econômica.

3.4 Mediante a Prática de Infrações Penais Cujas Penas Máximas Sejam Superiores a 4 (Quatro) Anos, ou que Sejam de Caráter Transnacional

Há ainda para configurar organização criminosa, que a infração penal seja superior a quatro anos. O legislador nesse ponto acertou em ampliar, em tese, o alcance da lei não considerando apenas os crimes mais também as contravenções penais. Contudo, ao mudar a pena para infrações penais superiores a 4 (quatro) anos, tornou o conceito de organização criminosa vinculada estritamente aos delitos, pois não existe contravenção com pena superior a quatro anos, e restringiu da mesma forma os próprios crimes (ex: furto simples, pena máxima de quatro anos). Por outro lado, podemos entender correta essa mudança, uma vez que a pena menor ou igual a quatro anos é revestida de certos benefícios penais, tais como: pena em regime aberto; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; prescrição em oito anos.

De fato, essa opção político-criminal do legislador reconheceu que independente do crime praticado, o que tira a impaciência da coletividade é o fato de ser praticado por organizações criminosas que, de qualquer forma, é o grande problema nacional a ser enfrentado e não deve conter tais benefícios como forma de punição aos delinquentes.

Para Bitencourt e Busato (2014, p.35), seria interessante que o legislador, ao contrário do que fez para determinar o meio de infrações penais (superior a quatro anos), deveria ter estabelecido os limites para as penas de reclusão, pois do modo como está, é possível abranger crimes culposos (Art. 121, §4º do CP).

O crime que tem caráter transnacional, de acordo com a lei aplica-se independentemente da quantidade da pena ou da natureza da infração (crime ou contravenção), conforme se mostra:

§ 2º Esta Lei se aplica também:

I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

Conforme o inc. I do §2º, o ilícito que está previsto em tratados ou convenções internacionais e que o Brasil seja signatário. Por crime transnacional, entende-se aquele que ultrapassa o território brasileiro, portanto, é aquele que tem início no estrangeiro e chega ao Brasil, ou reciprocamente. O território brasileiro envolve o solo, a água e o espaço aéreo (12 milhas náuticas e espaço aéreo).

Já no inc. II do mesmo parágrafo, que recentemente foi alterado pela Lei nº 13.260/16 (Lei do Terrorismo), no qual disciplinou o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista. Portanto, agora temos a definição de terrorismo e seus atos disciplinados em lei especial. Dessa forma, a Lei nº 12.850/13 ampliou seu alcance aos atos de terrorismo praticados por organizações terroristas.

4. TIPO PENAL INCRIMINADOR

Na análise do art. 1º da Lei já foi exposto o conceito de organização criminosa; quando se estabeleceu a forma de constituir uma organização criminosa, e não a sua conduta exatamente. Já no art. 2º da Lei encontra-se o tipo incriminador. Dessa maneira faz-se necessário utilizar os dois artigos em conjunto para a caracterização do crime, no qual no primeiro artigo é a definição de organização criminosa, já estudado no capítulo anterior, e no segundo artigo as condutas incriminadoras.

4.1 Do Crime de “Organização Criminosa”

Com o advento da Lei nº 12.850/13 trouxe consigo o tipo incriminador de organização criminosa, que até então não existia. Deixou de simplesmente conceituar uma forma de praticar crimes e acrescentou no §2º da Lei o crime que, mesmo sem um *nomen jùris* podemos denominar de “participação em crime organizado” ou simplesmente de “organização criminosa”.

Trata-se de uma *novatio legis* em que deverá ser aplicada aos crimes que foram cometidos a partir da vigência (45 dias após publicação oficial) que se deu em 19 de setembro de 2013, caso contrário resultaria em violação ao Princípio da Irretroatividade da Lei Penal mais Gravosa (CF, art. 5º, XL). Urge lembrar que se trata de crime permanente cuja consumação se protraí no tempo, portanto se uma organização criminosa existe antes da vigência da Lei e, permanecer após a vigência da Lei, estará cometendo o delito previsto no §2º podendo ser responsabilizado, e não há neste caso em se falar na violação da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Para reafirmar, vejamos o teor da súmula nº 711 do STF:

“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”.

O bem jurídico a ser tutelado neste delito é a paz pública, da mesma forma como o delito de associação criminosa (art. 288 do CP), porém vai além desse bem jurídico como o sentimento coletivo de segurança e de confiança da ordem e proteção jurídica.

Vamos fazer uma análise sobre o tipo incriminador:

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.

O tipo penal prevê quatro condutas de ação múltipla ou conteúdo variado, quais sejam: a) “*promover*”, significa criar, gerar, dar origem a algo, estruturar, tornar possível a existência e funcionamento da organização criminosa. b) “*constituir*” é estruturar, formar, montar, fundar, não difere da conduta de *promover*, ambas tem basicamente o mesmo sentido. c) “*financiar*”, compreende em custear, sustentar, pagar, subsidiar, arcar com os custos, patrocinar o empreendimento. d) “*integrar*”, é fazer parte, agregar-se, juntar-se, ser membro,

É um crime de tipo misto alternativo cujo enquadramento em mais de uma ação típica no mesmo contexto fático o agente responde por crime único, igualmente no crime de tráfico de drogas em que prevê um tipo misto alternativo no qual o agente com uma conduta se enquadra em várias ações típicas. Ressalta-se que as condutas que recaírem à organizações criminosas diferentes, ocorrerá o concurso de crimes, exemplo, sujeito que integra varias organizações criminosas.

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer um, é um crime comum, sendo necessário o número mínimo de quatro integrantes, pois é um delito de concurso necessário (plurissubjetivo). Entram nesse cômputo os inimputáveis, os integrantes que não foram identificados, ou, ainda, aqueles que não sejam punidos por algum motivo pessoal de isenção de pena. O sujeito passivo é a coletividade em geral, o próprio Estado. Há também a possibilidade de pessoas individualmente serem sujeitos passivos dos crimes cometidos pelas organizações criminosas.

É um crime formal, de consumação antecipada, pois se consuma com a associação de quatro ou mais pessoas independente da prática de outros crimes por meio da organização criminosa, já que estaria colocando em risco a coletividade. Diferente ocorre no caso de concurso de pessoas, que não basta o ajuste e sim a prática do delito, seja este consumado ou tentado, portanto, é necessário pelo menos à prática de atos executórios em relação ao crime que almejam se associar. Com efeito, para caracterizar o crime de organização criminosa é preciso

ter estabilidade e permanência do grupo criminoso, que pode ser constatado com a ordenada divisão de tarefas.

O elemento subjetivo do crime é o dolo com o fim específico de “obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes”, não sendo admitida a culpa. O indivíduo deve ter a vontade livre e consciente de associar-se ou integrar-se a uma organização criminosa (*animus associativo*).

Por fim, com relação ao concurso de crimes, a Lei nos remete a seguinte ideia “[...] *sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas*.”. Portanto, quem é *associado* à organização criminosa responderá pelo crime de organização criminosa do art. 2, *caput*, da Lei nº 12.850/13, mais eventual crime por ela praticado, desde que, tenha o membro participado como autor ou partícipe. Nem todos os associados da organização criminosa responderão pelos delitos cometidos por alguns dos seus membros, no qual cada um responde pelo crime que praticar (autoria ou participação), na medida de sua culpabilidade. As infrações penais cometidas pela organização criminosa serão em concurso material de crimes. Na lição de Bitencourt e Busato (2014, p. 60) “(...) o crime praticado em concurso (material) não absorve nem exclui o de integrar organização criminosa, pela simples razão de que não é necessária a precedência deste para a prática daquele”.

Com entendimento um pouco diferente do exposto acima, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 491) leciona que, para responder pelo crime praticado pela organização criminosa, é preciso que as infrações penais tenham ingressado na esfera de conhecimento de cada um deles. Desse entendimento poderíamos tirar duas situações. A primeira é que o membro só poderia responder pelo crime praticado se soubesse de antemão qual delito será praticado pelo grupo criminoso e, que este responderá mesmo que não for autor ou partícipe. A segunda situação é que o membro deveria saber qual o delito que a organização criminosa vai praticar antes de cometer o crime. Portanto, o que determina a responsabilidade do criminoso é ter ou não conhecimento do delito a ser praticado.

Ex: uma organização criminosa com a finalidade de roubar carros para desmanche. O agente que integra essa organização criminosa, é incumbido de apenas retirar as peças dos veículos, não participa diretamente no roubo, apenas na retirada das peças. Este agente responderá pelo crime de associação à organização criminosa em concurso material com o crime de receptação e roubo.

4.2 Da Obstrução ou Embaraço de Investigação

Além do crime de organização criminosa, a Lei nº 12.850/13 trouxe o crime de obstrução à investigação, previsto no art. 2, §1º da Lei:

“nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa”.

É um delito previsto àqueles que impedem ou embaraçam a investigação criminal. Impedir significa interromper, obstar, cessar, tolher, e, embaraçar significa perturbar, dificultar, atrapalhar. O que se percebe é que ambos os verbos descritos são sinônimos, porém a diferença reside na gravidade e consumação do delito. O verbo impedir estará consumado quando de fato as investigações criminais cessarem, enquanto o verbo embaraçar se consuma com a prática de qualquer ação ou omissão capaz de atrapalhar a investigação, mas sem que haja sua interrupção.

O bem jurídico a ser tutelado é a *administração da justiça*, isto porque “tutela-se o interesse de que justiça não seja obstada ou desvirtuada por qualquer fator estranho ao seu desenvolvimento válido e regular, sem embaraços ou protelações indevidas e ilegítimas nas investigações criminais”. Bitencourt; Busato (2014, p.83)

Outrossim, para configurar esse delito não é necessário a presença mínima de quatro pessoas, aqui pode ser cometido por apenas uma pessoa, desde que, não faça parte da organização criminosa investigada, porque seria uma afronta aos princípios de não se autoincriminar, da ampla defesa e do direito de não produzir provas contra si mesmo, pois é aceitável que o investigado tente se defender da maneira que achar conveniente ainda que cause um atraso ou obstáculo à investigação criminal.

Em razão disso, o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa que tenha ou não interesse pessoal na investigação criminal com exceção ao que se disse acima. Bitencourt e Busato (2014, p. 84) em sua obra levantaram a hipótese do advogado da organização criminosa se enquadrar no delito quando este tem a atitude de “pombo-correio”, passando informações de membros da organização criminosa, ou, de qualquer outra forma cooperar na atividade-fim da organização

investigada embaraçando concretamente a investigação criminal. Aliás, recentemente o grupo que era composto de advogados denominados “Sintonia dos Gravatas” foram presos por integrar e participar da organização criminosa, mas nesse caso, é punível por incurso no art. 2 da Lei 12.850/13.

O sujeito passivo é o Estado, mais especificadamente a administração da justiça.

O elemento subjetivo do crime é o dolo, qual seja a vontade livre e consciente do agente impedir ou embaraçar investigação criminal, que é fase pré-processual. O agente, dessa forma, poderá impedir a colheita de provas que utilizaram para instruir eventual ação penal. Deve haver consciência de que aquele ato praticado vai ocasionar prejuízo à investigação criminal. Não há forma culposa desse delito, e nem um dolo especial.

Com efeito, tem-se na doutrina a observação que o legislador apenas se referiu a “investigação criminal”, e nada disse sobre o “processo judicial”. Portanto, respeitando o princípio da legalidade, não devemos fazer uma interpretação ampliada do alcance da norma, pois não foi a vontade do legislador, se assim quisesse, teria acrescentado, como assim fez no art. 334 do CP “coação no curso do *processo*”. Na verdade o legislador esqueceu-se de colocar “processo judicial” e diante dessa lacuna não podemos tentar resolver esse problema através de uma “interpretação”, que de fato seria uma analogia *in malam partem*. Utilizar-se da interpretação neste caso, seria uma forma de legislar por parte do intérprete, criando uma nova proibição não expressa em lei. Bitencourt; Busato (2014, p.87/91).

Com entendimento contrário, Cunha; Pinto (2016, p. 20/21) afirmam que deve utilizar-se da interpretação teleológica levando em conta a finalidade da norma, para evitar a obstrução à *investigação* e ao *processo judicial*. Nesse sentido, a fim demonstrar a omissão do legislador, trouxe a hipótese de que alguém ligado a organização criminosa, impede a investigação, agindo sem violência ou grave ameaça. Pelo princípio da especialidade, aplica-se as penas do art. 2º, §1º, da Lei nº 12.850/13, reclusão de 3 a 8 anos. Se utilizasse de violência ou grave ameaça no curso do processo, não responde pelo delito em tela, mas sim pelo delito do art. 334 do CP, com pena de 1 a 4 anos, sem prejuízo das penas correspondentes à violência praticada. Assim, podemos observar um grande contrassenso na lei, punindo-se o menos com o mais e, o mais com o menos, desafiando-se a proporcionalidade e a razoabilidade. Ademais, em termos de relevância, no meu

sentir, o processo judicial prepondera sobre a investigação, sob o viés que a obstrução de um processo judicial é mais prejudicial em relação à investigação, contudo a lei neste caso buscou proteger apenas a investigação.

Outra questão corresponde ao fato de que o conceito do crime ficou muito vago, aberto, não delimitou quais atos impediriam ou dificultassem a investigação criminal. Neste ínterim, é certo que não podemos considerar embaraço a investigação quando o ato for legítimo ou devido, por exemplo: o exercício de defesa legítima ainda que retarde ou impeça o andamento da investigação, não pode ser considerado crime.

A propósito ilustrativo, colacionamos a seguinte situação:

“[...]O simples desejo, intenção ou manifesta vontade de impossibilitar a execução ou o prosseguimento da investigação em relação à organização criminosa não basta para caracterização do crime. Tais atos se situam no campo da cogitação e, portanto, devem ser excluídos”.
 “Aquele que em conversa telefônica, por exemplo, manifesta desejo de ‘acabar’, ‘colocar fim’, ‘impedir’ ou ‘interromper’ com investigação que envolva organização criminosa não comete o crime em comento por ausência de conduta capaz de impedir ou embaraçar a investigação” [...] (YAROCHEWSKY, jul. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/obstrucao-da-justica-2/>>. Acesso em: 03 dez. 2016)

A respeito da tentativa nos verbos impedir ou embaraçar, Guilherme de Souza Nucci (2015, p.25) defende a possibilidade de haver tentativa em ambas as modalidades, “pois o *iter criminis* comporta interrupção”, porém aduz que na modalidade embaraçar seria mais rara a sua configuração, em razão da expressão “qualquer forma”; Mossin, H.A; Mossin, J.C (2016, p.148) converge do mesmo entendimento que “o agente ao ter comportamento ativo de impedir ou embaraçar, pode não alcançar seu objetivo por circunstâncias alheias a sua vontade.”.

Em sentido oposto Cezar Roberto Bitencourt (2014, p.93), leciona que a tentativa seria “admissível apenas na modalidade de conduta ‘impedir’, sendo impossível, contudo, na conduta ‘embaraçar’ que, para nós, trata-se de crime de mera conduta”. Nesse mesmo sentido, Cunha; Pinto (2016, p.21). Penso que parece mais correto este último entendimento pela razão da modalidade embaraçar ser um crime formal independente do resultado naturalístico.

