

LUIZ FLÁVIO GOMES
MARCELO RODRIGUES DA SILVA

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO

Questões Controvertidas, aspectos teóricos
e práticos e análise da Lei 12.850/2013

Abordagem dos temas:

- Colaboração premiada
- Infiltração de agentes
- Ação controlada
- Cooperação jurídica internacional

Inclui referências e análises sobre as recentes
decisões dos casos Lava-jato e Mensalão



EVOLUÇÃO CONCEITUAL DA EXPRESSÃO “ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS” NO BRASIL

2.1 Origem da expressão “Crime Organizado” (*Organized crime*)

A criminologia estadunidense concebeu a expressão *Organized crime* em 1919, que tem por significado literal Crime Organizado (no Brasil).

Segundo JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, a expressão *Organized crime* surgiu para designar:

um feixe de fenômenos delituosos mais ou menos indefinidos, atribuídos a empresas do mercado ilícito da economia capitalista criado pela “lei seca” do *Volstead Act*, de 1920 – portanto, uma categoria ligada ao aparecimento de crimes definidos como *mala quia prohibita*, por oposição aos crimes definidos como *mala in se*.⁴⁰

2.2 Evolução conceitual no Brasil

No Brasil, o embrião do sistema repressivo contra as organizações criminosas encontrava-se na ementa e no artigo 1º da Lei 9.034/1995 (em sua redação originária), que rezava:

Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

CAPÍTULO I - Da Definição de Ação Praticada por Organizações Criminosas e dos Meios Operacionais de Investigação e Prova -

Art. 1º Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.

A Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, foi o primeiro diploma normativo que tratou do tema das Organizações Criminosas no Brasil. Contudo, ao fazê-lo, fez referência ao crime do artigo 288 do Código Penal (à época ainda denominado de “quadrilha ou bando”⁴¹). Desta feita, naquele momento histórico, **Organização Criminosa resumia-se impropriamente ao crime de quadrilha ou bando.**

40. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Crime Organizado*. Disponível em <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/crime_organizado.pdf> Acesso em 31 de janeiro de 2015.

41. Atualmente, com o advento da Lei 12.850/13, houve alteração do *nomen iuris* “quadrilha ou bando” para “associação criminosa”.

A referida legislação então vigente (em sua redação originária) não escapou às críticas deste coautor (LUIZ FLÁVIO GOMES), porque, em suma, não se poderia confundir quadrilha ou bando com Organizações Criminosas, haja vista que estas demandariam uma estrutura quase-empresarial com lastros na hierarquia, continuidade, e a busca dos ganhos econômicos, podendo ainda haver a interconexão com o poder público por meio da corrupção e um grande poder de intimidação, características estas inexistentes no tipo penal estampado no artigo 288 do Código Penal. Havia, portanto, incoerência na Lei 9.034/1995, pois sua ementa destinava a aplicação do diploma legal ao âmbito das Organizações Criminosas e, noutro giro, em seu artigo 1º, reduzia as Organizações Criminosas aos crimes resultantes de ações de quadrilha ou bando, figura típica esta que dispensa o fator “organização”, vale dizer, a Lei 9.034/1995 (em sua redação originária) não era fiel à semântica.

Nada obstante, autores como o saudoso mestre JÚLIO FABRINI MIRABETE e o promotor de justiça FERNANDO CAPEZ, dentre outros, sustentavam que a Lei 9.034/1995 havia equiparado quadrilha a Organização Criminosa.

Avante, a **Lei 10.217/2001**, talvez sensível às críticas defendidas por este coautor (LUIZ FLÁVIO GOMES), **alterou a redação do artigo 1º da Lei 9.034/1995, para então desvincular a expressão de quadrilha ou bando da expressão organização criminosa**, nos seguintes termos:

Artigo 1º. Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticados por **quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo**.

Diante desta **bipartição** ora verificada (**quadrilha ou bando de um lado e organização criminosa de outro**), a expressão “organização criminosa” ficou sem uma definição legal, gerando uma crise de eficácia com relação aos artigos da Lei 9.034/1995, bem como com relação ao artigo 1º, inciso VII da Lei 9.613/1998⁴² (Lei de Lavagem de Capitais em sua redação originária).

Nesta senda, aqueles que porventura foram condenados ao crime de lavagem em razão dos crimes cometidos em Organização Criminosa (artigo 1º, inciso VII da lei 9.613/1998) mereciam *abolitio criminis*⁴³.

