

PROCESSO PENAL E CRIMINALIDADE ORGANIZADA*

Gustavo Badaró**

1. INTRODUÇÃO



Objeto do presente estudo sobre o crime organizado e o processo penal é a análise das características da recente legislação brasileira sobre o tema e, quando pertinente, uma singela comparação com a situação na legislação portuguesa, devido aos propósitos do trabalho.

Para tanto, será necessário, ainda que de modo sucinto, expor os principais institutos disciplinados no ordenamento jurídico nacional quanto ao processo penal nos casos de crime organizados.

Esse panorama da evolução e do estado atual da legislação brasileira permitirá que se obtenha uma conclusão específica sobre as mudanças legislativas pelas quais passamos nas duas últimas décadas, bem como uma conclusão geral sobre o combate à criminalidade organizada.

* O presente estudo foi elaborado para a apresentação de palestra no Colóquio Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, promovido em Lisboa, entre os dias 12 a 16 de maio de 2014. Agradeço aos Professores José Fernando Simão, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e Fernando Araújo, pelo convite que me foi formulado.

** Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela USP. Professor Associado do Departamento de Direito Processual, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado Criminalista.

2. O CONCEITO DE CRIME ORGANIZADO

A definição legal do crime organizado foi objeto de muita polêmica na doutrina e na legislação brasileira, até a recente mudança legislativa operada pela Lei n. 12.850, de 8 de agosto de 2013.

Antes de abordar a evolução da legislação interna propriamente dita, é importante destacar que o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que foi promulgada, no direito brasileiro, por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.¹

A primeira lei a disciplinar a organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro foi a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.² Seu artigo 1º estabelecia que “*Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando*”. Ou seja, limitou-se a equiparar o conceito de crime organizado à antiga figura da quadrilha ou bando prevista no art. 288 do Código Penal, cuja delifinção legal era de 1940.

Posteriormente, a Lei 9.034/1995 foi alterada pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001,³ que deu nova redação ao art. 1º daquela lei: “Art. 1º Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”.

¹ O Decreto nº 5.015/2004 pode ser consultado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5015.htm>. Acesso em 10.01.2014.

² A revogada Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, pode se consultada em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm.d >. Acesso em 10.01.2014.

³ A Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, pode se consultada em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10217.htm>. Acesso em 10.04.2014.

Após muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal acabou firmando posicionamento no sentido de que a Lei nº 9.034/1995, que foi alterada pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, não continha uma definição de crime organizado ou organização criminosa.

Tal cenário alterou-se, parcialmente, com a edição da Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012,⁴ que dispôs sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Embora não trazendo uma norma incriminadora, nem definindo o tipo penal de organização criminosa, referida lei definiu, para os fins da decisão judicial objetivando instaurar um colegiado de primeiro grau, que “*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*” (art. 2.º).

Todavia, a grande e mais significativa mudança ocorreu recentemente, com a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013,⁵ que estabeleceu um conceito legal de organização criminosa, bem como tipificou o crime de organização criminosa. Ressalte-se que na referida lei, embora haja, do ponto de vista material, a definição (art. 1º) e a tipificação (art. 2º) de organização criminosa, há um claro predomínio de aspectos processuais sobre os substanciais.

A nova lei está dividida em três capítulos. O Capítulo I conceitua e tipifica organização criminosa (arts. 1º e 2º). O

⁴ A Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, pode ser consultada em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em 10.01.2014.

⁵ A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, pode ser consultada em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em 10.01.2014.

Capítulo II disciplina as atividades destinadas à obtenção da prova durante a investigação e instrução criminal, estando assim subdividido: Seção I, da colaboração premiada (arts. 4º a 8ª); Seção II, da ação controlada (arts. 8º e 9º); Seção III, da infiltração de agentes (arts. 10 a 14); Seção IV, do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações (arts. 15 a 17); e, Seção V, que trata dos crimes ocorridos na investigação e na obtenção da prova (arts. 18 a 21). Por fim, o Capítulo III, dispõe sobre as disposições finais e o procedimento (arts. 22 e 23).⁶

A definição – mas não a tipificação – de “organização criminosa”⁷ está prevista no art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013: “*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*”.

Diante disso, poderia parecer que, atualmente, há dois conceitos de organização criminosa no ordenamento jurídico

⁶ De se esclarecer, ainda, que tramita no Congresso Nacional brasileiro um novo Projeto de Código Penal. O Projeto de Lei nº 236/2012 foi objeto de centenas de emendas e, no dia 10 de dezembro de 2013, o Senador Pedro Taques apresentou relatório final, pela aprovação de um substitutivo, cujo artigo 265, *caput*, tipifica o crime de organização criminosa nos seguintes termos: “Organização Criminosa - Art. 265. Organizarem-se três ou mais pessoas, de forma estável e permanente, para o fim específico de cometer crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos, mediante estrutura organizada e divisão de tarefas, com hierarquia definida e visando a auferir vantagem ilícita de qualquer natureza: Pena – prisão, de três a dez anos, sem prejuízo das penas relativas aos crimes cometidos pela organização criminosa” (disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1>>. Acesso em 10.01.2014).

⁷ Embora a lei não tenha estabelecido uma denominação ou rubrica com o nome do crime, a figura vem sendo denominada de “organização criminosa”. Cf.: Guilherme de Souza Nucci. *Organização criminosa*. Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: RT, 2013, p. 20.

brasileiro: o primeiro, da Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012, com vista à constituição de um juízo colegiado em primeiro grau de jurisdição, para proferir de decisões e sentença em processo por crimes praticados por organizações criminosas; o segundo, da nova Lei nº 12.850/2013, para a aplicação dos meios de investigação e obtenção de provas nela previstos. Assim, não teria havido uma revogação da primeira lei, pela segunda, com base na máxima *lex posterior derogat legi priori*, até mesmo porque, a Lei nº 12.694 define competência “para os efeitos dessa Lei”.