4.3 Das Causas de Aumento de Penas e Agravantes Genéricas

Passado os estudos sobre os crimes previstos na Lei de Organização Criminosa, veremos as causas especiais de aumento e agravantes:

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

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

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

I - se há participação de criança ou adolescente;

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

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

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

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

A primeira causa de aumento é a “atuação da organização criminosa com o emprego de arma de fogo”, previsto no §2º. Esta causa de aumento justifica-se, pois, a organização criminosa fica ainda mais perigosa e merece uma maior reprovação do seu comportamento.

O texto da Lei deixou bem claro ou dizer “arma de fogo”, pois devem ser consideradas aquelas definidas no Decreto nº 3665/2000, art. 3º, XIII, dessa forma são as armas que arremessam projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil. Portanto somente esse tipo de arma poderá configurar a majorante. Por sua vez armas brancas não são estão enquadradas aqui. Se o legislador tivesse colocado no texto da Lei apenas “arma”, assim como fez no crime de roubo (art. 157, §2º, I do CP), poderia ser qualquer tipo de arma, além do mais qualquer objeto pode servir ou transformar em uma arma capaz de gerar dano a outrem.

Nesse viés, o texto legal ainda menciona “se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo”, para não remanescerem dúvidas, a aplicação dessa causa de aumento implicará quando a organização criminosa cometer algum crime com emprego de arma de fogo, se enquadrando

nesse texto legal. A utilização dessa arma de fogo pode ser por qualquer integrante da organização, não precisam todos os agentes estar armados. Haverá discussões no tocante a necessidade de exame pericial ou apreensão da arma para aferir sua eficácia, e, por conseguinte comprovar a maior potencialidade lesiva. Ocorre que, na maioria das vezes a polícia não consegue apreender a arma por diversas circunstâncias, mas isso não quer dizer que não possa provar de outra forma, como exemplo, apreensão de cápsulas deflagradas e marcas de projéteis, aliás, esta poderá ser suprida pela prova testemunhal segundo o art. 167 do CPP.

Conforme Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 494), apesar de haver a possibilidade de prova testemunhal esta deve “afirmar de forma coerente que houve disparo com arma de fogo, pois somente assim restará provado que não se tratava de arma de brinquedo”, assim, ficará demonstrado a eficácia lesiva da conduta criminosa. Ainda de maneira categórica, argumenta:

“Ora, de maneira semelhante, se a arma de fogo não foi apreendida e se as testemunhas não afirmaram que houve disparos com ela, como se pode afirmar categoricamente que a arma utilizada pelo agente não era de brinquedo, se encontrava desmuniada, ou era inapta a produzir disparos? Registros policiais dão conta de inúmeros casos em que a arma apreendida seria de brinquedo, a qual propiciaria a aparência de arma de verdade, sem, no entanto, deter qualquer potencialidade lesiva. Portanto, considerando que, por força da regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, o ônus da prova recai sobre a acusação, e não sobre o acusado, tendo em conta, ademais, que o emprego de arma de fogo é circunstância objetiva, torna-se imprescindível a aferição da idoneidade do mecanismo lesivo, o que somente se viabiliza mediante sua apreensão e consequente elaboração do exame pericial direto, ou se vítima e testemunhas confirmarem que houve disparos com a arma.”.

O ônus da prova cabe ao acusador, devendo provar a presença dos elementos de autoria e materialidade do crime imputado, se no caso do emprego de arma de fogo não for possível provar a alegação, deve o mesmo ser absolvido deste fato. É errado também, dizer que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente, o papel do acusador é de provar o alegado. Lopes Jr, Aury (2005, p.185).

Dando continuidade, o §3º diz respeito a quem exerce o comando da organização criminosa. Essa agravante deve ser considerada na segunda fase de aplicação da pena. É a mesma agravante prevista no art. 61, I do CP e não poderá utilizá-las concomitantemente ao mesmo crime sob pena de *bis in idem*. Então o legislador preocupou-se em punir o autor intelectual que age individualmente ou

coletivamente, pois este é o grande mentor das práticas criminosas pela organização criminosa, é o agente que planeja, arquiteta mentalmente os atos executórios e dessa forma obtenha sucesso no crime.

No §4º estão previstos outras causas de aumento de pena que poderá ser aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), vejamos as hipóteses:

a) no inciso I refere-se à participação de criança ou adolescente na organização criminosa, considerando criança aquele tem de até 12 anos de idade incompletos, e adolescente que tem entre 12 anos a 18 anos de idade. Para configurar essa causa de aumento deverá comprovar que o menor atuava na organização criminosa, lembrando que o menor é computado no número mínimo de quatro integrantes. Conforme Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 30) a causa de aumento (1/6 a 2/3) deve vincular-se ao número de crianças ou adolescentes ligados na organização criminosa.

b) quando o crime organizado é beneficiado pela atuação do funcionário público (inciso II). É necessário que seja funcionário público (art. 337 do CP) e que se utilize dessa condição para auxiliar a organização criminosa.

c) se o produto ou proveito do crime destinar-se ao exterior (inciso III). Produto do crime é a vantagem auferida diretamente da infração penal, exemplo, ao roubar uma carteira o produto do crime seria o dinheiro. Por sua vez, proveito do crime é a vantagem indireta conseguida do produto do crime, exemplo, com o dinheiro conseguido da prática do crime, o agente compra bens. Dessa forma quando o produto ou proveito destinar-se ao exterior, autoriza-se a aplicação dessa causa de aumento. Entretanto, para configurar essa causa de aumento, não basta a mera suspeita, imaginação, de que o produto destina-se ao exterior. Nesse contexto é necessário que ocorra a consumação da destinação, ou que, ao menos, surpreenda a caminho do exterior.

d) O inciso IV é autoexplicativo, portanto deverá ser aplicada a majorante quando houver conexão entre duas organizações criminosas diferentes, que não seja a ramificação da mesma. Justifica essa medida, pois a união de duas organizações criminosas tornam-se mais perigosas à paz pública, a coletividade em geral, independente do motivo dessa união. Contudo, deve ser observado que esse aumento somente poderá acontecer se o acusado tiver conhecimento dessa circunstância. (GRECO FILHO, 2014, p.31)

e) Por fim, a última causa de aumento do art. 2º, §4º da Lei nº 12.850/13 é a circunstância de caracterizar a transnacionalidade da organização criminosa. De fato o legislador esqueceu que a transnacionalidade é uma elementar do conceito de organização criminosa, e aplicação dessa causa de aumento configura *bis in idem*. Se o agente comete crime transnacional não precisa um mínimo de quatro pessoas e nem da pena ser superior a quatro anos.

4.4 Afastamento Cautelar do Servidor Público de suas Funções

O legislador instituiu que se o funcionário público integra organização criminosa, o juiz poderá afastá-lo cautelarmente de suas funções quando for indispensável à investigação do acusado, dispõe que:

§ 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.

Função pública é aquela compreendida no art. 327 do Código Penal, aquele que embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública, ainda que seja uma entidade paraestatal ou empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

É uma medida cautelar e não se confunde com pena alternativa, podendo ser aplicada em qualquer fase da persecução penal, desde que, tenha uma determinação expressa do juiz.

Deve ficar caracterizado que o agente público utilizava de sua função para contribuir com as atividades ilegais praticadas pela organização criminosa, portanto, tem que haver um nexo entre a infração penal e a função pública exercida pelo agente. Guilherme de Souza Nucci (2015, p.33) expõe que, para o juiz decretar o afastamento do funcionário público, deve estar presente o indício suficiente de existência da organização criminosa (materialidade) e o indício suficiente de integração do servidor à organização criminosa (autoria).

Por outro lado, a Lei diz que “sem prejuízo da remuneração”, ou seja, o funcionário público afastado não vai deixar de receber, até porque seria uma afronta

ao princípio da presunção de inocência, afinal o afastamento é por medida cautelar e não de forma voluntária ou por condenação irrecorrível.

De modo perspicaz Renato Brasileiro de Lima (2016, p.496) expõe que:

“Sob a lógica do menor sacrifício do direito afetado, um dos desdobramentos do princípio da proporcionalidade, na medida em que o dispositivo sob análise autoriza o afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, é perfeitamente possível que o juiz determine a suspensão de **apenas parte da atividade rotineiramente desenvolvida pelo funcionário público.**” (grifo nosso).

Enfim, a Lei nº12.850/13 nada diz sobre qual recurso utilizar contra esta decisão do juiz. O art. 319 do CPP passou a prever as medidas cautelares diversas da prisão que serão decretadas em conjunto com a liberdade provisória. Fazendo uma interpretação extensiva do art. 581, V do CPP a medida cabível neste caso será o recurso em sentido estrito. Pode ser decretada, ainda, a prisão preventiva do indiciado quando este descumprir injustificadamente as medidas cautelares diversas da prisão e, dessa decisão a medida cabível será o HC.

4.4.1 Perda de cargo, função, emprego ou mandato eletivo e interdição funcional

Há uma regra geral prevista no art. 92 do Código Penal, que é justamente a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, quando condenado a uma pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano por crime praticado for contra a administração pública ou ser condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 anos, em qualquer delito. Porém para ocorrer esse efeito da condenação, deverá o juiz fundamentar apontando a necessidade e adequação de tal medida de acordo com o fato que deu causa a sua condenação.

Já na Lei nº 12.850/13 prevê o seguinte:

§ 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. (Grifo nosso)

Verificando o §6º, nada consta sobre a quantidade de pena imposta para ocorrer esse efeito da condenação. É um efeito específico para o funcionário

que integra organização criminosa, respondendo por esta lei. Então independente da pena imposta o agente terá suspensas suas atividades pelo prazo de 8 anos após cumprimento da reprimenda. Ao juiz, não precisa motivar a sua decisão acerca da perda do cargo, já que é um efeito automático e obrigatório ao condenado definitivamente, e independe de requerimento expresso contido na peça acusatória.

Passado o prazo de oito anos, o sentenciado poderá assumir novo cargo, emprego, função ou mandato eletivo, sendo vedado voltar ao estado anterior que se encontrava, conforme art. 93, parágrafo único do CP.

Questão trazida por Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 499), é a que se o acusado estava exercendo o cargo na época do crime, e veio se aposentar dias depois, é legítima a cassação da sua aposentadoria, se existir a declaração fundamentada da perda do cargo como efeito extrapenal da condenação por crime praticado na atividade.

Da leitura dos §§ 5º e 6º, existe uma diferença no tocante aos sujeitos atingidos. Nota-se que o afastamento cautelar do § 5º não traz a hipótese de suspensão cautelar do mandato eletivo Senadores e Deputados Federais e, somente no § 6º quando se trata da perda do mandato eletivo é que tem alcance aos parlamentares.

Por outro viés, quanto à perda do mandato eletivo de Senadores e Deputados Federais, a Carta Magna no seu art. 15, inciso III, prevê a perda dos direitos políticos quando houver condenação criminal transitada em julgado, sendo um efeito automático da condenação, independente da quantidade da pena ou de deliberação pelos parlamentares. Em que pese a esse efeito automático da condenação, deve ser ponderado que o art. 55, parágrafo 2º da Constituição Federal, é uma regra especial, ao passo que, o art. 15 da CF/88 tem um alcance genérico, dessa forma, a perda do mandato eletivo se daria com a deliberação dos parlamentares.

4.5 Da Investigação de Policial Envolvido em Organização Criminosa

O legislador foi bem claro na edição desse parágrafo, veremos que uma simples leitura não restará dúvidas sobre o enunciado da lei. Vejamos:

§ 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.

De início é possível constatar que nos crimes de organização criminosa, se houver participação de policial, a competência para investigação é da Corregedoria de Polícia e, com relação ao Ministério Público ficou a função de exercer o controle externo da atividade da Corregedoria, portanto, ficou bem clara qual a intenção do legislador.

Porém, como é sabido, existe a divergência no sentido de que ficaria a cargo do Ministério Público a realização das investigações por meio de inquérito.

Esta tese é defendida por Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto e Renato Brasileiro de Lima, todos ilustríssimos membros do Ministério Público. Alegam basicamente as seguintes questões: a) com base no relatório do inspetor da ONU, pode-se constatar que as investigações realizadas por policiais, relativas a crimes cometidos por policiais, são ineficientes, já que as Corregedorias não são independentes, havendo certo corporativismo; b) O Ministério Público é uma instituição respeitada por todos e que nos casos que atuaram com papel principal existiu um aumento no combate a impunidade de policias; c) a Constituição Federal no art. 129 determinou a função da instituição do Ministério Público, e uma das funções concebidas é ser titular da ação penal, ou seja, é quem vai decidir por último a respeito do fato criminoso, deve-se conceder a ele todos os mecanismos de convencimento, qual seja o de realizar investigações criminais em determinado delitos; d) a função do Ministério Público em realizar investigações criminais seria de modo excepcional ou subsidiário, quando houver inatividade ou protelação indevida na realização da investigação criminal, em crimes que envolvam abuso de autoridade e administração pública cometida por policiais. (CUNHA; PINTO, 2016, p. 25-26) (LIMA, 2016, p. 501)

Em que pese os bons argumentos dos respeitáveis membros do Ministério Público, temos como oposição Cezar Roberto Bitencourt (Promotor de Justiça aposentado e advogado criminalista), Paulo César Busato (Promotor de Justiça) e Guilherme de Souza Nucci (Desembargador do TJ/SP) fundamentam, sobretudo, as seguintes questões: a) o legislador decidiu por atribuir a Corregedoria a investigação dos crimes cometidos por policiais, se assim não quisesse teria

deixado a cargo do Supremo Tribunal Federal, criando-se então uma lei omissa, caso que valentemente foi deliberado pelo legislador; b) Seguiu o ditame da Constituição Federal, o art. 2º, §7º está em consonância com a Carta Magna, trata-se de uma decisão racional do legislador, que não desejou abranger o Ministério Público com essa função. Portanto, ao fazer uma interpretação contra o rol disposto na constituição, seria uma forma de legislar sobre matéria constitucional; c) apesar de o inciso IX do art. 129 da Constituição Federal ser uma norma com conteúdo vago e omissivo, não se podem criar atribuições ou funções aos órgãos institucionais sem a previsão em lei. O art. 128, §5º da Constituição Federal, afirma que as atribuições relativas ao Ministério Público serão estabelecidas por Lei Complementar, e, com efeito, a Lei Orgânica do Ministério Público não faz alusão sobre a possibilidade de investigação criminal a cargo do Ministério Público; d) o Ministério Público deve atuar exercendo o controle externo da atividade policial, fiscalizando-os, sem, contudo, assumir o papel da polícia judiciária em verdadeira crise de identidade. (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 69/76)

Nesse sentido, colacionamos o ensino de Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 4):

“[...]A própria Constituição, como é sabido, atribui o poder de investigar a outros órgãos, como as Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs e os tribunais. E também é sabido que não confere expressamente essa função ao MP, sendo oportuno lembrar que as emendas à Constituição de 1988 que pretendiam atribuir funções investigativas penais ao *Parquet* foram rejeitadas, deixando portanto a salvo a estrutura constitucional acima descrita”.

A polêmica suscitada trata-se apenas para verificar a possibilidade do Ministério Público exercer a atribuição de investigação criminal, e ficou demonstrado que a lei não conferiu essa possibilidade de realizar a investigação criminal, sendo que para exercer essa atribuição é necessária uma previsão legal. A questão posta não visa a discussão sobre a eficiência ou não de ambas instituições nas investigações; se haveria ou não compatibilidade com as outras funções do MP etc. Existem julgados pelo STF nos dois sentidos sobre a possibilidade ou não do MP fazer investigações criminais, tema que ainda não foi definido por nossa Corte Suprema.