42. Havia até então um rol taxativo de crimes antecedentes que podiam ser objeto do crime de lavagem de capitais, sendo que a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime praticado por organização criminosa possibilitava a incriminação por lavagem de capitais. Hodiernamente, com o advento da Lei 12.683/2012 o rol não é mais taxativo, permitindo que qualquer infração penal (crime ou contravenção penal) figure como antecedente do crime de lavagem de capitais.

43. Posição em sentido contrário: Ação Penal 470 (Mensalão) – O Ministro Joaquim Barbosa adotou o seguinte posicionamento: “Portanto, não procede a alegação de que o inciso VII do artigo 1º da Lei n. 9.613/98 era desprovido de eficácia antes da internalização da Convenção de Palermo

No âmbito das Execuções penais, a Lei 10.792/2003 modificou o artigo 52 da Lei 7.210/1984, e instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), possibilitando (pelo § 2º do referido dispositivo) incluir preso provisório ou condenado no referido regime, caso recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas. Muito embora tenha feito previsão da expressão “organizações criminosas”, a referida lei também não instituiu o seu conceito, obstaculizando, ao menos na teoria, a inclusão do preso que se encontrasse nestas condições no RDD.

Diante deste panorama, verificava-se grande dificuldade⁴⁴ ou, quiçá, o comodismo do legislativo em estabelecer um conceito legal de organização criminosa.

Alguns doutrinadores, em atropelo aos princípios da legalidade, taxatividade e reserva legal, a exemplo de VALDIR SZNICK, manifestaram à época que “o legislador teria acertado em não definir o que fosse organização criminosa, pois não se trataria de figura típica, devendo a sua conceituação ficar a cargo da doutrina e da jurisprudência”⁴⁵.

De todo modo, no dia 12 de março de 2004, foi promulgada pelo Brasil, através do Decreto-Lei 5.015/2004, a **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional** com *status* de lei ordinária, ocasião em que o artigo 2, **a definiu o que vinha a ser “Grupo Criminoso Organizado”**, muito embora não tenha tipificado esta conduta associativa.

Diante deste conceito de Organização Criminosa estabelecido na Convenção de Palermo, o **Superior Tribunal de Justiça e boa parte da doutrina** (a exemplo de FERNANDO CAPEZ⁴⁶) e inclusive a Resolução n. 3/2006 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) **passaram a aceitar o uso desta definição para o direito penal e processual penal interno**, seja para o emprego dos meios especiais de obtenção de provas previstos na Lei 9.034/1995, para fins de reconhecimento do crime antecedente do já revogado inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/1998, pois enxergavam o Decreto

no ordenamento jurídico pátrio – a complementação da norma já era realizada, embora com espectro mais restrito, pelo artigo 288 do Código Penal”.

44. A partir de uma análise empírica, autores como Morash apostavam na impossibilidade de formação de uma definição do que seja Organização Criminosa (MORASH, M. *Organized crime: major forms of crime*. Beverly Hills: Sage Publications, 1984 *apud in* MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado – aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 11), haja vista que tais organizações “assumem características que se adaptam às mudanças do ambiente social onde se encontram inseridas e portanto apresentam conotações diversas, no tempo e no espaço” (ZINCANI, Vito. *La criminalità organizzata: strutture criminale e controllo sociale*. Bologna: Editrice Clube. 1989, p. 77).
45. SZNICK, Valdir. Crime organizado: comentários. São Paulo: LEUD. 1997. p. 15 *apud in* FERRO, Ana Luiza Almeida. *Op. Cit.* p. 39.
46. CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: legislação penal especial. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2007. Vol. 4. P 30.

5.015/2004 como incorporação de uma Convenção Internacional ao ordenamento jurídico, internalizada conforme as regras consuetudinárias de direito internacional.