Não é essa, contudo, a melhor interpretação. A ressalva acima mencionada, que limita a primeira definição, para os efeitos da lei que dispõe sobre a instituição de juízo colegiado, se justificava, historicamente, pois quando entrou em vigor a Lei nº 12.694/2012, não havia no ordenamento jurídico brasileiro um tipo penal de organização criminosa. Por isso, referida lei pretendeu deixar claro que não estava tipificando tal delito – até mesmo porque não comina sanção penal –, mas apenas conceituando organização criminosa, para fins de instalação do juízo colegiado. Daí a expressão “para os efeitos dessa Lei”. Todavia, com a edição da Lei nº 12.850/2013, passou a existir um conceito de organização criminosa (art. 1º) e um tipo penal do delito de organização criminosa (art. 2º). Logo, na parte em que conceitua organização criminosa, o art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013 revogou tacitamente o art. 2º da Lei nº 12.694/2012. Assim, o conceito de organização criminosa, inclusive para os fins da Lei nº 12.694/2012, passou a ser o da nova Lei nº 12.850/2013.⁸

Por outro lado, a tipificação do crime de organização criminosa encontra-se no art. 2º da referida lei: “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 cor-

⁸ Nesse sentido: Nucci, *Organização criminosa ...*, p. 22.

respondentes às demais infrações penais praticadas”.

3. REGRAS ESPECIAIS QUANTO AO CRIME ORGANIZADO

Houve um avanço significativo, na legislação brasileira, do ponto de vista da legalidade, no que se refere aos dos meios de obtenção de prova aplicáveis às organizações criminosas, em comparação com a legislação anterior.⁹

A revogada Lei nº 9.034/1995 se limitava a “nominar” os meios de obtenção de prova, sem estabelecer qualquer disciplina legal. Não havia previsão de hipóteses de cabimento, prazo de duração da medida, necessidade ou não de autorização judicial, eficácia probatória das medidas, etc.

Já a Lei nº 12.850/2013, ainda que possa ser criticada em alguns pontos, no que toca aos meios de obtenção de prova aplicáveis ao crime organizado, preocupou-se em estabelecer um efetivo regramento a tais meios de prova, ao invés de simplesmente nominá-los.

3.1 COLABORAÇÃO PREMIADA

⁹ Toda a disciplina dos meios de obtenção de prova estava prevista em um único art. da revogada Lei nº 9.034/1995 que previa: Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: I - (Vetado); II - a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações; III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais; IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

A colaboração premiada, mais conhecida como “delação premiada”, vem prevista na Seção I do Capítulo II da Lei nº 12.850/2013, em seus artigos 4º a 9º.

A colaboração processual terá três fases: (i) fase de negociação e acordo; (ii) fase de homologação judicial; (iii) fase de sentença, em que se decidirá sobre o cumprimento ou não do acordo, aplicando-se ou não o benefício proposto.¹⁰

São requisitos para que a colaboração premiada produza seus efeitos, a obtenção de “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”*.

A lei não estabelece que tais requisitos sejam cumulativos, como deixa clara a expressão “um ou mais dos seguintes resultados”. Todavia, quanto mais forem os resultados atingidos, maior terá sido a relevância da colaboração, ampliando-se as chances de se obter um benefício melhor, seja por uma maior redução da pena, seja, até mesmo, pelo perdão judicial. Além disso, 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”*.¹¹

Havendo acordo sobre a colaboração premiada, deverá ser lavrado um termo, por escrito, conforme disposto no art. 6º, merecendo destaque a necessidade de conter “o relato da cola-

¹⁰ Vicente Greco Filho, *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40-41.

¹¹ Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 2º.

boração e seus possíveis resultados” (inciso I), “as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia” (inciso II) e “a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor”.

Visando a preservar sua imparcialidade, o juiz não participa das negociações do acordo de colaboração, que ocorrerão entre Delegado de Polícia, o Investigado assistido por seu defensor e o Ministério Público.¹²

O acordo de colaboração premiada deverá, então, ser homologado judicialmente (art. 7º, *caput*).¹³ As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz.¹⁴

Embora sem muita clareza, a lei estabelece a necessidade de apreciação judicial do acordo de colaboração, pois há previsão de que, ao receber o acordo o juiz, “*decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas*”.¹⁵ Mais do que isso, o Juiz poderá deixar de homologar o acordo, se a proposta “*não atender aos requisitos legais*”.¹⁶ Para tanto, além de analisar o conteúdo das declarações prestadas pelo colaborador, o juiz deverá verificar a “*regularidade, legalidade e voluntariedade*” do acordo, podendo, para tal apreciação, ouvir sigilosamente o colaborador, na presença de seu defensor.¹⁷ Ou seja, o juiz não se limitará a analisar aspectos formais ou vícios de vontade, podendo também apreciar aspectos relacionados ao cabimento do acordo e os efeitos propostos.

¹² Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 6º.

¹³ Lei nº 12.850/2013, art. 7º, *caput*.

¹⁴ Mesmo distribuído em juízo, o acesso aos autos do acordo de colaboração será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia. Por outro lado, é assegurado “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”. O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que for recebida a denúncia (Lei nº 12.850/2013, art. 7º, § 3º).

¹⁵ Lei nº 12.850/2013, art. 7º, § 1º.

¹⁶ Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 8º.

¹⁷ Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 7º.

Quanto aos efeitos ou consequências da colaboração processual, o *caput* do art. 4º prevê que, ao final do processo, por ocasião da sentença, “o juiz poderá ... 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”. Além disso, mesmo que o perdão judicial não tenha sido previsto na proposta inicial, “considerando a relevância da colaboração prestada”, o Ministério Público poderá requerer ao juiz que tal benefício seja aplicado ao final.¹⁸

A colaboração também poderá ter efeitos processuais. Se for celebrada na fase de investigação preliminar, poderá haver suspensão do prazo para oferecimento da denúncia, por até seis meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração.¹⁹ Por outro lado, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia, se o colaborador for o primeiro a prestar efetiva colaboração, e não for o líder da organização criminosa.²⁰ Ou seja, em tal caso, não haverá oferecimento de denúncia, sendo a colaboração processual apta a afastar a regra da obrigatoriedade da ação penal.

A colaboração também poderá ser celebrada no curso do processo, hipótese em que este ficará suspenso, também pelo prazo de seis meses, prorrogável por igual período.²¹

A colaboração processual ainda poderá ser posterior à sentença, hipótese em que a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.²²

Depois de homologado o acordo, o colaborador, quando for depor, “renunciará, na presença de seu defensor, ao direito

¹⁸ Lei nº 12.850/2013, art. 7º, § 1º.

¹⁹ Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 3º.

²⁰ Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 4º.

²¹ Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 3º.