5 DOS MEIOS INVESTIGAÇÃO E OBTENÇÃO DE PROVAS

Neste capítulo serão abordadas algumas questões atinentes aos meios de investigação previstos na Lei nº 12.850/13.

5.1 Captação Ambiental de Sinais Eletromagnéticos, Ópticos ou Acústicos

Captação ambiental é uma forma de investigação prevista no art. 3º, inciso II da Lei nº12.850/13, a lei revogada previa no seu art. 2º, inciso IV a “interceptação” e, a nova lei não trouxe essa possibilidade, mencionando apenas “captação”. Outro ponto que será objeto de discussão é que a nova lei não cita a necessidade de “mediante circunstanciada autorização judicial”, para realizar a investigação, nesse sentido:

“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: [...] II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; [...]”.

Antes de adentrarmos no tema, temos que fazer algumas considerações para uma melhor compreensão do tema, vejamos as diferenças entre Comunicação Ambiental e Comunicação Telefônica:

a) a comunicação ambiental segundo Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 511) “é aquela realizada diretamente no meio ambiente, sem transmissão e recepção por meios físicos, artificiais, como fios elétricos, cabos óticos etc..”. É basicamente, a conversa realizada diretamente entre pessoas, sem uso de aparelho telefônico, em âmbito privado ou público.

b) a comunicação telefônica, como o próprio nome diz, é aquela realizada por meio de telefone. Contudo, o sentido é mais amplo, abrangendo a “transmissão, emissão ou receptação de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons, ou informações de qualquer natureza, por meio da telefonia, estática ou móvel (celular)”. (LIMA, 2016, p. 511)

Visto essas diferenças, podemos entrar nas discussões a respeito do tema.

Apesar de a lei não trazer em seu conceito “interceptação ambiental”, devemos entender que essa hipótese está englobada na “captação” que teve seu sentido ampliado. Temos na doutrina a divisão entre Interceptação, escuta e gravação ambiental, no qual explicarei os conceitos de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 510/511) que melhor tratou do assunto, a seguir:

a) interceptação ambiental em sentido estrito: “é a captação sub-reptícia de uma comunicação no próprio ambiente em que ocorre, público ou privado, feita por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores”;

b) escuta ambiental: “é a captação de uma comunicação, no ambiente dela, feita por terceiro, com o consentimento de um dos comunicadores e desconhecimento do outro”;

c) gravação ambiental (gravação clandestina): “é a captação da comunicação ambiental no ambiente em que ocorre feita por um dos comunicadores sem o conhecimento do outro”.

A expressão “captação ambiental” estaria compreendendo a interceptação ambiental em sentido estrito e a escuta ambiental. Nesse compasso, Nucci (2015, p. 39) leciona que a interceptação ambiental é um modo de captação ambiental, no qual a comunicação entre pessoas é captada por um terceiro, ocorre em lugar aberto.

A Lei n. 12.850/13 não trás a previsão do procedimento a ser utilizado na captação ambiental, pois não necessita de prévia autorização judicial. Porém, com relação à interceptação ambiental, para utilizar-se desse meio de prova sem que esteja maculada de ilicitude, o mais correto seria aplicar por analogia o procedimento previsto na Lei n 9.296/96 que trata da interceptação telefônica.

Em que pese à lei não exigir prévia autorização judicial para a captação ambiental, contudo, essa regra não é absoluta, pois quando se trata de ouvir a conversa de outras pessoas, não podemos deixar de falar sobre o Direito à Intimidade e à vida privada previsto no art. 5º, inciso X da CR.

Nesse Sentido, Nucci (2015, p. 39):

“Em face do direito à intimidade, especialmente quando tal conversa se dá em ambiente privado (ex: o interior de uma casa particular) ou quando uma das partes pede sigilo à outra, é indispensável haver a autorização judicial para que esta captação seja realizada e validada, depois, como prova lícita”.

Para um melhor entendimento, situei algumas possibilidades:

a) quando a conversa alheia captada ocorrer em lugar público, a prova produzida nessa situação não estará maculada de vício, uma vez que, o local público afasta a privacidade e a intimidade dos interlocutores e, que se assim desejassem teriam que recolher-se em lugar privado, ainda que sem autorização judicial a prova é lícita.

b) a conversa alheia captada em local público, entretanto com caráter sigiloso e expressamente concordado pelo interlocutor, a conversa captada configurará prova ilícita, por ofensa ao direito à intimidade.

c) a conversa captada em local privado sem a prévia autorização judicial, não pode ser considerada lícita, pois é assegurada constitucionalmente a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI da CF).

Ficou demonstrada, então, a possibilidade de realizar a interceptação e a escuta ambiental, mesmo que sem prévia autorização judicial, desde que, realizadas em lugar público e sem que os interlocutores demandem sigilo.

Por fim, a captação (interceptação ou escuta) de conversa onde tem a expectativa de privacidade ou quando efetuadas mediante a violação de confiança derivada das relações interpessoais ou profissionais, não poderão ser constituídas de validade para obtenção de provas, sem a prévia autorização judicial.

Conforme Lima (2016, p. 513-514) quando houver investigação relativa aos crimes cometidos por organizações criminosas, existindo autorização judicial, toda captação ambiental é tida como prova lícita, ainda que realizada em lugar privado. Assim, o STF em decisão isolada já decidiu que, foi lícito a autoridade policial entrar no escritório de advocacia, no período noturno, para colocar equipamentos que captem sinais óticos e acústicos, não sendo possível que realizassem no período diurno, para não frustrar a investigação, mediante prévia autorização judicial. Este caso, o advogado estava cometendo crimes no seu escritório e o Supremo entendeu que não há ofensa à inviolabilidade do escritório de advocacia.

Existe, ainda, uma discussão sobre a (i)licitude das gravações clandestinas ou ambientais. Em que pese esse tipo de captação não estar abrangido pelo art. 3º, inciso II, merece algumas ponderações.

A “Gravação Clandestina” acontece quando alguém grava uma conversa sem o consentimento de outra pessoa. Esse tipo de gravação não serve de prova para prejudicar ninguém, pois é considerada ilícita:

Art. 5º, LVI, da CF – “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

As provas obtidas por meios ilícitos podem ser utilizadas no processo se utilizadas, não para prejudicar alguém, mas um indivíduo pode utilizar para se beneficiar e inocular de um crime (ex.: alguém faz chantagens a respeito do cometimento de um crime, a vítima pode gravar para provar sua inocência) ou ainda, para provar. Portanto, a regra do art. 5º, LVI não é absoluta, visto que há situações em que, mesmo sendo a prova obtida por meios ilícitos, produzirá efeitos jurídicos quando for para beneficiar alguém (nunca para prejudicar) – respeito ao “princípio da proporcionalidade” há conflito de direitos fundamentais: Direito do Devido Processo Legal de não se obter provas ilícitas no processo x Direito de Liberdade (direito de provar a inocência).

Nesse sentido:

“[...] Mas a *justa causa* pode descaracterizar a ilicitude quando a prova for usada em defesa dos direitos violados ou ameaçados de quem gravou e divulgou a conversa”. (Grinover; Gomes Filho; Fernandes. 2011, p.188)

Fora dessa hipótese de utilizar a gravação clandestina de forma lícita, é muito discutido se poderia utilizá-la em outros casos, como para incriminar alguém. Uma parte da doutrina, assim como o STF e STJ, tem posicionamento de que seria ilícito utilizar-se de gravações clandestinas, haja vista a violação do Direito à privacidade. Esta prova seria imoral, por dois aspectos: uma, porque haveria má-fé por parte de um dos interlocutores, que poderia utilizar de meios para enganar e iludir o outro interlocutor que desconhece a gravação; duas, porque o interlocutor pode induzir o outro a fazer prova contra si mesmo, conduzindo a conversa de forma a obter as respostas desejadas de forma traiçoeira. (LIMA, 2016, p. 515)

Por outro lado, há quem diga que poderia ser considerada prova lícita a gravação clandestina, quando: a conversa não for reservada; que não se trata de assunto profissional ou funcional; que não infrinja algum princípio constitucional como à intimidade, à honra, à imagem das pessoas etc; há também a possibilidade

de utilizar-se da gravação clandestina quando algum interesse jurídico for superior ou relevante em relação a outro, utilizando-se da máxima do Princípio da Proporcionalidade.

Portanto, os meios de obtenção de provas, devem ser realizados de forma a não violar Direito Constitucional, e que se necessário deverá ser pedido autorização judicial.

5.2 Intercepção de Comunicações Telefônicas e Telemáticas, nos Termos da Legislação Específica

Este meio de prova tem previsão no artigo 3º, inciso V da referida lei em debate. Ainda que, no tópico anterior tratou sobre a captação, é necessário ponderar algumas questões, haja vista a semelhança dos meios de provas, cada um têm sua particularidades que diferem uma da outra.

Neste tópico, trataremos das provas obtidas por meio do aparelho telefônico, o que já difere o procedimento com relação às provas obtidas no meio ambiente.

Como já visto, comunicação telefônica é aquela realizada por aparelho telefônico, fixo ou móvel, e diante disso é possível a transmissão, recepção, captação de dados, áudio, mensagens etc. Entende-se por interceptação telefônica aquela em que terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, capta a comunicação telefônica alheia.

A Lei do Crime Organizado, dispõe que deve seguir o procedimento previsto em lei especial, qual seja, a Lei n. 9.296/96 que trata da forma legal para utilizar-se da interceptação telefônica.

A Constituição Federal prevê no seu ornamento a proteção do sigilo das comunicações telefônicas, em regra, sendo exceção à interceptação telefônica. Nesse sentido, o artigo 5º, inciso XXI:

“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

A Lei das Interceptações Telefônicas é uma lei antiga, editada pouco tempo depois da Constituição de 1988. Nessa época, pouco se utilizava da comunicação via internet, dessa forma, o legislador não mencionou no texto Constitucional o sigilo da comunicação via internet ou similares, assim sendo, cabe a nós, fazermos uma interpretação progressiva à luz do momento atual, da evolução da sociedade e dos meios de comunicação, inserindo nesse aspecto a proteção das comunicações realizadas por meio da internet. (CUNHA; PINTO, 2016, p. 29)

Dispõe o artigo 1º da Lei 9.296/96:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Nesse quadro, a interceptação de comunicação telefônica é sem sombra de dúvidas, de qualquer natureza, e o parágrafo único complementa dizendo que, aplica-se nos casos de comunicação em sistemas de informática e telemática. Encontraremos na doutrina, vários posicionamentos (Vicente Greco Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho) no sentido de que seria inconstitucional o parágrafo único, haja vista que a Lei Maior somente autorizou de forma excepcional a interceptação de comunicação telefônica, e não da comunicação telemática, conforme o magistério de Grinover; Gomes Filho; Fernandes (2011, p, 173):

[...] Mas, mesmo com relação à telemática, deve-se dizer que o texto constitucional só parece permitir a interceptação de “comunicação telefônica” *stricto sensu* (ou seja, da voz), e não da “comunicação via telefone” (compreendendo a telemática). E como as regras limitadoras de direitos, sobretudo quando excepcionais, devem ser interpretadas restritivamente, poderia afirmar-se que a previsão de interceptação do fluxo de comunicações, tanto pela informática como pela telemática, é inconstitucional”.

Em que pese o respeitável argumento desses doutrinadores, com a devida vênia, penso que não prospera aqueles argumentos, já explico: primeiro, como disse a pouco, a constituição não mencionou em seu diploma legal a possibilidade de quebra do sigilo nos casos que envolvam a comunicação de dados, sinais, imagens, através da telemática, uma vez que, a época em que a Constituição

Federal foi editada não era utilizada essa forma de comunicação, pois já era difícil conseguir falar ao telefone, não é possível o legislador adivinhar o futuro e contemplar as modernidades que hoje existem; segundo, com o avanço das tecnologias dos meios de comunicação, o crime também passou a utilizar-se dessa modernidade, o que seria ilógico não utilizar dos novos meios de comunicação na persecução penal, e deixar o Estado de mãos atadas na busca da verdade real e de uma resposta de justiça à todos os cidadãos; terceiro, para esclarecer assinalamos o entendimento do renomado Damásio de Jesus (1997) apud Lima (2016, p. 145):

“A Carta Magna, quando excepciona o princípio do sigilo na hipótese de comunicações telefônicas, não cometeria o descuido de permitir a interceptação somente no caso de conversação verbal, por meio deste, isto é, quando usados dois aparelhos telefônicos, proibindo-a, quando pretendida com finalidade de investigação criminal e prova em processo penal, nas hipóteses mais modernas. A exceção, quando menciona ‘comunicações telefônicas’, estende-se a qualquer forma de comunicação que empregue a via telefônica como meio, ainda que haja transferência de ‘dados’[...]”

Por fim, insta salientar que já foi objeto de discussão perante o STF a ADIN 1.488 que foi indeferido o pedido liminar por falta do *periculum in mora*, e depois foi reconhecida a falta de legitimidade ativa *ad causam* do requerente (Associação dos Delegados de Polícia do Brasil).

Com relação à natureza jurídica da Interceptação Telefônica, temos como meio de prova, ou seja, é uma forma de obter provas de que o agente está concorrendo para o crime e, após, essa gravação é transformada em um documento que será fundamental para o desenrolar do processo em busca da verdade real, podendo, inclusive o juiz utilizá-la para fundamentar suas decisões.

Passamos, então, para as próximas discussões.

5.2.1 Dos requisitos necessários para autorização da interceptação telefônica

Para que ocorra a autorização da interceptação telefônica, além de outros requisitos, deve estar presente o *periculum in mora* e o *fumus comissi delicti*, pois se trata de medida cautelar. O *periculum in mora* estará presente quando a não realização dessa medida cautelar trazer algum risco ou prejuízo a investigação criminal ou instrução processual. Já o *fumus comissi delicti* se verifica quando

houver indícios de um delito, legitimando o constrangimento do direito à intimidade. (LIMA, 2016, p. 151)

Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.296/96:

“A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em **investigação criminal e em instrução processual penal**, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do **juiz competente** da ação principal, sob sigilo de justiça”. (grifo nosso)

Nesse contexto, a Lei nº 9.296/96 e a Constituição Federal no art. 5º, inciso XII, de maneira muito clara, diz que a interceptação somente se justificará como meio de prova em investigação criminal ou instrução processual, portanto nada citou a realização dessa diligência subordinada ao inquérito policial.

Com efeito, o inquérito policial não é a única forma de investigação criminal prevista em lei, no art. 4º, parágrafos únicos do CPP têm outras hipóteses. Assim sendo, quando houver qualquer outro tipo de investigação criminal em andamento, poderá utilizar da interceptação telefônica, pois nada obsta que a investigação criminal se realize de forma distinta do inquérito policial.

Já em relação à instrução processual, que se inicia com o oferecimento da denúncia, e tem basicamente a função de instrução probatória e formação de culpa, nada impede a realização da interceptação telefônica para colheita de novas provas que servirá para comprovar os fatos alegados ou eventualmente descobertos.