Nesta trilha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ, Quinta Turma, no HC 77.771-SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 30.05.08) aceitou tal definição para uso no Direito penal interno brasileiro em um caso concreto em que dois indivíduos foram denunciados pelo crime de lavagem de capitais, descrevendo a denúncia a existência de organização criminosa que se valeria de estrutura de entidade religiosa e de empresas vinculadas para arrecadar vultuosos valores, ludibriando fiéis mediante fraudes, desviando numerários oferecidos para finalidades ligadas à Igreja, da qual aqueles seriam dirigentes, em proveito próprio ou de terceiros. Veja-se ementa desta decisão do STJ:

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1.º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL. 1. Hipótese em que a denúncia descreve a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e empresas vinculadas, para arrecadar vultuosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes – mormente estelionatos -, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas citadas, algumas por meio de “testas-de-ferro”, desvirtuando suas atividades eminentemente assistenciais, aplicando seguidos golpes. 2. **Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente”.**

A referida decisão do STJ recebeu as **pioneiras críticas deste coautor (LUIZ FLÁVIO GOMES)**, dentre as quais passamos a elencar algumas que reputamos mais importantes para esta obra:

1ª) a **definição dada vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno**; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige “(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Todas as infrações enunciadas

na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal;

2ª) **definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*)⁴⁷.**

Isto posto, o mesmo caso concreto ora julgado pelo STJ supra citado (STJ, Quinta Turma, no HC 77.771-SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 30.05.08) foi reapreciado em 31 de maio de 2012 pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), oportunidade em que o **STF encampou a tese defendida outrora por este coautor (LUIZ FLÁVIO GOMES)**, concluindo que a conduta praticada era atípica, haja vista a inexistência de conceito legal de organizações criminosas à época. Ultimou ainda o Supremo que o **referido conceito não poderia ser extraído da Convenção de Palermo (Decreto nº 5.015/2004), sob pena de violação à premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF, art. 5º, XXXIX)⁴⁸.**

A decisão do STF *in caso* é irrefutável, haja vista que “se um tratado internacional pudesse definir um conceito de ‘organizações criminosas’ importaria, a nosso ver, em evidente violação ao princípio da legalidade, notadamente em sua garantia da *lex populi*”⁴⁹.

Os **tratados e convenções** configuram fontes diretas (imediatas) do direito internacional penal (relações do indivíduo com o *ius puniendi* internacional, que pertence a organismos internacionais – TPI, v.g), mas **jamais podem servir de base normativa para o direito penal interno (que cuida das relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro), cuja única fonte direta só pode ser a lei (ordinária ou complementar)**. A única manifestação legislativa que atende ao princípio da reserva legal é a lei⁵⁰ formal redigida, discutida, votada e aprovada pelos Parlamentares⁵¹.

Com efeito, conclui RENATO BRASILEIRO DE LIMA:

-
47. GOMES, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 30 de novembro de 2013.
 48. STF, 1ª Turma, HC nº 96.007/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/06/12, com entendimento semelhante: STF, Pleno, ADI 4.414/AL, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31/05/2012.
 49. LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. Rio de Janeiro: Impetus. 2013. P. 536.
 50. O conceito de “crime organizado” é matéria reservada à competência legislativa da União, tema interdito à lei estadual, à luz da repartição constitucional (art. 22, I, CRFB) - ADI N. 4.414-AL -RELATOR: MIN. LUIZ FUX – Informativo 667.
 51. GOMES, Luiz Flávio. *Os tratados internacionais podem definir delitos e penas?* Revista Juristas. João Pessoa. a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/modrevistas.asp?ic=3111>. Acesso em: 10/12/2007.

Admitir que os tratados internacionais possam definir crimes ou penas significa desempenhar o papel de regulador do direito penal incriminador. Fosse isso possível, esvaziar-se-ia o princípio da reserva legal, que, em sua garantia da *lex populi*, exige obrigatoriamente a participação dos representantes do povo na elaboração e aprovação do texto que cria ou amplia o *jus puniendi* do Estado Brasileiro⁵².

Frente a este panorama de total vácuo conceitual legal de Organização Criminosa no Brasil, agora reconhecido pela Corte Suprema do país, o legislador resolveu abandonar a inércia, e fazer frente ao compromisso internacional assumido na Convenção de Palermo, qual seja: prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada.

Para tanto, no dia 24 de julho de 2012 promulgou-se a **Lei 12.694**, que passou a dispor sobre o **processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas**, e o seu artigo 2º passou a conceituar “organização criminosa” para os “fins desta lei”. Veja-se o conceito”:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