²² Lei nº 12.850/2013, art. 7º, § 1º.

ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”.²³ E, mesmo que já tenha sido proferida sentença, sendo concedido o perdão judicial, ou mesmo no caso em que sequer seja denunciado em razão da colaboração, o colaborador poderá ser ouvido em juízo, em processo envolvendo os delatados, seja por requerimento das partes, seja por iniciativa *ex officio* da autoridade policial.²⁴

Por outro lado, as partes poderão se retratar da proposta, No caso de retratação da colaboração, “*as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor*”. Como a lei prevê que não poderão ser utilizadas “exclusivamente” contra o colaborador, o conteúdo da delação poderá ser utilizado em relação aos delatados, contra os quais poderão ser valoradas.²⁵ A lei não estabelece, porém, se essa retratação é um direito potestativo do delator ou do Ministério Público, isto é, que poderá se dar por mero ato de vontade da parte, ou se depende da ocorrência de determinados fatos, como por exemplo, o inadimplemento de algum dos compromissos assumidos, ou a inobservância dos direitos assegurados ao delator, no art. 5.º Não havendo qualquer restrição ou condicionamento na lei, entende-se que a delação pode ser retratada a qualquer momento, por mero ato dispositivo do delator.²⁶

Há, por fim, importante regra legal de valoração da prova, no que diz respeito ao valor da colaboração premiada,

²³ Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 14.

²⁴ Lei nº 12.850/2013, art. 4º, § 12.

²⁵ Lei nº 12.850/2013, art. 7º, § 10.

²⁶ Como a delação contém uma confissão do delator, a admissão da retratação da delação, pelo menos em relação à autoincriminação do delator, implica que se está diante de regra especial, no caso de crime organizado, em relação ao art. 200 do Código de Processo Penal que prevê: “A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”. Isso porque, a ressalva de que o juiz poderia formar o seu convencimento com base na confissão retratava, implicava que ela ainda assim pode ser valorada contra-ria ao acusado, o que está vedado na Lei n.º 12.850/2013.

em relação os coautores ou partícipes delatados. O § 16 do art. 4º prevê que “*nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador*”. Será necessário, portanto, que o conteúdo da colaboração processual venha corroborado por outras provas. Este, aliás, já era o posicionamento que vinha sendo seguido pela jurisprudência²⁷ em relação às delações, anteriormente à Lei nº 12.850/2013.

3.2 AÇÃO CONTROLADA

A “ação controlada” – também denominada em muitos ordenamentos de “entrega vigiada” – está prevista na Seção II do Capítulo II da Lei nº 12.850/2013, nos artigos 8º e 9º.

A ação controlada consiste, segundo definição do art. 8º, “*em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações*”.

A medida deverá ser “*previamente comunicada*” ao juiz²⁸ que, “*se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público*”.

Terminada a diligência, será elaborado um auto circuns-

²⁷ O STF já decidiu que: “É certo que a delação, de forma isolada, não respalda decreto condenatório. Sucede, todavia, que, no contexto, está consentânea com as demais provas coligidas. Mostra-se, portanto, fundamentado o provimento judicial quando há referência a outras provas que respaldam a condenação” (STF, REExt. nº 213.937, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26.03.1999, v.u, DJ 25.06.1999, p. 30). Neste mesmo sentido: STF, HC nº 71.803, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.11.1994, v.u, DJ 17.02.1995; STF, REExt. nº 213.937, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26.03.1999, v.u, DJ 25.06.1999, p. 30; STF, HC nº 75.226, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.08.1997, v.u., DJ 19.09.1997, p. 45.528.

²⁸ Essa comunicação será sigilosa, não contendo elementos ou informações que possam indicar a operação a ser efetuada (art. 8º, § 2º), ficando o acesso aos autos, até o encerramento da diligência, “restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações” (art. 8º, § 3º).

tanciado sobre a ação controlada.²⁹

3.3 INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS

A “infiltração de agentes policiais”, também denominada “agente encoberto” está prevista na Seção III do Capítulo II da Lei nº 12.850/2013, em seus artigos 10 a 14.

É possível a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação de organizações criminosas, seja mediante representação da autoridade policial, seja mediante requerimento do Ministério Público, desde que precedida de “motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites”.³⁰

A infiltração policial será autorizada pelo prazo de 6 meses, podendo ser a autorização prorrogada, “desde que comprovada sua necessidade”.³¹ De qualquer forma, findo o prazo de autorização, o agente infiltrado deverá apresentar ao juiz relatório circunstanciado das atividades desenvolvidas.³²

O requerimento de infiltração de agentes deverá contar “*a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração*” (art. 11).

O pedido deverá ser decidido pelo juiz no prazo de 24 horas.³³

Concluída a infiltração, os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.³⁴ Até porque, mesmo cessada a infiltração do agente policial, é direi-

²⁹ Lei nº 12.850/2013, art. 8º, § 4º.

³⁰ Lei nº 12.850/2013, art. 10, *caput*.

³¹ Lei nº 12.850/2013, art. 10, § 3º.

³² Lei nº 12.850/2013, art. 10, § 4º. Além disso, o Delegado de Polícia e o Ministério Público poderão requisitar, a qualquer momento durante a infiltração, que seja apresentado um relatório da atividade. (art. 10, § 5º).

³³ Lei nº 12.850/2013, art. 12, § 1º.

³⁴ Lei nº 12.850/2013, art. 12, § 2º.

to do agente “ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário”.³⁵

Do ponto de vista do direito material, a lei prevê uma causa excludente de culpabilidade em relação os crimes praticados pelo agente, “quando inexigível conduta diversa”,³⁶ podendo, todavia, o agente responder pelos excessos praticados.³⁷

A grande questão que a lei não trata, do ponto de vista da reconstrução histórica dos fatos é se o agente infiltrado seria apenas um meio de obtenção de prova, ou se, ao contrario, seria uma fonte de prova, cujos elementos de prova de que tem conhecimento poderiam ser introduzidos no processo, por meio de depoimento pessoal.