Outrossim, existe a necessidade de “ordem do juiz competente da ação principal”, segundo Renato Brasileiro de Lima (2016, p.152) o juiz competente é aquele atribuído de jurisdição penal, dessa forma, qualquer juiz criminal pode conceder a cautelar de interceptação. É fato que não somente tem que ser juiz criminal, mas também, que seja de sua competência, como exemplo, o crime investigado seja da competência da Justiça Federal e o juiz da Justiça Estadual autorizar essa medida, poderá ser declarada nula. Portanto, devemos observar se o crime é da competência da Justiça Militar da União, Justiça Militar dos Estados, Justiça Eleitoral, Justiça Estadual ou Justiça Federal, assim sendo, o juiz que não tem competência criminal, não está autorizado a permitir interceptação telefônica.

Nesse sentido, quando ocorrer de um juiz incompetente conceder a interceptação telefônica, esta decisão será declarada nula. Entretanto, deve ser

mencionado que nos casos em que as provas existentes até o momento demonstre ser aquele órgão jurisdicional competente para autorizar a interceptação, e que após colhidas novas provas ou fatos supervenientes que modifique a competência da ação principal, a interceptação anteriormente concedida não estará eivada de nulidade, pois ao tempo que foi concedida era ordem legal. Dessa forma, deve ser consideradas válidas as provas até então conseguidas, ainda que posteriormente seja declarada incompetência do juiz que a princípio foi competente. (LIMA, 2016, p. 153).

Após essa análise superficial, entraremos nos requisitos necessários à interceptação telefônica.

5.2.1.1 Houver indícios razoáveis de autoria e participação

Tendo em vista a natureza cautelar da interceptação telefônica, existe a necessidade da presença do *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*.

Neste tópico trataremos da *fumus comissi delicti*, sendo os indícios de autoria e participação. O juiz ao analisar o pedido de autorização da interceptação, vai fazer com base em uma cognição sumária, pois se trata de medida cautelar de urgência, e neste momento não é necessária uma cognição exauriente por parte do juiz, até porque, podemos ter a interceptação em sede de investigação criminal o que demonstra uma cognição sumária dos fatos até então elucidados.

Não seria totalmente errado dizer a necessidade da fumaça do bom direito, uma vez que, é elemento de toda medida cautelar, porém, neste caso o juiz concede ou não com base em elementos que demonstre a prática de um delito, assim, não há que se falar em fumaça do bom direito, considerando-se não haver uma expectativa de direito, pois houve uma transgressão da norma penal que deverá ser punida. Neste caso, a fumaça do bom direito transformou-se em *fumus comissi delicti* (provas reveladoras do cometimento de um delito). (LIMA, 2016, p. 154)

O art. 2º, inciso I da Lei n.º 9.296/96 apenas se referiu a palavra “indícios”, então a medida cautelar será deferida quando houver indício de autoria ou participação em crime, não sendo necessário que para a concessão da benesse o juiz tenha prova cabal sobre a autoria e participação, o que se exigiria uma cognição exauriente, tornando-se assim, inviável a utilização desse meio de prova caso fosse

necessário provas cabais. Portanto, aqui se utiliza da mesma situação quando da decretação da prisão preventiva, qual seja a probabilidade de autoria.

Em complemento, a medida somente se justifica quando houver um crime com indícios de autoria ou participação, não há que se falar em interceptação quando não existir evidência do crime ou da autoria, pois, do contrário, seria autorizado à interceptação telefônica para somente ver se alguma pessoa estaria cometendo ou não algum crime, caracterizando uma grande violação ao direito à intimidade das pessoas. Na lição de Luiz Flávio Gomes (2010, p. 584) “Urge a existência de um fato precedente, fato ocorrido e que esteja sendo investigado (ou sobre o qual já se conta com indícios fortes e evidentes). Só existe interceptação pós-delitual, nunca pré-delitual”.

5.2.1.2 Quando a prova não puder ser realizada por outros meios

No que diz respeito ao segundo elemento da medida cautelar, o *periculum in mora* nada mais é que o possível prejuízo nas investigações ou instruções processuais, caso não seja realizada de imediato por conta de perde-se a prova.

Dessa forma, o art. 2º, inciso II da Lei n.º 9.296/96 foi criterioso em utilizar-se o método da estrita necessidade, pois esse meio de prova somente será realizado de modo excepcional, em último caso.

Como fundamento desse critério estabelecido pela Lei é que o Estado na persecução penal deve utilizar-se meio que menos restrinja a liberdade individual do investigado e eventual terceiro, portanto, antes de conceder a interceptação o juiz deverá verificar se a prova não pode ser colhida por outros meios, que não sendo possível, a medida concedida é legítima. (LIMA, 2016, p. 156)

Destarte, se no momento em que o juiz autoriza a interceptação telefônica não existia, em sede de cognição sumária, qualquer outro meio de obtenção de provas e, depois de realizá-la constata-se que outros meios existiam, não podemos considerar que a prova seria ilícita, haja vista que no momento em que o juiz autorizou não vislumbrava outra hipótese senão essa. Em vista disso, como forma de cautela, o magistrado ao fundamentar sua decisão tem que deixar explícito que não há outro meio de prova a ser realizado. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 176).

5.2.1.3 Crimes punidos com pena de reclusão

Trata-se aqui, de uma opção do legislador em adotar o critério de apenas autorizar a medida em crimes mais graves, punidos com reclusão.

Logo, delitos menos graves punidos com detenção não se admite a utilização da interceptação telefônica.

É claro que essa decisão do legislador não foi a melhor, conforme Pelegrini; Gomes Filho; Fernandes (2011, p. 174), o que era pra ser uma medida excepcional, tornou-se algo amplo e desproporcional. Em outros ordenamentos jurídicos alienígenas, a quebra do sigilo telefônico é prevista em um rol taxativo, no qual contém crimes graves e de menor gravidade.

Nesse sentido, Gomes Filho (1996) apud Lima (2016, p. 157), o correto era adotar que a quebra do sigilo telefônico ocorresse diante da gravidade de alguns delitos ou da forma específica da execução de outros, exemplo, ameaça e injúria com pena de detenção e cometidos por telefone, assim como a contravenção do jogo do bicho.

5.2.2 Aspectos Finais da Interceptação Telefônica

O parágrafo único do art. 2º prevê que sempre deverá ser descrito a situação objeto da investigação, contendo a indicação ou qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. Isso demonstra que não poderia utilizá-la como forma antecipada (pré-delitual) e somente com uma investigação em andamento.

O artigo 5º diz que o prazo da interceptação é de 15 dias, contados do dia em que a medida realizada, prorrogáveis por igual período. Há uma parte da doutrina no qual também me filio, que poderá ser prorrogado quantas vezes forem necessárias, desde que devidamente comprovada sua indispensabilidade e presentes os demais pressupostos de admissibilidade da ordem.

Cabe a autoridade policial ou ao representante do ministério público em fazer o requerimento ao juiz (artigos 3º e 4º).

A não observância de qualquer um dos requisitos previstos em Lei gera as consequências do artigo 10º.

6 A COLABORAÇÃO PREMIADA

Como apresentado no capítulo das organizações criminosas no mundo, é certo que a colaboração premiada, antes chamada de delação premiada, teve inicialmente sua origem nos países da Itália, Espanha, Estados Unidos, haja vista a necessidade de se combater o crime organizado. Na Itália, ocorreu a famosa operação Mão Limpas que foi fundamental no combate as máfias.

No âmbito do direito brasileiro, a primeira lei que tratou expressamente da colaboração premiada foi a Lei 8.072/90, previsto no art. 8º, 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.” Este artigo continua plenamente válido, ressalta-se que agora é tratado como associação criminosa, e terá aplicabilidade quando for praticado crime hediondo.

Após, foi criada a Lei n. 9.034/95, que tratava no art. 6, caput a colaboração premiada para organização criminosa, entretanto, foi expressamente revogada pela nova Lei do Crime Organizado.

Em seguida, a Lei n. 9.080/95 introduziu na Lei do Sistema Financeiro Nacional (7.492/86) e, na Lei dos crimes contra ordem tributária (8.137/90), a confissão como forma de delação premiada prevendo benefícios de redução da pena. Da mesma forma, a Lei de Lavagens de Capitais (Lei 9.613/98) traz a possibilidade de colaboração premiada no art. 1º, §5º, com a redação dada pela Lei n. 12.683/12.

De igual modo, a Lei de Proteção às Testemunhas (9.807/99), trouxe a previsão da colaboração premiada no art. 13, e com possibilidade de conceder o perdão judicial ao colaborador quando cumprido os requisitos da lei.

Tempos depois, a Lei de Entorpecentes, no art. 41 prevê a possibilidade de conceder a redução da pena de um a dois terços, desde que colaborado voluntariamente para a identificação dos sujeitos do crime e na recuperação parcial ou total do produto do crime.

Por fim, a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (12.529/11) que instituiu o acordo de leniência, e caso cumprindo esse acordo é determinada a extinção da punibilidade.

6.1 Conceito e Espécies

O conceito de Colaboração Premiada está previsto no artigo 4º, *caput* da Lei n.º 12.850/13:

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

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

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Podemos extrair que a colaboração premiada é uma forma de investigação ou obtenção de prova, no qual o colaborador de maneira voluntária assume a coautoria ou participação do delito e, cumprindo outros requisitos previstos em lei, tem direito a prêmios, concedidos por ocasião da sentença.

Muitos doutrinadores, ao conceituar a colaboração premiada, dizem exclusivamente que o agente ao confessar seu envolvimento no delito, delata os comparsas, contudo, não é correta essa afirmação, haja vista que existem outros resultados possíveis a atingir, e não somente delatar os comparsas.

Portanto, basicamente, a colaboração premiada nada mais é que um acordo realizado entre Delegado de Polícia ou Ministério Público com o acusado/investigado da prática de determinado crime, que tem como consequência a obtenção de benefícios legais.

O colaborador primeiramente deverá confessar sua coautoria ou participação, e depois deverá colaborar voluntariamente com informações eficazes que ajudem na persecução penal, desde que resulte em um ou alguns dos requisitos elencados acima e assim seja premiado.

As informações trazidas pelo colaborador devem ser importantíssimas para a descoberta dos fatos, ou seja, tem que ser algo inovador cujos órgãos de persecução penal não tenham o prévio conhecimento, pois do contrário, conforme Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 520) “se o acusado se limitar a confessar fatos

já conhecidos, reforçando as provas preexistentes, fará jus tão somente à atenuante da confissão”.

Nesse sentido, já manifestou o Superior Tribunal de Justiça no HC Nº 90.962/SP:

“O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime. Todavia, conforme se observa da leitura do decreto condenatório, a materialidade, as autorias e o desmantelamento do grupo criminoso se deram não só pela confissão do paciente, mas principalmente pelas interceptações telefônicas legalmente autorizadas e pelos depoimentos das testemunhas e dos policiais federais”. (STJ - HC: 90.962/SP 2007/0221730, Relator: Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), Data de Julgamento: 19/05/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/06/2011)

Por fim, a confissão prevista no artigo 65º, inciso I, alínea “d”, como causa atenuante poderá ser cumulada com a colaboração premiada, pois a circunstância atenuante incide na segunda fase de aplicação de pena, e a colaboração premiada com efeito de redução da pena (causa de diminuição), é aplicado na terceira fase.

É importe destacar que, muitos utilizam as expressões “delação premiada e colaboração premiada” como sinônimos ou institutos diferentes.

Para Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 521), delação é diferente de colaboração premiada, pois esta é mais abrangente que aquela, haja vista que a colaboração é gênero e delação é espécie. Assim sendo, podemos ter hipótese de que o acusado confessa o crime e sem delatar terceiros, informando às autoridades a localização do produto do crime.

Nesse sentido, Vladimir Aras (2015) classificou em 4 subespécies a colaboração premiada:

- a) delação premiada (chamamento de corrêu): é aquela em que o agente confessa seu envolvimento e delata os demais comparsas;
- b) colaboração para libertação: o colaborador informa o lugar onde se encontra a vítima sequestrada, colaborando na sua libertação;
- c) colaboração para localização e recuperação de ativos: o colaborador vai fornecer elementos para localização do produto ou proveito do crime e de bens sujeitos a esquemas de lavagens de capitais;

d) colaboração preventiva: é aquela em que o colaborador apresenta informações relevantes a fim de evitar ou impedir a continuidade de um crime.

Portanto, não restam dúvidas de que colaboração não é sinônimo de delação premiada, mas não é só, existem críticas quando à classificação.

O fato de pronunciar o vocábulo “delação”, traz implicitamente críticas quando à constitucionalidade do instituto como será analisado adiante. A delação é uma espécie de traição! Mas é uma alternativa legal e legítima à disposição do réu. A traição vai estar presente não apenas quando delatar os comparsas, mas também, quando revela ao Estado futuros crimes, localização do produto ou da vítima sequestrada, pois os integrantes que compõe a organização criminosa celebram um “pacto” criminoso, e tudo que for feito contra a organização criminosa será uma traição.

Ao contrário, Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 80/81) entende que colaboração premiada é sinônimo de delação premiada, pois o legislador mudou o pronunciamento na tentativa de esconder a verdade, assim como fez com as palavras “favelas, mendigo”, e passou a chamar de “comunidade, morador de rua” como se da noite para o dia, eliminássemos as adversidades sociais e o preconceito no País. Portanto, alteraram o pronunciamento da delação para esconder o significado do instituto - o acusado colabora com o Estado em troca de uma barganha - e mais, a classificação descrita acima, nada mais é que os requisitos à concessão da benesse e, uma leitura apressada dessa classificação poderia levar ao engano de que são espécies autônomas de colaboração, mas na verdade podem ser cumuladas em uma única delação.

De fato, essa classificação dada pela doutrina será relevante saber para fins de concurso público. Para nós, é válido saber que colaboração premiada é gênero e delação premiada é espécie.

6.2 Constitucionalidade, Ética e Moral

Não podemos deixar de comentar as questões sobre a constitucionalidade, ética e moral da colaboração premiada, que parte da doutrina posiciona-se contrariamente e, ao longo dos anos foi objeto de discussão.

Assim sendo, questionam a inconstitucionalidade da colaboração premiada ante a violação do princípio da individualização da pena, pois os réus que

não colaboraram com o Estado receberam uma pena maior do que o delator, ainda que, a conduta daqueles sejam menos reprováveis, caracterizando assim um balcão de negócios. Não é só, também violaria a isonomia material (art. 5º, *caput* da CF), haja vista que os réus com a mesma situação jurídico-penal passariam a ter tratamento diferenciado, diante da maior eficácia negocial de um em relação aos demais, o que não condiz com o fato criminoso em julgamento e às circunstâncias pessoais dos acusados. (SANTOS, 2016, p. 68)

Nesse íterim, os críticos aduzem a violação do devido processo legal substancial (processo justo), pois o Estado se favorece de uma artimanha para demonstrar o acerto de sua pretensão condenatória, o que levaria a inconstitucionalidade.

Nesse sentido, Eugênio Raul Zaffaroni (1996) apud Cunha; Pinto (2016, p. 37): “o Estado está se valendo da cooperação de um delinquente, comprada ao preço da sua impunidade para ‘fazer justiça’, o que o Direito Penal liberal repugna desde os tempos de Beccaria”.