A doutrina festejou o conceito de Organização Criminosa trazido pelo Artigo 2º da Lei 12.694/2012 (que é praticamente uma réplica do conceito adotado pela Convenção de Palermo), chegando a afirmar que, mesmo tendo o legislador previsto que o conceito era “para os efeitos desta Lei”, a referida definição estender-se-ia inclusive para: a) a incidência dos meios especiais probatórios da Lei 9.034/1995; b) a incidência da causa de aumento de pena do crime de lavagem de capitais de um a dois terços se o crime fosse cometido por organização criminosa (Lei 9.613/1998, art. 1º, § 4º, com redação dada pela Lei 12.683/2012); c) imputar ao acusado a inelegibilidade decorrente de crimes praticados por Organizações do artigo 1º, inciso I, e, item 10 Lei Complementar 64/1990 (incluído pela Lei Complementar 135/2010); d) o não reconhecimento do tráfico de drogas privilegiado quando o agente se dedicar a organizações criminosas (Artigo 33, § 4º da Lei 11.343/2006); e) a sujeição do preso provisório ou condenado sob a qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas (Artigo 52, §2º da Lei 7.210/1984 – incluído pela Lei 10.792/2003); f) realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de sons e imagens em tempo real, a fim de prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa (Artigo 185, § 2º, inciso I do Código de Processo Penal).

52. LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 536.

Doutrinadores como RENATO BRASILEIRO DE LIMA⁵³ e CRISTIANE DUPRET⁵⁴ eram defensores desta **posição que ampliava o âmbito de incidência do conceito, mesmo que em interpretação desfavorável ao réu.**

Era equivocado o posicionamento destes autores, *data máxima venia*, em especial por gerar analogia *in mallam partem*, vedado no direito penal brasileiro. Valem aqui as lições do jurista argentino EUGENIO RAÚL ZAFFARONI no sentido de ser inadmissível a “interpretação extensiva, se por ela se entende a inclusão de hipóteses punitivas que não são toleráveis pelo limite máximo da resistência semântica da letra da lei, porque isso seria analogia”⁵⁵.

Perfilhando do mesmo entendimento que o nosso, temos JOSÉ PAULO BALTAZAR JÚNIOR, que leciona: “tal conceito é limitado aos efeitos da própria lei, como consignado no próprio texto”⁵⁶.

Assim, se o conceito de organizações criminosas trazido pela Lei 12.694/2012 era somente para os efeitos daquela lei (com caráter exclusivamente procedimental), não poderia, portanto, o intérprete ampliar o âmbito do referido conceito de maneira prejudicial ao réu.

Assim, a Lei 12.694/2012 ao invés de prever que o aludido conceito serviria para todos os fins legais, colocando fim ao vácuo conceitual, fez o contrário, ou seja, previu que o conceito de organizações criminosas por ela trazido serviria unicamente para os fins de formação de juízo colegiado em 1º grau de jurisdição, reforçando ainda mais a inexistência de um conceito para outros fins legais.

Justamente por isso, **em 02 de agosto de 2013 foi aprovada e sancionada a lei 12.850/2013 (nova lei de organizações criminosas), revogando, assim, expressamente a Lei 9.034/1995 (antiga Lei de combate ao Crime Organizado) e trazendo um novo conceito de organização criminosa (agora para todos os fins), com tênues variações quando comparadas com os conceitos da lei 12.694/2012 e da Convenção de Palermo.** Veja-se o novo conceito de organização criminosa delineado pela Lei 12.850/2013:

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

53. LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 536.

54. DUPRET, Cristiane. *Leis Penais Especiais – direito penal econômico*. Minas Gerais: Jus Editora. 2012. p.507-508.

55. PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V. 1. Parte Geral. 9ª ed. São Paulo: RT. 2011. p. 160.

56. BALTAZAR JÚNIOR, Paulo. *Crimes Federais*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 1266.

Tal situação só confirma, portanto, que vivemos em uma intensa “modernização”, uma “modernidade líquida”. Nos ensinamentos de ZYGMUNT BAUMAN a modernização significa não aceitar as coisas como elas são, e sim transformá-las em algo que consideramos que é melhor. Modernizamos tudo. E um exemplo claro disto é o próprio conceito de Organizações Criminosas, que, com a mesma facilidade e velocidade de um camaleão mudando de cor, foi alterado em curtíssimos espaços de tempo. Como ensina BAUMAN, as coisas hoje não duram muito tempo. Isso é o mundo líquido. Nada tem uma forma definida que dure muito tempo. Funde-se o que é sólido, para transformá-lo em líquido e moldá-lo novamente. Hoje a maior preocupação da nossa vida social e individual é como prevenir que as coisas sejam fixas, que sejam tão sólidas que não possam mudar o futuro. Não acreditamos que existam soluções definitivas, e não é só isso: não gostamos delas⁵⁷.