Já tivemos oportunidade de defender que “A infiltração do agente policial também deve ser considerada um específico meio de obtenção de prova, de aplicação restrita aos casos de criminalidade organizada, visando a descoberta de fontes de provas que levarão à posterior produção do meio correspondente. Assim, por exemplo, o agente infiltrado descobre quem são os funcionários públicos que cedem à corrupção do grupo, bem como onde e como se dão os pagamentos, visando posterior quebra de sigilo bancário ou meio de prova pertinente. Identifica onde é o depósito da droga e a rota utilizada para seu transporte, o que poderá justificar futuras medidas de busca e apreensão ou prisões em flagrante, e assim sucessivamente. Não

³⁵ Lei nº 12.850/2013, art. 14, inc. III.

³⁶ Lei nº 12.850/2013, art. 13, parágrafo único.

³⁷ Lei nº 12.850/2013, art. 13, *caput*. Trata-se de solução semelhante à do direito português, prevista na Lei nº 101/2001, de 25 de agosto – que estabelece o regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal – que no art. 6.1, sob o título “Isenção de responsabilidade”, prevê: “Não é punível a conduta do agente encoberto que, no âmbito de uma acção encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma”

poderá ele, porém, servir como testemunha em juízo, sob pena de se ter um depoimento absolutamente incontrolável, pois qualquer fato por ele narrado relativo ao grupo e seus integrantes teria foros de verdade absoluta. Como produzir a contraprova diante de uma afirmação do agente infiltrado? Se incluísse em seu depoimento fatos inexistentes ou agentes que deles não participaram, ou se, por outro lado, omitisse determinado fato ocorrido ou se calasse sobre um integrante que desejasse proteger, novamente não haveria como descobrir a falta com a verdade”.³⁸

Essa posição, parece ter sido a adotada na disciplina do agente infiltrado, nos artigos 10 a 14 da Lei nº 12.850/2013.³⁹ Não se trata de um meio de prova, não podendo o agente infiltrado ser reduzido à mera testemunha como uma simples fonte oral de prova. Tanto assim que a infiltração se inclui entre os “procedimentos de investigação e formação de prova”, para ser utilizada “em tarefas de investigação”. Não se trata, pois, de um meio de prova que se presta, diretamente, a convencer o julgador (o que poderia ter essa função seria o depoimento prestado em juízo pelo agente infiltrado, sobre fatos que teve conhecimento durante o período em que integrou a organização criminosa), mas a obtenção de elementos relevantes para a reconstrução dos fatos (os lugares onde a droga fica armazenada, os agentes públicos que são corrompidos, as formas de lava-

³⁸ Gustavo Badaró, *Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 267. Em sentido contrário, no direito português, Paulo Pinto de Albuquerque (*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 362) tem se admitido que, desde que sua atuação se dê nos âmbito da Lei 101.2001, “é admissível o depoimento do agente policial infiltrado sobre os factos criminosos a que tenha assistido, nomeadamente, sobre o que ouviu dizer ao arguido durante a prática dos factos criminosos (nele se incluindo os actos preparatórios e de execução, até à consumação do crime)”.

³⁹. Isso fica claro no caput do art. 3º da Lei nº 12.850/2013, que prevê: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova ... VII infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11”. (destaques nossos) ”.

gem de dinheiro utilizadas pela organização criminosa, os locais de venda de produtos ilícitos etc.).⁴⁰

3.4 ACESSO A REGISTROS, DADOS CADASTRAIS, DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES

O art. 3º da Lei nº 12.850/2013 prevê, também, entre os meios de investigação e obtenção de prova, “o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais”.

E, dando regramento a tal previsão, a Seção IV do Capítulo II da Lei nº 12.850/2013, disciplina o “acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações”, nos artigos 15 a 17, sendo que todas essas medidas independem de autorização judicial.

O art. 15 da Lei nº 12.850/2013 estabelece “*O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito*”.

O dispositivo não é novidade no ordenamento jurídico nacional. Recentemente, a Lei nº 12.683/2012 acresceu o art. 17-B, à Lei nº 9.613/1998,⁴¹ com regra idêntica.

O dispositivo gerou polêmica na Lei de Lavagem de Dinheiro e, certamente, causará polêmica nos processo de organização criminosa.⁴²

⁴⁰ Idem, Ibidem, p. 268.

⁴¹ A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, pode ser consultada em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em 10.01.2014.

⁴² Uma análise mais detida do tema, com citações doutrinárias e jurisprudenciais, pode ser encontrada em Gustavo Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2013, p. III,

Embora a questão seja controvertida, parte-se da premissa de que os dados cadastrais se referem a dados ou informações não acobertadas pelo âmbito de proteção do inc. X do caput do art. 5.º da Constituição.

A qualificação pessoal a que se poderá ter acesso é composta pelo nome, nacionalidade e naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, número de carteira de identidade e número de registro no cadastro de pessoas físicas da Receita Federal. A filiação consiste na indicação do nome do pai e da mãe. Por fim, o endereço, vez que não houve qualquer restrição na lei, consiste na indicação precisa do local de residência e de trabalho, caso ambos os dados estejam disponíveis.

A Justiça Eleitoral normalmente dispõe apenas de dados cadastrais dos eleitores e, quando muito, se votaram ou não em determinadas eleições. Assim sendo, não haverá maiores problemas na solicitação direta de informações que, de qualquer forma, devem se resumir, exclusivamente, aos dados cadastrais.

Quanto às instituições financeiras e operadoras de cartões de créditos, que detêm em seus registros informações sensíveis e, indubitavelmente, protegidas pelo sigilo bancário, o acesso deve se restringir aos dados cadastrais para a abertura das contas correntes ou aplicações financeiras, bem como para a solicitação dos cartões de créditos. Não estão incluídos nos conceitos de “dados cadastrais” a data de abertura da conta corrente ou de início de utilização do cartão de crédito, a identificação das contas correntes de origem e de destino de operações financeiras, as datas e valores de tais operações, nem mesmo o volume total de movimentação financeira em um determinado período. Todos estes dados são protegidos pelo sigilo bancário, enquanto forma de resguardar a intimidade e o acesso a eles depende de prévia autorização judicial.

No que diz respeito aos provedores de internet, nova-

mente não se poderá ter acesso, sem ordem judicial, a dados que extrapolem as simples informações cadastrais. Será possível saber quais os dados cadastrais informados para a abertura de uma conta de email, de um blog, ou dos serviços de acesso do provedor. Por outro lado, estarão protegidos pela intimidade, as senhas de acesso utilizadas, o conteúdo dos emails e informações sobre com quem há trocas de mensagens eletrônicas, as datas e horas de tais mensagens etc. Também não se poderá solicitar informações sobre *sites* visitados.