Conforme Bitencourt e Busato (2014, p. 117) não é aceitável premiar a traição do delinquente delator, que no mínimo teve uma relação de confiança com os demais comparsas. O Estado apenas admitiu ser ineficiente no combate ao crime organizado, sendo apenas um resultado da falta de governos dignos ao logo dos anos. Dessa forma, o Estado convida o próprio delinquente para cooperar com as investigações das autoridades, em troca de um prêmio ao traidor. Ademais, é um tanto quanto perigoso obter informações de um traidor, pois não temos a garantia de que as informações prestadas tenham um conteúdo verdadeiro, portanto aquele que é capaz de trair por interesse próprio, é igualmente apto a mentir sobre as informações fornecidas às autoridades.

Há quem diga que não há necessidade da colaboração premiada, ante os institutos da desistência voluntária e arrependimento eficaz (art. 15º do CP) e do arrependimento posterior (art. 16º do CP), além da atenuante da confissão, que já afirmo não ser possível equipará-las à colaboração premiada, haja vista a evidente eficiência da colaboração na persecução penal, mormente para desbaratar organizações e associações criminosas.

Ponderadas algumas críticas sobre o instituto da colaboração premiada, veremos a seguir os posicionamentos favoráveis, e com a devida vênia aos críticos, estes argumentos devem prevalecer.

A colaboração premiada está em consonância com o princípio da individualização da pena, assim como, não há violação ao princípio da proporcionalidade pela aplicação de pena diversa a agentes do mesmo delito, pois a dosimetria da pena leva em conta as circunstâncias pessoais do agente, dessa forma, se um dos agentes é reincidente enseja uma majoração da reprimenda. Ocorre da mesma maneira nos casos de desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior, a atenuante de ser menor de 21 anos na data do fato, a confissão etc., se essas simples causas já alteram a reprimenda imposta, o que se dirá com relação à colaboração premiada em que o agente colabora voluntariamente com os órgãos de persecução penal. Não há outra atitude do Estado, senão a de beneficiar esse colaborador com prêmios legais. “Premiar a delação, portanto, não significa ruptura com o modelo de individualização da pena. Ao contrário, reafirmar-o”. SANTOS (2016, p. 74)

Quanto ao devido processo legal substancial, que caminha através da lealdade processual e boa-fé, ou seja, a atuação das partes do processo deve respeitar a moralidade e a ética, contudo, podemos questionar o seguinte: devemos respeitar a ética dos criminosos? Convenhamos, não existe ética para com criminosos, que criam suas próprias leis; que não respeitam a sociedade em que vivem. Com a devida vênia, não é concebível aceitar a ética para delinquir, o Estado deve dar uma resposta à criminalidade e a sociedade, que não mais tolera a impunidade. Nesse sentido, Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 69):

“[...] o atuar do delator revela-se o mais repugnante de todos, pois, além, de ter atentado contra a ordem jurídica e, por conseguinte, contra a sociedade, considerado o crime perpetrado, volta-se contra os próprios comparsas, protagonizando dupla traição [...]”.

Com efeito, a crítica levantada é com relação apenas ao colaborador delatar seus comparsas, o que demonstraria a conduta imoral e aética, mas vale resaltar que, a colaboração não se resume em delatar parceiros, não é *condicio sine qua non* para ganhar a benesse. Ora, o delator pode colaborar informando o local em que se encontra a vítima, ou ainda, na recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime, sem fazer menção em ambas as hipóteses, dos demais envolvidos na trama delituosa.

Agora, não podemos falar em inconstitucionalidade da colaboração premiada, pois estaríamos excluindo do ordenamento jurídico benefícios e garantias do próprio acusado. Retirar essa possibilidade é retirar do acusado formas de defesas, resultando em um flagrante retrocesso. Aliás, é interesse da advocacia e da Defensoria Pública utilizar da colaboração premiada para conseguir benefícios, casos que não exista outra saída em melhorar a situação do acusado, podendo, inclusive, obter um perdão judicial.

Por fim, a negação à colaboração premiada representa um verdadeiro prêmio ao crime organizado e demais criminosos, pois com a total falta de ética, ofendem os bens jurídicos da sociedade, e o Estado não poderia provocar uma desavença, em razão de não ser moralmente aceitável. Enquanto críticos falam sobre a moralidade, a colaboração premiada é meio de prova mais branda do que a interceptação telefônica, que mesmo ferindo a intimidade e à vida privada, está plenamente válida no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, a colaboração premiada é um meio legal e legítimo utilizado na repressão à criminalidade.

6.3 Natureza Jurídica

A colaboração premiada na Lei nº 12.850/13 veio como meio de obtenção de prova, pois é a partir da colaboração que será deflagradas diligências em buscas das provas que confirmem as informações prestadas pelo agente colaborador.

Assim, num primeiro momento, temos a natureza jurídica de meio de obtenção de provas e num segundo momento como meio de prova. As provas obtidas através da colaboração serão tidas no processo como meio de prova.

É um instituto de natureza mista, pois em determinados momentos a natureza será processual ou material. O acordo de colaboração tem natureza processual, enquanto, os prêmios recebidos são de natureza material.

O STF já decidiu que o acordo de colaboração premiada tem natureza de negócio jurídico processual, realizado entre o acusado/indiciado e o Estado, e sua validade fica condicionada a homologação pelo juiz competente. Contudo, Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 82/83) afirma que se considerar negócio jurídico processual é não abranger em toda sua extensão as consequências

materiais do instituto (os prêmios legais) que dependeria de um prévio acordo com o Ministério Público, ainda que presentes os requisitos para a concessão das benesses.

6.4 Requisitos de Admissibilidade da Colaboração

Os requisitos objetivos para a colaboração premiada estão previstos no artigo 4º e incisos como já foi dito superficialmente em tópicos anteriores, mas agora estudaremos suas peculiaridades.

Os incisos são na verdade resultados da colaboração, e não exige a cumulação de todos, presente um resultado (requisito) já dá direito a benefícios.

O primeiro requisito (inciso I) é a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas. Portanto, o colaborador deve identificar todos os coautores e partícipes da organização criminosa e as infrações cometidas por cada um deles.

Existe a questão posta aqui, é que para haver validade na colaboração, o delator deve somente restringir-se aos fatos contidos na investigação ou processo, ou poderá acrescentar fatos relativos a investigações ou processos diferentes e receber os prêmios legais? A resposta é não, é certo que para obter os benefícios da colaboração, o delator deve referir-se ao crime que está sendo investigado ou processado, e caso faça menção a crimes de investigação ou processos diversos, não terá efeito algum a colaboração.

Com efeito, já foi decidido pelo STF (Inq. 4130 - QO-PR - Rel. Dias Toffoli) que quando o agente fizer menção a outros delitos que não fazem parte da investigação ou processo, será considerado como encontro fortuito de provas, assim como ocorre com a busca e apreensão e a interceptação telefônica.

Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 57) afirma que não é necessário o colaborador conhecer todos os crimes a ponto de esgotar as práticas delitivas, basta que os delitos apontados sejam suficientes para enquadrar todos os membros citados da organização, até porque é irrazoável exigir que o colaborador tenha conhecimento de todos os atos da organização criminosa.

Já o segundo requisito (inciso II) é a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. Este requisito vai mais adiante do anterior, pois presume que não só os nomes sejam apontados, mas, também, a

revelação da hierarquia estrutural e a divisão das tarefas entre os integrantes da organização criminosa.

É fato, que deverá ser ponderado as informações obtidas, pois tratando-se de uma organização criminosa grande não devemos exigir do colaborador todas as informações detalhadas, ademais se sua posição na organização criminosa não for de grande importância, ou seja, for abaixo na hierarquia, provavelmente o colaborador não terá acesso a todas informações. Mas o que realmente importa é que as informações prestadas pelo colaborador sejam eficazes no desbaratamento da organização criminosa.

Segundo nos estudos, o terceiro requisito (inciso III) é quando a informação prestada ajuda na prevenção de infrações penais decorrentes de organização criminosa. Como já foi dito, aqui temos a chamada colaboração preventiva, segundo a classificação dada pela doutrina.

Portanto, vai ocorrer quando as informações prestadas tenham um caráter preventivo para infrações penais. O que interessa é se aquela informação dada foi de fato o que preveniu a ocorrência de um delito. Nesse sentido, Bitencourt e Busato (2014, p.127) “Ou seja, a verificação de que, caso não houvesse determinada intervenção derivada da colaboração, um resultado delitivo se produziria”.

O quarto resultado (inciso IV) é a recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações penais pela organização criminosa. Antes de tudo, devemos estabelecer o que é produto ou proveito. Produto, nada mais é que o resultado auferido de imediato com a prática delituosa; é o resultado do crime, exemplo: objeto roubado; dinheiro conseguido com a prática de corrupção passiva ou com a venda da droga. Já, proveito é o resultado mediato do crime, o produto obtido é transformado ou substituído em proveito, exemplo: com o dinheiro (produto) da venda de drogas comprou veículos e casas (proveito). (LIMA, 2016, p. 530)

Assim sendo, quando das informações prestadas alcançar a recuperação do produto ou proveito, ainda que parcial, o colaborador fará jus a algum prêmio. A lei não fez questão em colocar restrições, portanto, não interessa se o produto ou proveito está com algum integrante da organização ou não. O seu exaurimento não obrigatoriamente compreende nas mesmas pessoas que praticaram o ato.

É importante que o aplicador da norma, principalmente quando se trata de recuperação parcial, antes de conceder os benefícios tenha certeza de que a recuperação parcial vai contentar a vítima.

O quinto resultado (inciso V) possível é a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Então para efeitos de validade da colaboração, não basta que o colaborador indique o local correto, é preciso que a vítima seja encontrada com sua integridade física preservada. Não terá eficácia a colaboração se a vítima escapar do cativeiro, ou for libertada por terceiros.

O legislador deixou claro que a vítima tem que ser encontrada sem nenhuma mudança de natureza corpórea, entretanto, deverá ser ponderado que mero dissabor, pequenos arranhões, dor de cabeça, etc., não obsta a concessão do benefício, pois são ofensas insignificantes.

Por fim, o legislador deixou de mencionar a integridade psicológica da vítima apenas protegendo a integridade física sem motivos plausíveis, pois a análise da integridade física será por meio de exame pericial, e a integridade psíquica também dependeria de uma análise de psicólogos, ambos os exames realizados por peritos.

Para colaboração premiada ter validade, o acusado demonstrará a voluntariedade e assim o juiz homologará o acordo. Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 531) “ato voluntário é aquele que nasce da sua livre vontade, desprovido de qualquer tipo de constrangimento”, ainda que não seja de sua iniciativa, mas que não tenha coerção. Conforme o §7º, do artigo 4º, cabe ao juiz verificar a voluntariedade do acordo de colaboração, e caso seja necessário poderá ouvir o réu colaborador sigilosamente, antes de homologar o acordo.

Além disso, a colaboração deve ser eficaz, ou seja, para que o colaborador tenha direito aos prêmios legais, suas declarações prestadas devem dar causa a um dos possíveis resultados já expostos e, que sem essa informação não seria possível alcançar esse resultado. É fato que a análise da eficácia se dá em momento posterior com o desenvolvimento das investigações e a valoração das declarações.

Nessa lógica, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 533) esclarece que legitimada a eficácia da colaboração, constitui direito subjetivo ao réu colaborador. O art. 4º, *caput* da Lei 12.850/13 menciona “o juiz poderá (...)” dá entender que o juiz tem a faculdade de conceder ou não os prêmios legais, mas deve ser entendido que

uma vez preenchido os requisitos da colaboração premiada, é medida que se impõe. O que fica a critério do juiz é o prêmio legal a ser concedido para o réu colaborador, conforme a gravidade do delito, importância das informações prestadas, relevância da lesão causada e sua participação no crime.

Vistos os requisitos objetivos, passamos, então, a análise dos requisitos subjetivos, que devem ser sopesados cumulativamente, previstos no art. 4º, §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.”.

A primeira questão é a “personalidade” e conforme Cleber Rogério Masson (2014, p. 675) “É o perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não o caráter voltado à prática de infrações penais”.

Nesse sentido, Guilherme Souza Nucci (2014, p. 425) define a personalidade como um “(...) conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. Exemplos: agressividade, preguiça, frieza emocional, sensibilidade acentuada, emotividade, passionalidade, bondade, maldade”.

Com efeito, é um absurdo o legislador colocar como requisito de admissibilidade da colaboração a personalidade do agente, ora, se o agente é integrante de uma organização criminosa, é fato que personalidade boa não ostenta. Utilizar desse critério para admitir a colaboração premiada é uma flagrante inconstitucionalidade da norma.

Poderíamos pensar que esse “filtro” da personalidade, caso fosse admitido, serviria, tão somente, para definir quem pode ou não fazer acordos de colaboração premiada, no qual pessoas de alta influência no poder seriam beneficiadas, enquanto, as que não têm prestígio na sociedade seriam impedidas de tal benesse.

Ademais, nos termos do artigo 59 do Código Penal, a personalidade do agente é aferível para fixação da pena-base, dessa maneira, podemos entender que essa personalidade seria aferível para determinar qual sanção premial teria direito o réu colaborador.

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal já manifestou sua interpretação do caso:

“Em verdade, a personalidade do agente constitui vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração, notadamente a escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz, na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13).” (HC n. 127.483- PR - Rel. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, Dje 03.02.2016)

Com relação à natureza, deve ser observada a espécie do crime praticado (contra vida, honra, liberdade, administração pública, etc.). As circunstâncias que o legislador se refere é a forma como foi praticado o crime, o tempo, a atitude durante e após a prática do crime, o que eventualmente foi utilizado para cometer a infração penal.

Já a gravidade e a repercussão do fato criminoso são expressões acrescentadas pelo legislador, que não havia na Lei nº9.034/95, assim sendo, se o agente praticasse um crime grave e delatasse seus comparsas, teria direito a uma pena corporal reduzida de 1/3 a 2/3, independente do estado da vítima, viva ou morta. Então, agora com a nova LCO não há mais essa possibilidade, pois a gravidade do crime será analisada e pode impedir eventual colaboração.

Vejamos o exemplo citado por Cunha; Pinto (2016, p. 50):

“[...] a mera recuperação do produto do crime e mesmo a identificação dos demais membros (para ficarmos com dois exemplos), por si só não recomendam, de pronto, a homologação do acordo de colaboração premiada. Feriria o bom senso que a singela delação dos comparsas ou a devolução do dinheiro obtido no sequestro, tendo a vítima morrido em virtude do crime, pudessem propiciar tamanha sorte de benefícios ao colaborador”.

Portanto, todos esses requisitos serão analisados cumulativamente, podendo ou não impedir eventual colaboração premiada.

6.5 Legitimidade para Realizar o Acordo

Questão muito discutida na doutrina é a legitimidade para realizar o acordo de colaboração premiada, previsto no art. 4º:

“§ 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)”.

“§ 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.”

Fazendo uma simples leitura dos parágrafos citados, podemos entender que na fase do inquérito o delegado de polícia, com a manifestação do *Parquet*, poderá representar ao juiz a concessão do perdão judicial ao colaborador. Já o Ministério Público na fase do inquérito ou processual, poderá requerer ao juiz a concessão do perdão judicial ao colaborador.

O §6º confirma esse entendimento, que o acordo de colaboração será realizado pelo delegado de polícia ou membro do Ministério Público.

Entretanto, há argumentos que advogam em sentido contrário ao da lei, inclusive, afirmando a inconstitucionalidade desses parágrafos citados, como se verá adiante.