Em que pesem as críticas, a Lei 12.850/2013 está em plena vigência, e finalmente temos um conceito de Organização Criminosa (que esperamos que dure, muito embora exista um Projeto de Novo Código Penal com definição distinta da atual).

A Lei 12.850/2013, de acordo com o seu artigo 27, entrou em **vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a data da sua publicação** oficial (prazo de *vacatio legis*⁵⁸). Como a aludida lei foi publicada no Diário Oficial de União no dia 05 de agosto de 2013, e de acordo com o art. 8º, § 1º, da Lei Complementar 95/98 “a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral” (Texto incluído pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001), **o início de sua vigência ocorreu a partir do dia 19 de setembro de 2013.**

Neste cenário, surgem algumas **Questões Controvertidas**. Vejamos:



O CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DADO PELA LEI 12.694/2012 CONTINUA VÁLIDO?

► 1º POSICIONAMENTO (MAJORITÁRIO)



57. BAUMAN, Zygmunt. *Entrevista Zygmunt Bauman – “É possível que já estejamos em plena revolução”*. 27 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.contioutro.com/entrevista-zygmunt-bauman-e-possivel-que-ja-estejamos-em-plena-revolucao/>. Acesso em: 26/02/2015.

58. Tempo de divulgação e de conhecimento da lei.

Como já vimos, o art. 1º da Lei 12.694/2012 criou a possibilidade de julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição, nos crimes praticados por organizações criminosas. Ademais, esta lei trouxe em seu artigo 2º o conceito de organização criminosa, para fins processuais, mas não criou o crime respectivo.

Ocorre que a Lei 12.850/2013 também trouxe um diferente conceito de Organização Criminosa, não derogando de maneira expressa o conceito da Lei 12.694/2012.

Assim, surge a dúvida: O conceito de organização criminosa dado pela Lei 12.694/2012 continua válido? Para este primeiro posicionamento a resposta é: não.

O conceito dado pela Lei 12.694/2012 estava atrelado ao julgamento colegiado em primeira instância. Essa possibilidade continua. Mas, agora, o juiz tem que se valer do conceito de organização criminosa da Lei 12.850/13, pelo seguinte: é com esta nova lei que veio, pela primeira vez no Brasil, o conceito de “crime” organizado. O processo (julgado por juiz singular ou por juiz colegiado) existe para tornar realidade a persecução de um crime (ele é o instrumento da *persecutio criminis in iudicio*). **O julgamento colegiado em primeiro grau é instrumento, não a substância. É a forma, não a matéria.** Se o instrumento processual existe para tornar realidade o material, o substancial (o essencial), claro que esse instrumento deve estar conectado ao principal. **O acessório segue a sorte do principal (teoria da gravitação).** Quando os juízes se reúnem coletivamente é para apurar e julgar um “crime organizado”. Eles não se reúnem para julgar a organização criminosa, isoladamente, que constitui apenas uma parte do crime organizado (continente é o crime organizado, sendo a organização criminosa um conteúdo). O que importa para fins penais e processuais é o crime (não a parte dele). Se o conceito de crime organizado está dado pela nova lei, aos juízes competem seguir a nova lei, respeitando o seu conceito de crime organizado, que nada mais é que a soma dos requisitos típicos do art. 2º com a descrição de organização criminosa do art. 1º, ambos da Lei 12.850/2013.

Em síntese: doravante, somente pode haver julgamento colegiado em primeira instância quando presentes os requisitos do crime organizado dado pela nova lei (Lei 12.850/13). **Desapareceu do ordenamento jurídico válido o conceito dado pela Lei 12.694/2012. A nova lei regulou a matéria (organização criminosa) de forma integral. Essa é uma das formas de revogação da lei anterior. Dois conceitos sobre a mesma essência só gerariam confusão.** Também por esse motivo é melhor a interpretação do conceito único: o novo. Agregue-se outro argumento, de política criminal: se o legislador, por razões de política criminal, optou na nova configuração legal pelo número mínimo de 4 pessoas, é preciso respeitar essa decisão política. E se ela integra o conceito de crime organizado, não há como o juiz aplicar o conceito anterior da Lei 12.684/12, que foi construído sob a égide de outras escolhas de política criminal. A posterior derroga a anterior.