O art. 16 da Lei nº 12.850/2013 estabelece “*As empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, acesso direto e permanente do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de reservas e registro de viagens*”.

Inicialmente, aqui não se trata de simples acesso a dados cadastrais de usuários do sistema financeiro e de serviços de telefonia e internet, mas de dados relativos à utilização do serviço em si, no caso, do serviço de transporte: as reservas e registros de viagem.

Em se tratando de empresas de transportes públicos, não há que se cogitar de violação ao direito a privacidade. Quem se utiliza de transporte de metro, ônibus ou mesmo de um avião de empresa comercial, não está praticando um ato no âmbito restrito da sua vida privada. O transporte público é de livre acesso a todos e quem opta por utilizá-lo, não poderá esperar qualquer forma de reserva ou sigilo.

A questão, contudo, será diversa, no caso de empresas de transporte particular. Por exemplo, empresas de táxi-aéreo ou de aluguel de veículos particulares. Nestes casos, é razoável considerar que a utilização do transporte pode envolver aspectos de âmbito privado, como por exemplo, visitar uma pessoa ou ir a um determinado local de forma reservada, sem que isso se torne do conhecimento de todos. Nesse caso, a medida deverá ser precedida de ordem judicial, sob pena de caracterizar

indevida restrição da intimidade, gerando a ilicitude da prova obtida.

Por fim, o art. 17 da Lei nº 12.850/2013 dispõe: “As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais”.

Em nosso entender, o dispositivo não estabelece o direito de acesso direto da autoridade policial e do ministério público, sem prévia autorização judicial.

Se assim o fizesse, seria inconstitucional, na medida em que o acesso aos dados relativos às ligações telefônicas nele previsto, como números das linhas de origem e destino da ligação, embora não impliquem interceptação de comunicações telefônicas, podem envolver aspectos da intimidade e da vida privada do usuário do serviço de telefônica.

O que o art. 17 estabelece é um prazo, no caso, de 5 anos, no qual as concessionárias de telefonia deverão conservar em seus registros e arquivos os dados “registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais”.

Nesse período os dados deverão ser preservados e ficarão “à disposição” das autoridades policiais e do ministério público. Estar “à disposição” não é o mesmo que “ter acesso, independentemente de autorização judicial”, como prevê, por exemplo, o art. 15. Ou seja, os dados estão à disposição, isto é, disponíveis, mas para a eles se ter acesso, será necessária prévia autorização judicial.

A finalidade da regra, portanto, é assegurar um período de manutenção de tais dados, possibilitando que, futuramente, em caso de necessidade de tais elementos, para fins de utilização em investigação ou instrução criminal, possam ser solicitados judicialmente.

4. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

No ordenamento jurídico brasileiro a disciplina da interceptação das comunicações telefônicas não está prevista no Código de Processo Penal, mas na Lei nº 9.296/1996.

E, no caso de organizações criminosas, a Lei nº 12.850/2013 faz expressa referência à aplicação do regime geral das interceptações telefônicas. O inciso V de seu art. 3º prevê que, “*em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova ... interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica*”.

Cabe ressaltar que, as interceptações telefônicas são admissíveis em relação a todos os crimes punidos com reclusão,⁴³ entre os quais se inclui, obviamente, a participação em organização criminosa, do art. 2.º da Lei nº 12.850/2013.

Por outro lado, no caso de crimes praticados pela organização criminosa, os chamados “crimes da organização”, devido a amplitude da regra legal que admite a interceptação telefônica para todo crime punido com reclusão, certamente a grande maioria de tais delitos admitirá a interceptação telefônica, vez que para caracterização da organização criminosa, será necessário que tal associação delinquencial tenha por objetivo de obter, vantagem de qualquer natureza, “*mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos*”.⁴⁴

⁴³ Na legislação brasileira não há um rol ou catálogo de crimes que admitem interceptação telefônica. Utilizando uma criticável técnica de definição negativa, o art. 2º da Lei nº 9.296/1996, prevê que: “Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção”.

⁴⁴ Lei nº 12.850/2013, art. 1º, § 1º. Pouquíssimos crimes previstos no Código Penal tem pena máxima superior a quatro anos, mas são punidos com detenção.

5. AFASTAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO E FISCAL

Na Constituição brasileira não há regra expressa assegurando o sigilo bancário e fiscal. Todavia, é relativamente tranquila a conclusão de que o sigilo bancário está abrangido na tutela da intimidade e da vida privada prevista no art. 5.º, *caput*, inc. X, da Constituição.⁴⁵

Cabe observar que, diferentemente da proteção da inviolabilidade das comunicações telefônicas (inciso XII) e do domicílio (inciso XI), em que há expressa previsão de reserva de jurisdição, no caso da tutela da vida privada e da intimidade, não há expressa previsão de que sua restrição terá que se dar apenas por ordem judicial. Todavia, é também relativamente tranquilo, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que o afastamento do sigilo bancário somente poderá se dar mediante ordem judicial fundamentada, de acordo com as particularidade do caso concreto.

No plano infraconstitucional, a Lei Complementar nº 105/2001,⁴⁶ em seu art. 1.º, estabelece o dever das instituições financeiras preservarem o sigilo bancário, que poderá ser afastado, por ordem judicial, durante o inquérito ou processo penal, em relação a qualquer crime, quando a medida for “necessária para apuração” de sua ocorrência.⁴⁷

⁴⁵ O inciso X do *caput* do art. 5.º assegura que “São invioláveis a *intimidade*, a *vida privada*, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

⁴⁶ A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, pode ser consultada em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em 10.08.2014.

⁴⁷ Art. 1º As instituições financeiras *conservarão sigilo* em suas operações ativas e passivas e serviços prestados (...)§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, *quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito*, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e *especialmente nos seguintes crimes*: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de extorsão mediante sequestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência

De qualquer forma, é necessária uma decisão judicial que, analisando a situação no caso concreto, considere necessária a quebra do sigilo bancário. Há, pois, reserva de jurisdição.⁴⁸

O dispositivo é extremamente aberto. Em tese, todo e qualquer meio de obtenção de prova é, necessário para a apuração de um crime. Caberá ao juiz, no caso concreto, uma análise da pertinência e relevância da medida em relação ao objeto do processo. Por outro lado, não há um catálogo de crimes, na medida em que o rol é meramente exemplificativo. Ao mais, inexistente requisito legal definido específico, havendo apenas a amplíssima previsão de que tal meio de obtenção de prova será cabível quando “necessário para a apuração de qualquer ilícito”.