Já Bitencourt e Busato (2014, p. 122/124), explica que não é admissível o delegado realizar o acordo de colaboração e representar pelo perdão judicial, a uma, pois o titular da ação penal é exclusivamente o Ministério Público, conforme o art. 129, inciso I da Constituição Federal, e cabe a ele o direito de dispor da persecução penal, através da valoração das provas obtidas; a duas, uma vez que o delegado assumiria o papel de parte no processo penal, no qual a negociação com o acusado poderia refletir diretamente na pretensão punitiva do Estado e o membro do *Parquet* não atuaria como parte principal, e sim, com uma simples manifestação.

Nesse sentido, Eduardo Araujo da Silva (2014, p. 60) cita o exemplo de que ao aplicar o entendimento legislativo, corre-se o risco de possivelmente o *Parquet* manifestar-se oposto ao acordo celebrado pela autoridade policial e o magistrado, por seu turno, homologá-lo, vinculando sua decisão final. Assim sendo, o delegado de polícia estaria dispondo da aplicação sanção penal ou do *jus puniendi* estatal, através do perdão judicial.

Partilhando o entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 551), o juiz não poderia homologar o acordo feito exclusivamente pelo delegado de polícia, sem a manifestação do Ministério Público. Dessa forma, deverá ouvir o membro do *Parquet* e, manifestando-se favorável com o acordo realizado entre

acusado e autoridade policial, este poderá ser homologado, pois a ratificação é como se o próprio Ministério Público tivesse feito o acordo.

Assim sendo, a problemática que podemos observar, gira em torno do acordo celebrado pelo delegado de polícia e mesmo com a manifestação contrária do Ministério público, o juiz deferir a homologação.

Com efeito, o delegado tem como uma de suas atribuições, representar pela decretação da prisão preventiva, inclusive na Lei Maria da Penha, ou pela prisão temporária, por exemplo. Assim, poderia ser incluída a representação para concessão do perdão judicial como uma de suas atribuições, posto que, a lei somente autorizou em fase de inquérito, típico trabalho de caráter investigatório da atividade policial. Importante observar, que o juiz pode independe da representação ou requerimento, conceder a medida de ofício, por ocasião da sentença.

O legislador citou a aplicação do art. 28 do Código de Processo Penal “no que couber”, é de conhecimento que a aplicação desse artigo é para casos em que o Ministério Público, requerendo o arquivamento do inquérito policial, e, o juiz indeferindo, fará remessa ao Procurador Geral de Justiça.

Destarte, que ainda não sabemos ao certo qual a hermenêutica razoável para aplicar em um caso concreto, mas Cunha; Pinto (2016, p. 56) traz uma hipótese coerente, senão vejamos:

“Assim, para o caso do delegado representar, e o ‘*parquet*’ discordar da manifestação, o juiz, ao invés de decidir de plano, remeteria os autos ao Procurador-Geral, a quem cumpriria dar a palavra final. Caso concorde com a sugestão da autoridade policial, fica o juiz liberado para a homologação do acordo de colaboração. Caso o chefe do ‘*parquet*’ acompanhe o colega de 1º grau, estaria definitivamente afastada a possibilidade de concessão do favor legal.”

Portanto, com a devida vênia, aos argumentos dos nobres doutrinadores, devemos entender que a autoridade policial é legítima a fazer acordo de colaboração premiada e representar ao juiz pela concessão de perdão judicial, na forma da lei. Os órgãos de repressão estatais, Polícia e Ministério Público, devem trabalhar juntos no combate ao crime organizado, e deixar de lado as vaidades e picuinhas.

É necessário resaltar que, mesmo o delegado de polícia ter legitimidade para celebrar acordo, não quer dizer que este tem capacidade postulatória, são coisa distintas. Não é possível, conceber alguém com capacidade

postulatória se este não poderá recorrer de eventual decisão prejudicial, por exemplo, a autoridade policial representa ao juiz, que indefere seu pedido. Seria possível recorrer dessa decisão? A resposta é não, já que o art. 577 do Código de Processo Penal não vislumbra a possibilidade de recurso à autoridade policial.

Com relação ao Assistente de Acusação, entendemos que não teria legitimidade para fazer o pedido de perdão judicial, haja vista que sua existência precede a existência de uma “ação pública”, nos termos do art. 268 do Código de Processo Penal, portanto, na fase investigatória não há sua figura. Já na fase do processo judicial, sua intervenção para pedir perdão judicial não seria possível, posto que não se encontra previsto em lei esse tipo de atribuição, conforme o art. 271 do Código de Processo Penal, além disso, a maior finalidade do assistente de acusação é alcançar uma sentença penal condenatória, capaz de conceder a execução no cível.

Por fim, no caso de ação penal privada subsidiária da pública, o particular, em tese, tem legitimidade para oferecer a queixa-crime quando da omissão do Ministério Público, nos termos do art. 29 do Código de Processo Penal. Assim sendo, terá legitimidade para apresentar o pedido de perdão judicial, que estará sujeito à apreciação do Ministério Público, a quem cabe intervir em todos os termos do processo. (CUNHA; PINTO, 2016, p. 53)

6.6 Da Atuação do Juiz no Acordo

Preceitua o disposto no art. 4º, § 8º:

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

O §6º, do artigo 4º descreve que “o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração”. Posto isso, é prudente que o magistrado não participe das negociações para que não influencie no seu futuro julgamento. Ora é possível que as informações prestadas pelo colaborador não sejam eficazes, a ponto de inviabilizar o acordo celebrado, dessa forma, o juiz que participou desde o início das tratativas vê-se frustrado e com sua convicção abalada através das informações prestadas pelo colaborador.

Com efeito, se o magistrado interferisse nas negociações do acordo estaria comprometendo sua imparcialidade no julgamento e a violação do sistema acusatório.

Partindo da premissa que o magistrado não pode participar das negociações do acordo, tem-se na lei (§8º, artigo 4º) que “o juiz poderá recusar a homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto”. Criou-se na doutrina uma grande confusão, pois a premissa é que o juiz não intervenha nas negociações, mas poderá recusar a homologação e adequar o acordo? Além disso, a lei não trouxe qual recurso cabível contra recusa em homologação do acordo.

É realmente um problema o que o legislador fez, mas diante disso poderemos extrair alguns possíveis entendimentos para que dê sentido e validade à Lei.

In initio, podemos observar que o legislador no §7, fez menção a “*termo*” e o dispositivo em apreço, usa a expressão “*proposta*”, situações diversas. A proposta está mais para os prêmios que poderão ser concedidos ao réu colaborador, ou seja, o magistrado deve estar de acordo com o prêmio a ser concedido e que não inclua qualquer outra condição não prevista em lei.

O magistrado, após as tratativas do acordo, e analisando que falta algum dos requisitos necessários para validar o acordo, não terá outra atitude senão a de recusar a homologação.

Os requisitos legais que são citados na lei, são os do artigo 4º, incisos I a IV e artigo 4º, §1º, que tratam dos requisitos de admissibilidade objetivo e subjetivo. Além disso, deverá seguir as formalidades presentes no art. 6º incisos I a V e, caso não cumpridas é plenamente justificável o magistrado não homologar o acordo.

Na verdade, dificilmente o magistrado não vai homologar o acordo, em razão dos requisitos subjetivos, até porque a personalidade do agente serve como vetor para valorar qual a sanção premial que fará jus o réu colaborador e, não para efeitos de homologação.

Com relação à possibilidade do juiz imiscuir-se nas tratativas, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 552) aduz que o juiz em hipótese alguma deve intervir-se nas negociações pertinentes ao acordo, “sob pena de evidente violação ao sistema acusatório e à garantia da imparcialidade”. Nesta hipótese, com a recusa da

homologação, cabe às partes interessadas realizarem um novo acordo e apresentar novamente ao juiz.

Ao Contrário, Eduardo Araújo da Silva (2014, p. 67) diz que o magistrado poderia adequar o acordo, desde que, se restrinja a observância dos requisitos legais, sem adentrar ao mérito. E ainda, quando o juiz se recusar a homologar o acordo, deverá utilizar a hipótese do §2, art. 4º, notadamente da parte em que o juiz faz remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, porquanto “o pedido de homologação por parte do órgão responsável pela acusação equivale ao arquivamento da acusação”.

O ilustre membro do MPF Andrey Borges de Mendonça (2013, p. 24) explica que a possibilidade de aplicar o art. 28 do CPP, somente seria possível no caso do Ministério Público pedir o arquivamento dos autos, ou seja, quando houver acordo de imunidade (art. 4, §4º), e fora dessa hipótese, as partes deveram recorrer da decisão de não homologação, sendo o recurso cabível, a correição parcial.

No que diz respeito ao recurso cabível contra decisão que não homologa o acordo de colaboração, Eugênio Pacelli (2014, p. 868) e Renato Brasileiro de Lima no mesmo sentido:

“Embora não se trate de decisão que rejeite (não receba) a denúncia ou queixa, não restam dúvidas que haverá rejeição de iniciativa postulatória do órgão da acusação, a merecer a aplicação da norma contida no art. 581, I, CPP, por analogia.”

De outro lado, Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 133) demonstra que o recurso cabível é apelação residual, nos termos do art. 593, inciso II do CPP, em consentimento com a transação penal, conforme o art. 76, §5º da Lei 9.099/95. A decisão que homologa o acordo tem força definitiva, sendo incabível utilizar do recurso em sentido estrito. Ademais, não pode utilizar essa analogia para criar uma nova hipótese de recurso em sentido estrito que tem o rol taxativo.

De qualquer forma, os recursos têm prazo de interposição de 5 dias, e existindo dúvida doutrinária em qual utilizar, cabe aos Tribunais a adoção do princípio da fungibilidade (art. 579 do CPP).

Podemos concluir que há quem entenda que o juiz não pode adequar a proposta ao caso concreto, sob pena de violação do sistema acusatório e garantia da imparcialidade devendo as partes celebrar uma nova proposta, assim como, há o

entendimento que é possível o juiz adequar o acordo, desde que, se limite aos requisitos legais. Já com relação à possibilidade de recorrer da decisão que não homologa o acordo, há os entendimentos doutrinários que seria possível utilizar do recurso em sentido estrito, apelação ou a correição parcial que seria uma forma de retratação do acordo pelas partes.

Pois bem, partindo-se da premissa que o acordo de colaboração esteja em ordem, caberá ao juiz homologar, contudo, observamos o §7º do art. 4º:

“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.”

Cabe ao juiz verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade, do acordo de colaboração. Observe que, nesse ato decisório não será analisado o mérito, a homologação apenas fortalece a possibilidade de direito à premiação, não a tornando certa, cujo momento se dará por ocasião da sentença, a dispor do §11º, do art. 4º “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia”.

Deve o juiz limitar-se apenas na análise de vícios formais, que atingem a voluntariedade da colaboração. Desse modo, por exemplo, não podemos considerar viciada a voluntariedade do colaborador em razão de estar preso cautelarmente, por ordem escrita e fundamentada de juiz competente. A voluntariedade importa em ausência de coerção, e a medida cautelar decretada não pode ser justificativa a obtenção de colaboração premiada.

Considerando, o exemplo acima, a voluntariedade achando-se viciada, e, portanto, fundamenta a anulação da colaboração e das provas que dela derivam, salvo, se o colaborador ratificá-la, pois não há como garantir que se o acusado estivesse em liberdade apontaria sua vontade nesse sentido, a menos, que ele ratifique-a. (SANTOS, 2016, p. 132)

Para efeitos de verificar a voluntariedade, o juiz pode sigilosamente, ouvir o colaborador na presença de seu defensor. Nota-se que o legislador acertadamente não faz referência à presença da autoridade que propôs o acordo (Ministério Público ou Delegado de Polícia), haja vista a presença deles provavelmente constrangeria o colaborador e, sentindo-se intimidado não revelaria os verdadeiros motivos que o levaram a colaborar.

Feitas essas considerações, falaremos algumas questões sobre a homologação do acordo.

Acerca da homologação do acordo de colaboração, a nosso saber, será sempre importante fazê-la (preenchidos os requisitos) para dar uma maior segurança e garantia ao colaborador, pois ao firmar o acordo de colaboração, àquele adota um comportamento contrário dos criminosos, e assim poderá sofrer represálias.

É nesse sentido, que se manifestou o Supremo Tribunal Federal, vejamos o julgado:

“Daí porque, ao negar ao delator o exame do grau da relevância de sua colaboração ou mesmo criar outros injustificados embaraços para lhe sonegar a sanção premial da causa de diminuição da pena, o Estado-juiz assume perante ele conduta desleal. Em contrapasso, portanto, do conteúdo do princípio que, no caput do art. 37 da Carta Magna, toma o explícito nome de moralidade.” (HC 99.736, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 27-4-2010, Primeira Turma, DJE de 21-5-2010.)

A homologação do acordo, não gera de imediato o direito subjetivo do colaborador, tampouco, um mero poder discricionário do juiz. Portanto, somente podemos considerar direito subjetivo do colaborador quando “sua colaboração for efetiva e produzir os resultados almejados, ante a incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança” (STF- Inqn. 4130 - QO-PR - Rel. Dias Toffoli, j. 27.08.2015, Dje 03.02.2016). Assim, não será uma mera discricionariedade do juiz em atribuir o prêmio legal se houver direito público subjetivo do colaborador.

O ilustre doutrinador, Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 84) exemplifica:

“É indiscutível que, concretizados os resultados pretendidos com a cooperação, a premiação é direito público subjetivo do delator. Contudo, afiançar que o colaborador, inarredavelmente, fará jus à benesse ‘estipulada’ é um salto descomunal, porquanto, na homologação, o juízo não avalia o mérito, o que inclui a adequação ou não do prêmio ajustado, considerando o princípio da suficiência da pena.”

Não obstante, o réu colaborador fará jus a receber a sanção premial ainda que não exista o acordo (sua homologação), por exemplo, quando em fase de inquérito policial o preso preventivamente se presta a informar o local em que se encontra a vítima sequestrada, sendo localizada com sua integridade física

preservada. Ou ainda, quando integrante de organização criminosa colabora disponibilizando informação que preveniu a ocorrência da infração penal. Assim sendo, foi comprovada a efetividade e o resultado alcançado da colaboração, perfazendo direito subjetivo do réu colaborador que será apreciado por ocasião da sentença condenatória.

Portanto, podemos extrair que a homologação do acordo de colaboração não é *condicio sine qua non*, para fazer jus aos benefícios da colaboração premiada, trata-se apenas de uma formalidade que confere maior segurança e garantia ao colaborador, até porque é passível de outorga pelo magistrado quando presentes os requisitos. Da mesma forma se houver homologação do acordo e este for eficaz, perfaz direito subjetivo do colaborador não sendo uma faculdade do juiz na concessão do prêmio legal.

Aliás, ainda que fosse homologado, é passível de retratação das partes, nos termos do §10º do art. 4º, como será comentado em momento oportuno.

6.7 O Sigilo e a Publicidade do Acordo

Reza o artigo 7º da Lei nº. 12.850/13:

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 que 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.

Trata-se do sigilo do acordo de colaboração, que deverá ser distribuído ao juiz competente, observado as regras de organização judiciária, tornando prevento aquele juízo, se por outro motivo já não se encontrar prevento. No processo penal, a prevenção do juízo pode ser determinada por qualquer ato praticado relativo à infração, seja anterior ou posterior à denúncia ou queixa.

Com relação à distribuição do pedido de homologação do acordo de colaboração, nem sempre será necessário procedê-la, uma vez que, é possível que algum juízo igualmente competente já tenha realizado algum ato decisório precedente ao pedido de homologação do acordo, tornando-se prevento para a causa.

Fixada a competência, segue-se o preceito do §1º, então serão dirigidas as informações pormenorizadas da colaboração ao juiz, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Em continuação, o §2 do referido diploma legal, dispõe que, somente terá acesso ao acordo de colaboração o juiz, o Ministério Público e o delegado de polícia, assegurando-se ao defensor, o amplo acesso aos autos, desde que autorizado judicialmente, ressalvadas as diligências em andamento ou que serão realizadas.

Percebe-se que o legislador não foi claro ao dizer sobre o acesso do defensor, estaria ele fazendo alusão ao defensor do réu colaborador ou dos demais delatados? Observamos a prima face, que fez referência ao defensor dos demais membros da organização criminosa, haja vista o defensor do colaborador deve estar presente em todas as negociações inerentes à realização do acordo, sob pena de nulidade, nos termos do art. 4º, §15º do mesmo diploma legal.

A autorização judicial que concede acesso do defensor é apenas quanto às provas que se encontram nos autos e diligências finalizadas, permanecendo o sigilo das diligências em andamento ou que ainda não se iniciaram.

É importante consignar que, o sigilo conferido ao acordo de colaboração serve para garantir a eficácia da colaboração, pois com a publicidade pode acontecer das diligências necessárias para a comprovação das informações prestadas pelo colaborador restarem prejudicadas, e, desse modo, afetaria todo acordo celebrado. A homologação não confere de imediato à publicidade do acordo, uma vez que, se houver diligências investigativas o sigilo deve ser mantido até que sejam cumpridas.

Além disso, devemos corroborar com o artigo 23º do mesmo diploma legal:

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.

Trata-se do sigilo das investigações, formando assim um completo e restrito acesso desde a investigação até o recebimento da denúncia garantindo a eficácia das diligências. Assim, por exemplo, com a publicidade do acordo, os integrantes verificam que foram indicadas suas contas no exterior, produto da corrupção, dessa forma, poderiam fazer desaparecer o dinheiro, prejudicando toda a colaboração.

Com essa mesma razão, o dispositivo em questão está em conformidade com a Súmula Vinculante nº 14:

“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.”

Podemos observar que a súmula é bem explícita ao dizer que o acesso do advogado restringe-se às provas já documentadas nos autos.

Colacionamos o julgado da nossa Corte, que afirma a constitucionalidade da lei:

“Enquanto não instaurado formalmente o inquérito propriamente dito acerca dos fatos declarados, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estão sujeitos a estrito regime de sigilo. Instaurado o inquérito, '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' (art. 7º, § 2º). Assegurado, como assegura, o acesso do investigado aos elementos de prova carreados na fase de inquérito, o regime de sigilo consagrado na Lei 12.850/2013 guarda perfeita compatibilidade com a Súmula Vinculante 14.” (Rcl 22009 AgR, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 16.2.2016, DJe de 12.5.2016)

Nesse íterim, há de ser observado o disposto no artigo 7, inciso XIV do Estatuto da OAB “Examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade (...)”. Através desse artigo citado, haveria uma grande contradição sobre a possibilidade

de sigilo das investigações em andamento, porém o §11º do mesmo dispositivo, traz a seguinte exceção:

“No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.”(Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade da lei, que como observamos está em harmonia, tanto com súmula vinculante do STF quanto lei infraconstitucional.

Na sequência dos estudos, o §3º nos remete a ideia que o acordo tornar-se-á público, assim que recebida à denúncia.

Dessa forma, com o recebimento da denúncia será conferido ao defensor o contraditório e a ampla defesa. Trata-se do contraditório diferido assim como ocorre nas interceptações telefônicas após o termino das diligências.

Ademais, devemos fazer ressalva ao art. 5º em pese à publicidade do acordo de colaboração, deve ser observado que as medidas de proteção do colaborador persistem.

Nos noticiários podemos observar que essas medidas de proteção ao colaborador não são garantidas. No momento em que é recebida a denúncia temos ciência dos termos de declaração, da qualificação do delator e demais informações pessoais.

Não ocorre apenas quando já recebida à denúncia, mas também, acontece de vazar informações ainda em fase de inquérito durante a realização de diligências e, com a divulgação dessas informações por meio das comunicações em massa, seja internet ou televisão, todas são divulgadas com sensacionalismo.

Nesse sentido Luiz Flávio Gomes (2015, p. 345):

“a revelação do acordo de colaboração antes do recebimento da denúncia às CPIs poderia gerar grave risco ao próprio direito subjetivo do réu colaborador, que pretende alcançar com tal acordo alguns dos resultados premiais previstos no art. 4º da Lei 12.850/13”.

Assim sendo, nos casos em que vaza as informações do colaborador, devemos puni-los com base no art. 18 da Lei nº 12.850/13.

Podemos concluir que, durante a fase de inquérito, as diligências em andamento e o acordo de colaboração serão sigilosos, podendo o defensor ter

acesso às provas que já estão nos autos. Após o recebimento da denúncia, dar-se-á publicidade ao acordo.

6.8 Direitos do Colaborador

O artigo 5º da Lei nº 12.850/13, dispôs sobre os direitos do colaborador, senão vejamos:

“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.”

O primeiro direito (inciso I) é a proteção conferida de outras leis específicas, como a Lei nº 9.807/99 chamada de lei de proteção às testemunhas. No artigo 1º aduz a finalidade sendo atribuídas aquelas que “(...) estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal (...)”.

Esta lei prevê inúmeros meios de proteção que podem ser utilizados isoladamente ou cumulativamente, como o artigo 7º prevê, dentre outras, as seguintes medidas: a) segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; b) escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; c) transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; d) preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

Da mesma forma, o artigo 9º suscita que em casos excepcionais, mediante autorização judicial, a alteração de nome completo que poderá estender-se “cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual”.

É assegurado ao colaborador que se encontrar preso cautelarmente, a custódia em separado dos demais presos. Em caso do cumprimento da reprimenda

em regime fechado será adotado medidas de segurança ao colaborador, em relação aos demais detentos, nos termos do artigo 15º.

Por fim, é garantida a prioridade na tramitação do inquérito ou processo criminal em que há réu-colaborador, artigo 19-A.

Deverá ser preservado seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais (inciso II). O nome do colaborador será difícil preservar, pois os demais delatados poderão ter acesso aos autos, com autorização judicial. Mas em relação ao público em geral há a possibilidade de preservar.

É direito do colaborador ser conduzido separadamente dos demais coautores ou partícipes, em face do risco à sua integridade física (inciso III).

Durante a realização de audiências, é assegurado ao colaborador não manter contato visual com os outros acusados. Ocorre dessa forma, por analogia ao artigo 217 do CPP em que se protege a testemunha ou o ofendido. Deve ser assim para que não tenha pressão psicológica ao colaborador, não sofrer retaliações, intimidações durante o depoimento. Poderá ocorrer a audiência por videoconferência sendo admitido a distorção da imagem. O juiz ainda poderá pedir ao réu se retirar da sala, mas quando houver a impossibilidade do contato visual por outros meios (inciso IV).

Os meios de comunicação é algo que vai a desfavor do colaborador, pois divulga informações pessoais, e os termos da colaboração. É um direito fundamental a liberdade de expressão e imprensa, entretanto não é absoluto quando a exposição colocar em risco a vida do colaborador e de seus familiares, devendo então respeitar a legislação infraconstitucional do inciso V.

Por fim, é direito do colaborador cumprir sua reprimenda em estabelecimento penal diverso dos demais corréus. Não teria sentido se assim não fosse, ora, estaria correndo sério risco de vida diante desse pouco caso do Estado, que após o colaborador ajudar com a justiça, deixa-o a mercê da sorte (Inciso VI).

6.9 As Sanções Premiais ao Colaborador

Vamos analisar os prêmios legais que o colaborador poderá fazer jus, ainda que, sem um acordo formalizado como vimos anteriormente que cumpridos os requisitos exigidos é direito público subjetivo do colaborador a sanção premial, vejamos:

a) Diminuição da pena: a lei prevê que será diminuída a pena em até 2/3 (dois terços), contudo, não estabeleceu o quanto mínimo de decréscimo da pena. Em outros dispositivos legais sempre foi previsto o mínimo de 1/3 (um terço), e com a Lei do Crime Organizado o legislador omitiu. Assim sendo, para não causar uma insegurança ao colaborador em ter uma diminuição irrisória na pena, deve ser considerado o mesmo patamar que nos outros dispositivos legais, ou seja, diminuição de um a dois terços.

Há ainda a diminuição prevista no artigo 4º, §5º que será reduzida a pena até a metade, quando a colaboração é feita após a sentença condenatória, que desde já opino pela inconstitucionalidade desse parágrafo, comentaremos no tópico seguinte.

b) Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos: essa outra forma de prêmio legal que pode ser concedido ao colaborador. As penas restritivas de direitos estão previstas no artigo 43 do Código Penal, tais como: prestação pecuniária; perda de bens e valores; limitação de fim de semana; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana. Vale resaltar que, o legislador não condicionou a concessão do benefício com a observância do artigo 44 do CP, portanto, não deve ser utilizada como parâmetro para a obtenção do benefício, haja vista que é regra geral aplicado de forma autônoma aos delitos. O que de fato o legislador quis, foi a aplicação especial de pena restritiva de direito como um prêmio legal decorrente da colaboração.

c) Perdão judicial: poderá o juiz conceder o perdão judicial como extinção da punibilidade, assim, ao verificar que o colaborador teve um papel fundamental para desbaratar a organização criminosa e obteve vários resultados com suas informações prestadas, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá conceder a benesse.

6.10 Aspectos Finais da Colaboração Premiada

Neste tópico abordarei algumas considerações pertinentes da lei, e para um melhor entendimento dos assuntos, separei por letras cada assunto.

a) Da colaboração premiada após sentença condenatória: com previsão no artigo 4º, §5º “Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá

ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos”. A lei trouxe a possibilidade de celebrar o acordo de colaboração premiada após a sentença condenatória e, sem maiores delongas, já adianto que esse artigo é inconstitucional, por violar o preceito do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal que explicitamente prevê que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Convenhamos, não é aceitável que uma sentença condenatória transitada em julgado seja rediscutida por conta da colaboração premiada, violando a coisa julgada. BITENCOURT; BUSATO (2014, p. 129)

Aos doutrinadores que admitem essa hipótese, aduzem que a colaboração será feita em sede de execução penal como “incidente”, pelo juízo da execução, nos termos do artigo 66, inciso I da Lei de Execução Penal. Até por isso, um dos benefícios decorrentes dessa colaboração ocorre em fase de execução penal, que é a progressão de regime concedida mesmo que não tenha cumprido os requisitos objetivos do art. 112 da mesma Lei ou art. 2º, §2º da Lei de Crimes Hediondos e, independentemente se há falta disciplinar de natureza grave que interrompe o lapso da contagem da pena para fins de progressão de regime, conforme súmula nº 534 do STJ.

Como podemos vislumbrar a hipótese de colaboração, se durante todo o processo o réu não teve interesse em colaborar com a justiça e, após ser condenado vê que não tinha mais possibilidade de ter uma reprimenda menor, decide fazer o acordo de colaboração, ora, podemos dizer que precluiu seu direito ante a formação da coisa julgada.

Alguns poderão dizer que a coisa julgada pode ser relativizada, ou seja, não é absoluta, e já afirmo que pode ser relativizada, mas nas hipóteses prevista em lei, como exemplo o artigo 416 do CPP, quando surgir uma causa que modifique a classificação jurídica do crime objeto de pronúncia. Ou ainda, a sentença pode ser alterada por meio de revisão criminal disposto no art. 626 do CPP, nos casos em que houver erro judiciário quando réu é condenado a uma infração penal e depois foi comprovada a existência de causa que modifique a classificação do crime, mesmo que diminua a pena. De qualquer forma, isso é utilizado de modo excepcional o que não se verifica em tardia colaboração do réu. (CUNHA; PINTO, 2016, p.69)

Vale resaltar que, esta hipótese do §5º obviamente é diferente do acordo realizado durante a fase processual e após a sentença condenatória houve recurso de apelação.

Assim sendo, opino pela inconstitucionalidade da referida norma, ante a violação da coisa julgada, não sendo possível, neste caso, utilizar de revisão criminal para atacar a sentença condenatória transitada em julgado,

b) Suspensão do prazo para oferecimento da denúncia ou do processo, e do respectivo prazo prescricional: disposto no artigo 4º, §3º, aduz que quando houver diligências que demandem um pouco mais de tempo para serem cumpridas e, dessa forma comprovar a eficácia da colaboração, o prazo para oferecimento da denúncia ou o processo serão suspensos (sobrestados).

É um prazo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, sendo de qualquer forma autorizado mediante decisão judicial. Caso o juiz não defira o pedido de prorrogação do Ministério Público, deverá remeter ao Procurador Geral de Justiça, nos termos do artigo 28 do CPP. Assim sendo, caso se oponha ao pedido de prorrogação nomeará outro membro do Ministério Público para oferecer a denúncia. Se por outro lado apoiar ao pedido inicial, ao juiz não restará alternativa, senão a de prorrogar o prazo. (CUNHA; PINTO, 2016, p. 59)

De maneira inteligente, Rogério Sanches Cunha (2016, p. 60) aventa a hipótese do caso em que o juiz não acolhe o pedido inicial de suspensão sem aplicar o artigo 28 do CPP. É coerente, pensar na hipótese de recurso em sentido estrito por analogia ao artigo 581, inciso XVI do CPP “que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial”. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o recurso em sentido estrito é cabível contra decisão que concede ou denega suspensão condicional do processo, ante a falta de regulamentação legal.

Ao contrário, Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 142), advoga no sentido de que não é cabível recurso em sentido estrito, pois como se sabe o rol do artigo 581 do CPP é *numerus clausus* e não poderia criar novas situações sem previsão legal. Relata que não cabe analogia no inciso XVI tendo em vista que cumprir as medidas da colaboração não é uma questão prejudicial, aliás, neste momento ainda se quer temos processo, pois a suspensão poderá ser em relação a oferta da denúncia, fase pré-processual que não suspende persecução alguma. Por

fim, trouxe como possível solução do caso apenas a correição parcial ou a reclamação.

Certamente, se o colaborador estiver preso cautelarmente a prorrogação do pedido de suspensão pode ser um obstáculo, dessa forma, para não haver constrangimento ilegal é passível de HC, o juiz deverá relaxar a custódia que poderá vir acompanhada ou não de outras medidas cautelares diferentes das privativas de liberdade, como se observa no artigo 319 do CPP.

Outrossim, nos releva a importância da suspensão do prazo prescricional, ora, apensar de ser algo desfavorável ao colaborador é razoável que assim seja, porquanto, é do interesse do colaborador ver concretizada a eficácia de sua colaboração e obter algum prêmio legal já que foi seu vontade utilizar de meio de defesa. Por outro lado, é uma segurança ao Estado, evita que o colaborador tenha sua pena extinta se sua colaboração for ineficaz e carente de sinceridade.