De outro lado, com relação ao sigilo fiscal, o Código Tributário Nacional,⁴⁹ em seu art. 198, *caput*, alterado pela Lei Complementar nº 104/2001, prevê que é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública, de informações fiscais dos contribuintes, excetuando-se os casos de “requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça”.⁵⁰

A hipótese de cabimento de levantamento do sigilo fiscal é muito ampla, bastando que tal se dê “no interesse da justi-

social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa”.

⁴⁸ No mesmo sentido parece ser o regime português, cuja Lei n.º 5/2002, de 30 de abril, - que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira – em seu art. 2.2 prevê que o segredo profissional envolvendo dados financeiros e fiscais cede no caso de “ordem da autoridade judiciária titular da direcção do processo, em despacho fundamentado”.

⁴⁹ O Código Tributário Nacional pode ser consultado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em 10.08.2014.

⁵⁰ CTN: “Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação económica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”.. § 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça”.

ça”, o que permite, em linhas gerais, que sempre que uma prova se mostre pertinente e relevante diante do objeto do processo, que se considere haver interesse da justiça, na medida em que uma correta reconstrução histórica dos fatos sempre é do interesse da justiça, para uma decisão judicial de melhor qualidade.

Por outro lado, não há qualquer delimitação quanto aos crimes em relação aos quais se admite o levantamento do sigilo fiscal. Logo, em relação a qualquer delito é de se admitir tal medida.

7. QUESTÕES NÃO DISCIPLINADAS NA LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Tendo como paradigma as leis de crimes organizados de diversos países, é de se observar que parte do conjunto de institutos de emergência que costumam ser objeto de regras especiais não foi disciplinado, de forma especial e, evidentemente, mais severa, do que para a generalidade dos delitos.

Entre esses institutos estão: (i) a vigilância eletrônica; (ii) a prisão cautelar; (iii) as medidas cautelares patrimoniais; (iv) a interceptação telefônica.

7.1 VIGILÂNCIA ELETRÔNICA

A vigilância eletrônica foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente como medida para vigilância dos presos condenados que se encontravam cumprindo pena no regime semi-aberto, e obtivessem o direito a saídas temporárias.⁵¹

Mais recentemente, foi prevista como uma das medidas

⁵¹ A medida está prevista no parágrafo único do art. 122, da Lei de Execução Penal, que foi acrescido pela Lei nº 12.258/2010. A Lei de Execução Penal – Lei n.º 7.210/1984 – pode ser consultado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 10.01.2014.

cautelares alternativas à prisão, segundo enuncia o inciso IX do *caput* do art. 319, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, e regulamentada pela Decreto n.º 7.627/2011.⁵²

Não há, pois, qualquer regra especial sobre vigilância eletrônica em relação às organizações criminosas, mas também não há qualquer vedação a sua aplicação para tais delitos.

7.2 PRISÃO CAUTELAR

No processo penal visando o combate a criminalidade organizada, não há a ausência de regras especiais e mais severas no que toca à prisão preventiva. Assim, por exemplo, não há previsão de requisitos mais tênues para sua decretação da prisão.⁵³ Não se estabelece, também, prazos maiores de duração da prisão preventiva, em processos por organização criminosa.⁵⁴ Tal regime poderia sugerir que, no processo penal brasileiro, a prisão preventiva não se sujeita a regras mais severas no caso de investigações e processos penais por organizações criminosas que aquelas vigorantes para os crimes normais.

Essa conclusão, contudo, embora não seja equivocada, necessita de um esclarecimento.

⁵² Decreto n.º 7.627/2011, que regulamentou a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal – pode ser consultado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm Acesso em 10.01.2014.

⁵³ Apenas à título de exemplo, na Itália, o art. 2.º, comma 1.º, do Decreto-legge n.º 11, de 23 de fevereiro de 2009 – *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori* –, convertido na Lei n.º 38, de 23 de abril de 2009, alterou o *comma* 3.º do art. 272 do CPP italiano, estabelecendo uma presunção absoluta de necessidade de prisão cautelar, para os delitos cometidos valendo-se das condições previstas no crime de associação de tipo mafioso, do art. 416-bis, do Código Penal italiano. A Corte Constitucional italiana, com a sentença n.º 57, de 29 de março de 2013, declarou a ilegitimidade do novo dispositivo.

⁵⁴ É o caso, por exemplo, do processo penal português, em que os prazos de duração máxima da prisão preventiva, previstos no art. 215.1, do Código de Processo Penal, são ampliados no caso de “criminalidade violenta ou altamente organizada”, de acordo com o item n. 2 do mesmo artigo.

A desnecessidade de regras mais gravosas decorre do fato de que, mesmo no regime geral da prisão preventiva, previsto no Código de Processo Penal, é extremamente fácil a decretação de prisão preventiva, e mais ainda, no caso de criminalidade organizada. Logo, embora não haja regime legal especial, a simples alegação de que se trata de criminalidade organizada, como uma expressa ou implícita evocação da “gravidade abstrata do crime”, é suficiente para que na enorme maioria dos casos, o juiz decrete a prisão preventiva. Não há, portanto, necessidade concreta de qualquer regra facilitadora da decretação da prisão preventiva, em crime organizado, porque em tal tipo de criminalidade, a prisão preventiva é a regra e não a exceção.

Por outro lado, a ausência de uma disciplina especial, prevendo prazos de duração mais elevados para a prisão cautelar em crime organizado decorre do fato que não há no ordenamento jurídico brasileiro prazos máximos de duração da prisão preventiva.

Em todo e qualquer crime, seja relativo à criminalidade organizada, seja um delito comum, a prisão preventiva não tem um prazo máximo de duração previsto em lei. Os tribunais tem reconhecido que a prisão se torna ilegal, se exceder a duração razoável, nos termos do art. 7.5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas este critério da razoabilidade tem se mostrado bastante elástico. E, no caso de criminalidade organizada, tem se considerado que, devido à complexidade do caso e, normalmente, o maior número de acusados, o tempo que se considera razoável a duração da prisão é mais amplo que o prazo para um crime menos grave e menos complexo.⁵⁵

⁵⁵ Apenas a título de exemplo, o STJ decidiu que: “Os prazos para a conclusão da instrução criminal não são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade. 2. Constatando-se que eventual retardo na tramitação do feito deu-se não em razão de desídia do Estado-Juiz, mas sim em função de sua notória complexidade, dada pluralidade de réus que integram o processo - 18 (dezoito) - acusados da prática de inú-

7.3 MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS

A nova Lei do Crime Organizado – Lei nº 12.850/2013 – não estabeleceu nenhuma regra cautelar específica para os processos que tenham por objeto as organizações criminosas.

Porém, como já destacado, o Brasil é signatário da Convenção de Palermo de Combate ao Crime Organizado Transnacional, que prevê o confisco e a apreensão do produto ou instrumentos do crime (art. 12) e medidas de cooperação internacional para efeitos de confisco do produto do crime, bens, equipamentos e instrumentos do crime (art. 13).

Não havendo nenhuma regra especial sobre medidas cautelares para as organizações criminosas, seja em relação às medidas cautelares pessoais, como prisões cautelares e medidas cautelares alternativas à prisão, seja em relação às medidas cautelares patrimoniais, como sequestro e arresto de bens, esses crimes se sujeitam às medidas cautelares do Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal, embora sem um tratamento sistemático, prevê as seguintes medidas cautelares patrimoniais ou reais: (i) sequestro de bens imóveis, que sejam produto ou proveito do crime;⁵⁶ (ii) sequestro de bens móveis, que sejam produto ou proveito de crime e não tenham sido apreendidos;⁵⁷ (iii) especialização e registro da hipoteca legal, incidente sobre bens imóveis do acusado, de origem lícita;⁵⁸ (iv) arresto de bens imóveis, também de natureza lícita, prévio ao registro e especialização da hipoteca legal⁵⁹ e, por fim, (v) arresto subsi-

meros delitos, em associação criminosa, em detrimento dos cofres públicos, não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado pela via eleita” (STJ, HC n.º 110.704/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 16.12.2008, v.u.).

⁵⁶ CPP, art. 125 a 131.

⁵⁷ CPP, art. 132.

⁵⁸ CPP, art. 134 a 135.

⁵⁹ CPP, art. 136.

diário de bens móveis, igualmente de natureza lícita, quando o acusado não possuir bens imóveis ou os possuir em valor insuficiente para a reparação do dano.⁶⁰

Tais medidas cautelares patrimoniais apresentam duas finalidades distintas: a medida de sequestro destina-se a assegurar o cumprimento do efeito da condenação consistente na perda do produto do crime⁶¹. Já a inscrição e registro da hipoteca legal, bem como o arresto prévio, visam à reparação do dano causado pelo delito⁶². Enquanto o sequestro impede o lucro ilícito, a especialização e registro da hipoteca legal e o arresto asseguram a reparação do dano que o crime causou à vítima.

Mais recentemente, a Lei nº 12.964/2012 alterou o Código Penal para prever a possibilidade da “*perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime*” (art. 91, § 1º), bem como possibilitou que “*as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda*” (art. 91, § 2º). Com isso, o legislador acabou por criar uma modalidade de “sequestro subsidiário”,⁶³ que poderá atingir bens lícitos em valores equivalentes aos do produto ou proveito do crime, somente quando estes “*não forem encontrados ou se localizarem no exterior*”.

7.4 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Como já visto, também não há no regime legal especial de combate a criminalidade organizada, regras especiais sobre a interceptação telefônica, sendo que a lei se limita a fazer remissão a aplicação do regime geral de tal meio de obtenção de

⁶⁰ CPP, art. 137.

⁶¹ Código Penal, art. 91, *caput*, inc. II, letra “b”.

⁶² Código Penal, art. 91, *caput*, inc. I.

⁶³ A denominação “sequestro subsidiário” é foi por nós utilizada em Badaró, *Processo Penal ...*, p. 806-808.

prova.

Novamente, a ausência de regras especiais se deve a desnecessidade de um “processo penal de emergência” em tal tema. É extremamente fácil, em relação a qualquer crime punido com reclusão, obter a interceptação telefônica. Em se tratando de criminalidade organizada, normalmente é desnecessário qualquer esforço argumentativo, sendo qual que algo que se extrai naturalmente das características de tais delitos.

Assim, é comum se afirmar, pura e simplesmente, que por se tratar de crime grave, com várias pessoas envolvidas, com divisão de tarefas e sofisticação em seus métodos de atuação, que inclui procurar dificultar a descoberta de provas, a interceptação telefônica é o único meio possível para a desvendar o crime e os seus autores.

Por outro lado, também não há necessidade de um prazo diferenciado de duração da interceptação telefônica, porque diante da interpretação jurisprudencial que vem prevalecendo na exegese do art. 5.º da Lei n.º 9.296/1996, tem se aceito que haja tantas prorrogações por períodos de 15 dias, quantas forem necessárias, desde que devidamente fundamentadas. Isso, na prática, significa a ausência de um prazo máximo para a restrição da liberdade das comunicações telefônicas.

CONCLUSÃO

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, representa um significativo avanço do ordenamento jurídico brasileiro no combate à criminalidade organizada. Não é uma lei que mereça apenas elogios. Mas, ainda que críticas possam e devam lhe ser dirigidas, certamente há mais acertos do que erros.

Mas, ainda que se tenha evoluído no campo legislativo, é preciso ter em conta a advertência de Grevi, de que na luta contra o crime organizado, não é o processo penal o lugar exclusivo, ou mesmo mais adequado, para tal enfrentamento, que

deve se desenvolver especialmente antes e fora do processo, nos diversos níveis em que se colocam os fatores criminosos.⁶⁴ Não ter isso em mente pode fazer com que se cobre do processo penal uma tarefa que ele não tem condições de cumprir.

A revogada Lei 9.034/1995, de um lado, não definia nem tipificava organização criminosa e, de outro, do ponto de vista processual, se limitava a nominar um rol de meios de obtenção de prova aplicáveis às organizações criminosas. A nova legislação sinaliza para o caminho de uma estratégia normativa específica para o combate à criminalidade organizada, ainda que tenha sido omissa em pontos que mereceriam um regime diferenciado, em especial, a criação de regras procedimentais específicas.