Para elucidar o momento em que pode ocorrer a suspensão da oferta da denúncia, nos parece que é após a homologação do acordo de colaboração que a partir daí, serão deflagrados as diligências necessárias para aferir a eficácia, lembrando que será mantido o sigilo do acordo, pois ainda não houve recebimento da denúncia artigo 7º, §3º.

Podemos concluir que cabe a jurisprudência firmar o entendimento do recurso cabível contra ato do juiz que indefere o pedido de suspensão.

c) Não oferecimento da denúncia: bastante duvidosa a aplicação do §4º do artigo 4º.

De início, obsevamos que o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia, e, nos remete a ideia do princípio da obrigatoriedade, que existindo indícios de autoria e materialidade o Ministério Público é obrigado a denunciar, não ficando a juízo de conveniência e oportunidade, nos termos do artigo 24 do CPP. Por outro lado, esse princípio não é absoluto, em face da lei nº. 9.099/95 que mitigou ao prever a transação penal.

Percebe-se, que a mitigação da obrigatoriedade ocorreu para delitos de menor potencial ofensivo, desde que, a condenação não seja pena privativa de liberdade, e agora, para crimes graves em razão da colaboração.

O Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia se cumpridos concomitantemente os requisitos "I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo".

Assim, na prática poderemos encontrar certa dificuldade na aplicação desse inciso, pois se torna complicado a comprovação de que o colaborador não é o líder da organização e por vezes não conseguirá demonstrar em fase investigatória. Já o outro requisito será mais fácil de comprovar, apenas tem que ser o primeiro a colaborar. (CUNHA; PINTO, 2016, p. 66)

Então, o legislador apenas previu de forma singela e vaga aqueles requisitos, deixando a cargo do Ministério Público decidir se oferece ou não a denúncia, a partir de um juízo estritamente seu. Também, não esclareceu quantos resultados teriam que acontecer para merecer esse prêmio.

Portanto, para não deixar toda decisão apenas na mão do Ministério Público, tem que haver um controle judicial, por analogia ao art. 28 do CPP, redobrando a cautela para não haver erros na concessão dessa barganha.

d) Retratação do acordo: “§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

Primeiro, quanto as “partes”, é somente acusação (Ministério Público) e defesa (colaborador), já a autoridade policial não é parte, mas em tese poderia se retratar porque também pode celebrar acordo de colaboração, ocorreu aqui um erro técnico do legislador.

É um assunto que tem muita divergência na doutrina, e fez surgir vários posicionamentos sobre o momento da retratação.

Para Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 69) a “retratação deve ocorrer *depois* da homologação do juiz e *antes* da sentença condenatória”.

Aduz Rogério Sanches Cunha (2016, p. 77) “Tal retratação, porém, somente é possível antes da homologação judicial. Depois disso passa a compor o acervo probatório, não mais se admitindo que uma das partes conteste os seus termos.”.

Já Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 551) tem o mesmo posicionamento que somente é possível antes da homologação, com o fundamento no qual o Ministério Público poderia realizar um “falso” acordo de colaboração, e após conseguir as informações necessárias para obter algum resultado, se retrataria, e impediria que o colaborador recebesse algum prêmio.

Por fim, Marcos Paulo Dutra Santos (2016, p. 147) aduz que o colaborador pode retratar-se “seja antes ou após a homologação do acordo,

independente da anuência ou não do Ministério Público”, em razão da ampla defesa artigo 5º, inciso LV da CF.

Assim sendo, o legislador apenas citou “proposta” e, não retratação do acordo, portanto não subordinou o exercício da retratação à homologação judicial, admitindo a possibilidade da retratação antes da homologação.

Para o colaborador, é pouco provável que se retratará tendo em vista os benefícios que pode ser premiado. Mas surgindo essa vontade, ninguém pode compelir o colaborador a continuar com a colaboração premiada, e mesmo que se retrate o juiz ainda poderá conceder algum benefício, pois pode acontecer que ao tempo da retratação, já havia exaurido seus efeitos, fazendo jus a algum benefício.

Ocorrendo a retratação do colaborador, afasta a utilização das provas autoincriminadoras e as que dela derivam, em seu desfavor, entretanto, será utilizada contra terceiros. Ocorre dessa forma porque essas provas já existem e estão documentadas nos autos e não vão ser desentranhadas, uma vez que, fornecidas voluntaria e conscientemente, na presença do defensor, inexistindo ilicitude. (SANTOS, 2016, p. 148)

Ao Ministério Público não há maiores razões para poder se retratar, ora, a celebração do acordo confere uma garantia maior ao colaborador, sendo apenas mera expectativa de direito, pois se comprovada a eficácia da colaboração, o que era apenas uma expectativa transformou-se em direito subjetivo do colaborador mesmo que sem acordo homologado. Da mesma forma, se as declarações do colaborador não forem eficazes, restará ao juiz apenas a condenação sem a concessão de qualquer prêmio legal, ante a falta dos requisitos exigidos por lei.

Nesse sentido, Eduardo Araujo da Silva (2014, p. 67) partilha do mesmo entendimento:

“(...) eventual arrependimento por parte do Ministério Público afigura-se incompatível com a natureza do instituto, pois trairia a confiança nele depositada, sendo certo que, nos termos da lei, ainda poderia usufruir dos reflexos da colaboração na identificação de outras provas.”

Concluimos que é um tema bastante controverso na doutrina, mas pensando em ambas as partes e no processo, o mais justo é que o colaborador possa se retratar até a sentença condenatória; ao Ministério Público pelos motivos

acima, não assiste razão para se retratar; mesmo com a retratação do colaborador, as provas até então produzidas e derivadas, são lícitas e válidas, mas não em desfavor dele.

e) A oitiva em juízo e o direito ao silêncio: o §12º do artigo 4º, alude a possibilidade do colaborador beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, ser ouvido em juízo.

Trata-se de verdadeira hipótese em que o colaborador seja ouvido como testemunha em processo criminal. Para a concessão de perdão judicial, pressupõe que tenha havido um processo em que se constatou a culpa do réu-colaborador, e diante da colaboração efetiva o juiz por ocasião da sentença extingue a punibilidade do réu.

Entretanto, a extinção da punibilidade pelo perdão judicial não retira a condição anterior de réu-colaborador do processo. Dessa forma, não podemos entender como inicialmente o réu de um processo, muda sua posição para testemunha e depõe sobre situações alheias à sua conduta com o compromisso de dizer a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho. Portanto, a única forma de ser ouvido como testemunha é quando aquele não for denunciado, pois o agraciado com perdão judicial já foi corréu no mesmo processo, não sendo possível exigir seu compromisso. (CUNHA; PINTO, 2016, p. 80).

Assim sendo, Andrey Borges de Mendonça (2013, p. 27) com pensamento diferente, aduz que o colaborador poderá ser ouvido como testemunha a respeito de fato alheio em que não se envolveu, pois seu depoimento é com base nos fatos que teve conhecimento. Porém, se o colaborador tiver envolvimento por ser autor ou partícipe da infração, será ouvido na qualidade de informante, mesmo que o Ministério Público não denunciado ou prorrogado o prazo para promovê-la (§§ 3º e 4º da LCO).

Nos parece, então, que a oitiva de colaborador como testemunha, somente aconteceria na hipótese que depõe sobre fatos alheios e deles não participou. Assim, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, antes da edição desta lei:

“(…) 6. O fato de não terem sido denunciados nestes autos não retira dos envolvidos a condição de co-réus. Daí a impossibilidade de conferir-lhes a condição de testemunhas no feito. 7. De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de

testemunhas, porém na condição de informantes. Precedente. 8. Respeito ao princípio do contraditório e necessidade de viabilizar o cumprimento, pelos acusados, dos termos do acordo de colaboração, para o qual se exige a efetividade da colaboração, como prevêm os artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99. 9. Questão de ordem resolvida para julgar ausente violação à decisão do plenário que indeferiu o desmembramento do feito e, afastando sua condição de testemunhas, manter a possibilidade de oitiva dos co-réus colaboradores nestes autos, na condição de informantes”. (AP-QO3 470, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 23/10/2008, publicado em 30/04/2009, Tribunal Pleno)

O colaborador quando ainda réu no processo, não tem o compromisso de dizer a verdade, é direito de autodefesa, da não autoincriminação, portanto, não responderá por crime de falso testemunho (art. 342 do CP) e nem o previsto na segunda parte do artigo 19 da lei em comento, “revelar informações sobre a estrutura da organização criminosa que sabe inverídicas”, pois não é testemunha e não tem o dever de dizer a verdade, sendo a única consequência para ambas às hipóteses é a improcedência da colaboração, não recebendo benefícios.

Ora, exigir-se do réu a verdade, demonstra ainda mais a falta de competência do Estado na sua persecução penal, que quer se cercar de garantias para não cometer erro ou ser enganado. Se assim fosse, poderíamos comparar o colaborador a um empregado do Estado, “trabalhe para mim que te darei recompensas”.

Outrossim, poderá responder por incurso na primeira parte do artigo 19 desta lei, “imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente”, ou ainda, pelo artigo 339 do Código Penal (denúnciação caluniosa), se àquela imputação falsa, der causa a instauração de investigação ou processo judicial. A consequência prática para aquele que não colabora com informações verídicas é a insubsistência do acordo, salvo se praticar alguma dessas infrações acima.

Nesse mesmo contexto, o §14 diz que o colaborador renunciará o direito ao silêncio, ora não tem como alguém renunciar direito fundamental previsto no art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, é direito indisponível. Para não haver a inconstitucionalidade desse parágrafo, devemos pensar que o verbo “renunciar” foi empregado de forma errada, o que realmente quis dizer é que o colaborador vai deixar de exercê-lo naquele ato. Então é a opção voluntária do colaborador não usar do seu direito nesse momento, pois ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Assim sendo, se decidir pela confissão, arcará com as possíveis

consequências dela, e, a possibilidade de receber algum benefício. Lembrando que até a sentença poderá haver a retratação. (LIMA, 2016, p. 523)

Concluimos, em que pese o entendimento do colaborador não denunciado (§4º) ser ouvido como testemunha, somente poderá figurar como testemunha o colaborador que não se envolveu em fatos alheios, do contrário, será ouvido como informante; o réu não tem o compromisso de dizer a verdade, mas poderá responder pelo crime do art. 19 da Lei nº 12.850/13 primeira parte, ou, art. 339 do CP; o colaborador tem o seu direito ao silêncio preservado, apenas não o utiliza por sua própria vontade naquele momento.

7 CONCLUSÃO

Este trabalho teve o intuito de analisar alguns aspectos da Lei 12.850/13, e podemos afirmar que, diante de todo o estudo levando em conta o instituto da colaboração premiada, foi redescoberto uma “arma” fundamental para o combate ao crime organizado.

Num primeiro momento, foram apresentadas as organizações criminosas no mundo, como era a estrutura hierárquica, atividades praticadas, características, crimes praticados, e que ao longo do tempo foram se desenvolvendo e se expandindo por várias partes do mundo, e perduram até nos dias atuais ainda com muito poder se comparada à falência Estatal.

Como não poderia deixar de ser, a pesquisa focou a definição de crime organizado trazido pela Lei n. 12.850/13, com a análise dos seus elementos estruturantes para que se pudesse enveredar também no estudo da colaboração premiada, ora, a lei se aplica às organizações criminosas, nos termos do art. 1º, §1º (composta por 4 integrantes, que praticam infrações penais superiores a 4 anos ou caráter transnacional).

Não se descuidou da análise do tipo penal restabelecida pelo art. 2º, bem como, dos sujeitos do crime, consumação e tentativa, concurso de crimes.

Com a Lei do Crime Organizado, o instituto da colaboração premiada trouxe para nosso ordenamento, não só a conhecida delação premiada, mas todo um procedimento a ser seguido na utilização da colaboração premiada. Assim, foi possível esmiuçar de maneira eficaz todo o procedimento, para facilitar sua compreensão.

A lei tem uma ótima finalidade e aplicabilidade sendo a medida mais eficiente no combate ao crime organizado, entretanto, não foge de eventuais falhas, e para ao menos conseguir alguma interpretação plausível da lei, citamos diversos entendimentos doutrinários. Como exemplo de falha que deixou dúvidas, é a hipótese do juiz poder adequar a proposta no caso concreto, se isso seria válido ou não; ou no caso do delegado de polícia realizar o acordo com o indiciado; qual o recurso cabível da decisão que não homologa o acordo, etc.

Com efeito, a Lei em estudo ainda dá seus primeiros passos, e somente com o tempo é que serão sanadas todas as perguntas e divergências doutrinárias, o fato é que tem plena validade no ordenamento jurídico e está livre de

inconstitucionalidade. Porém, cabe ao aplicador da lei utilizá-la da forma correta, com imparcialidade, respeitando os princípios constitucionais inerentes ao colaborador, sem cometer excessos e abusos.

Por outro lado, não coube aqui, adentrar no mérito da discussão sobre a forma que ocorre a aplicação dessa lei na prática, cabe ao Ministério Público e a Magistratura atuar de forma justa e imparcial nos limites legalmente estabelecidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAS, Vladimir. **A Técnica de Colaboração Premiada**. Disponível em <https://vladimiraras.blog/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>. Acesso em 14 de fevereiro de 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei n. 12.860/2013**. 3ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei nº 12.850, de 02 de Agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Site do Planalto, Brasília, 2 de Agosto de 2013. Dou de 05.08.2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 29 de março de 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime organizado: Comentários à nova lei sobre o crime organizado – Lei nº 12.850/2013**. Salvador/BA: Editora JusPodivm, 2016. 208 p.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Crime organizado e organizações criminosas mundiais**. Curitiba: Juruá, 2009. 703 p.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**. 1. ed. Salvador: jus podvm, 2015. p. 345

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 103 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; **Investigações pelo Ministério Público**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 12, n. 145, dezembro de 2004, p. 04.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 12. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 300 p.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. **Crime organizado na atualidade**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. 226 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4.ed. Salvador, BA: JusPODIVM, 2016. 976 p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. 3. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 305 p.

MAIEROVITCH, Wálter Fanganiello. **Crimes Sem Fronteiras: As associações mafiosas**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/102/145>> Acesso em 21/04/2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013)**. Revista eletrônica do Ministério Público Federal: Custos Legis, Vol. 04, 2013. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view> > acesso em 20/10/2015

MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, Jose Reinaldo Guimarães (Coords.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. 691 p.

MOSSIN, Heráclito Antônio, MOSSIN, Júlio Cesar O. G. **Delação premiada: aspectos jurídicos**. Leme: J. H. Mizuno, 2016. 263 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2ª Ed. rer., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 126 p.

PELLEGRINI; Angiolo; COSTA JUNIOR Paulo José da. **Criminalidade Organizada**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. 103 p.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. Salvador/BA: JusPODIVM, 2016. 176 p.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas: aspectos penais e processuais da lei n° 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014. 153 p.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 175 p.

SILVA JUNIOR, Gaspar Pereira da. **Facção criminosa IN: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, Jose Reinaldo Guimarães (Coords.). Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 127-156

TOLENTINO NETO, Francisco. Histórico do crime organizado IN: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, Jose Reinaldo Guimarães (Coords.). **Crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50-67

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Obstrução da justiça**. Empório do Direito. Belo Horizonte, jul. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/obstrucao-da-justica-2/>>. Acesso em: 03 dez. 2016