O grande problema superado pela nova lei é a definição legal de organização criminosa, até então inexistente na legislação brasileira, bem como a criação de um tipo específico de organização criminosa.

Por outro lado, é fácil notar o predomínio dos aspectos processuais sobre os de direito penal na Lei 12.850/2013. De direito material há, apenas, definição e tipificação de organização criminosa. Tudo o mais é disciplina processual dos meios de investigação e obtenção de provas.

Na Lei 12.850/2013 é inegável que o predomínio do enfoque investigatório gera um grande risco de desvirtuamento do processo penal. Essa hipertrofia pré-processual no combate à criminalidade organizada tem feito com que a posterior fase processual da persecução penal, em que deve se dar a produção das provas pelas partes, em contraditório, perante o juiz terceiro e imparcial, se transforme em uma etapa de escasso significado heurístico, em que há mera ratificação ou chancela de

⁶⁴ Vittorio Grevi, *Nuovo Codice di Procedura Penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*. Vittorio Grevi (Org.) *Processo penale e criminalità organizzata*. Roma-Bari: Laterza 1993, p. 3.

tudo o que foi produzido inquisitorialmente durante a investigação.

Essa característica de antecipação da intervenção penal para a fase de investigação é fruto das “sociedades de risco”, para usar a expressão cunhada por Ulrich Beck.

A população como um todo se sente ameaçada por graves riscos, de escala global, e com efeitos incontrolláveis: crises financeiras em escala mundial, como a ocorrida nos anos de 2008 e 2009, consumindo poupanças de toda uma vida e gerando desempregos em massa; contaminações ambientais por produtos geneticamente modificados; desastres nucleares contaminando pessoas e alimentos, como em Fukushima, no ano de 2011; contaminações e mortes de milhares de pessoas por epidemias provadas por vírus, com no caso da Febre Hemorrágica Ebola, que atingiu vários países da África, neste ano ; ataques terroristas que podem ser desencadeados a qualquer momento e em qualquer lugar, como ocorreu com as torres gêmeas, nos EUA, no fatídico 11 de setembro de 2001, chegando ao extremo como o de grupos ultrarradicais como o Estado Islâmico em 2014. Nesse campo se inclui, é claro, o medo do crime organizado.

O risco, como explica Bauman, é um perigo (ou medo) previsível, com o qual é possível conviver.⁶⁵ Existem os medos *personais*, que ameaçam o corpo e as propriedades; os medos da *durabilidade da ordem social*, que implicam perigo para a segurança do sustento (renda, emprego, previdência); e, o medo quanto à *posição do ser no mundo*, isto é, o perigo de degradação ou exclusão social (hierarquia social e identidade de classe, gênero, religiosa etc)

O Estado, falhando nas missões de prover bem estar social, que geram os medos de segunda e terceira ordem, volta-se para prover segurança individual, com repressão penal, isto é,

⁶⁵ Zygmunt Bauman, *Medo Líquido*, trad. Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 18

mais e mais incremento da repressão penal.⁶⁶ Há, pois, uma inegável relação entre sociedade de risco e maior necessidade de controle.⁶⁷ Depois de lançar mão de diversas estratégias de direito penal, numa antecipação da intervenção penal material, como por exemplo, com a ampla utilização de crimes de perigo abstrato,⁶⁸ expansão dos crimes omissivos, ou mesmo os crimes de participação em associações criminosas,⁶⁹ como nova estratégia de “contenção do risco” ou ao menos para gerar na sociedade o efeito sedante de que os riscos estão sendo controlado.

Mas por que esse avanço seria prejudicial para o cidadão? Por que resistir a uma restrição de direitos que atingirá um membro de organização criminosa, um inimigo da sociedade, se eu ou você, caro leitor, não somos criminosos ou nocivos?

A resposta está num famoso poema do pastor luterano alemão Martin Niemöller, perseguido pelo regime nazista:

*“Um dia vieram e levaram meu vizinho que era judeu.
Como não sou judeu, não me incomodei.
No dia seguinte vieram e levaram meu outro vizinho
que era comunista.
Como não sou comunista, não me incomodei.
No terceiro dia vieram e levaram meu vizinho católi-*

⁶⁶ Bauman, *Medo Líquido ...*, p. 10-11.

⁶⁷ Winfried Hassemer, *Verdad e búsqueda de la verdad en el proceso penal*. La medida de la constitución, trad. de Tania Ixchel Atilano Camacho, México D.E.: Editorial Ubijus, 2009, p. 12-13.

⁶⁸ Como explica Winfried Hassemer (Viejo y Nuevo Derecho Penal, in *Persona, Mundo y Responsabilidad*: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Santa Fe de Bogotá; Temis, 1999, p. 24.) “Es fácil entender por qué el legislador utiliza esta vía. Los delitos de peligro abstracto amplían enormemente el ámbito de aplicación del derecho penal, al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidad. Basta solo con probar la realización de la acción inculpada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que solo ha sido el motivo por el que el legislador la ha inculpada”.

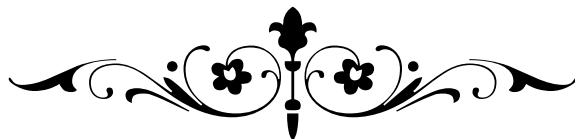
⁶⁹ Andrea Sereni, *Causalità e responsabilità penale*: dai rischi d’impresa ai crimini Internazionale, Torino: Giappichelli Ed., 2008, p. 25.

co.

Como não sou católico, não me incomodei.

*No quarto dia, vieram e me levaram; já não havia
mais ninguém para reclamar”.*⁷⁰

Agora, digo eu: Incomodemo-nos, todos nós!



⁷⁰ Há várias versões sobre tal poema, incluindo diversas categorias, como socialdemocratas e sindicalistas, bem como apresentando-o em diversas sequências. Independentemente do teor, o inegável é o alerta para nos incomodarmos com os ataques aos “outros”. Para uma análise sobre tais divergências, cf.: Harold Marcuse, Martin Niemöller’s famous quotation: ‘First they came for the Communists ...’, disponível em: <http://www.history.ucsb.edu/faculty/marcuse/niem.htm>. Acesso em 28.09.2014.