Seguem esta 1ª posição: ANDRÉ CARLOS E REIS FRIEDE⁵⁹, CEZAR ROBERTO BITENCOURT⁶⁰, EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE e MARCUS TADEU MACIEL NAHUR⁶¹, GUILHERME DE SOUZA NUCCI⁶², EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA⁶³, LUIZ REGIS PRADO⁶⁴, MARCELO BATLOUNI MENDRONI⁶⁵, NORBERTO AVENA⁶⁶, REJANE ALVES DE ARRUDA⁶⁷, RENATO BRASILEIRO DE LIMA⁶⁸, ROGÉRIO GRECO⁶⁹, ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO⁷⁰. Também nós adotamos este mesmo entendimento.

► 2º POSICIONAMENTO (MINORITÁRIO)

SIM

Seguem este 2º posicionamento: CLÁUDIO MIKIO SUZUKI e VINICIUS COTTA AZEVEDO, RÔMULO ANDRADE MOREIRA, bem como FERNANDO CAPEZ.

CLÁUDIO MIKIO SUZUKI e VINICIUS COTTA AZEVEDO:

Note-se, portanto, que a Lei 12.850/13 não revogou o conceito de organização criminosa, pois a Lei 12.694/12 dispõe da seguinte frase 'Para efeitos desta Lei...', logo para que possa o poder judiciário utilizar os

-
59. CARLOS, André; FRIEDE, Reis. Aspectos jurídico-operacionais do Agente Infiltrado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2014. p. 47-48.
 60. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – parte especial 4. 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 455-456.
 61. CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. Criminalidade Organizada & Globalização desorganizada – curso completo de acordo com a lei 12.850/13. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2014. p. 119-122.
 62. NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa – Comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. São Paulo: RT. 2013. p. 22.
 63. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18ª ed. São Paulo: Altas. 2014. p. 842.
 64. PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 406.
 65. MENDRONI, Marcelo Batlouni. Comentários à lei de combate ao crime organizado – lei 12.850/13. São Paulo: Atlas. 2014.p. 5-6.
 66. AVENA, Norberto. Processo Penal esquematizado. 6ª ed. São Paulo: Método. 2014. P. 843.
 67. ARRUDA, Rejane Alves de (Coord.). Organização Criminosa – comentários à lei nº12.850 de 05 de agosto de 2013. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013. p. 19-20.
 68. LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial comentada. 2ª ed. Bahia: Editora Juspodivm. 2014. p.479-480.
 69. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte especial – volume IV. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2014. p. 220-221.
 70. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Crime Organizado – comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei 12.850/2013. Bahia: Jus Podivm. 2013. p. 14-15.

parâmetros de sua lei de proteção conceituará quadrilha (sic) conforme o artigo segundo de sua lei. O que irá gerar confusão quanto ao real conceito de organização criminosa⁷¹.

RÔMULO ANDRADE MOREIRA:

Perceba-se que esta nova definição de organização criminosa difere, ainda que sutilmente, da primeira (prevista na Lei 12.694/2012) em três aspectos, o que nos leva a afirmar que hoje temos duas definições para organização criminosa: a primeira que permite ao juiz decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro grau e a segunda (Lei 12.850/2013) que exige uma decisão monocrática. Ademais, o primeiro conceito contenta-se com a associação de três ou mais pessoas, aplicando-se apenas aos crimes (e não às contravenções penais), além de abranger os delitos com pena máxima igual ou superior a quatro anos. A segunda exige a associação de quatro ou mais pessoas (e não três) e a pena deve ser superior a quatro anos (não igual). Ademais, a nova lei é bem mais gravosa para o agente; [...] logo, a distinção existe e deve ser observada⁷².

Veja-se o posicionamento de FERNANDO CAPEZ:

A lei n. 12.694/2012 dispõe sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas.

Essa lei trouxe um conceito legal de organização criminosa e, segundo nosso entendimento, deve ser utilizado para os fins processuais previstos na *novatio legis* de 2012. [...]

Referido conceito foi formulado para o fim de permitir ao juiz decidir pela formação de colegiado, visando à prática de qualquer ato processual, com o claro propósito legal de preservar a integridade física e psicológica do julgador na prática de atos processuais. Tanto que a definição de organização criminosa, no art. 2º da Lei 12.694/2012, começa com a expressão “Para os efeitos desta Lei...”. Assim, sua finalidade é nitidamente processual, consistente em permitir a constituição de um colegiado para a prática de atos processuais, tais como a decretação de prisão ou de medidas assecuratórias, a concessão de liberdade provisória, a sentença e a execução da pena (Lei n. 12.694/2012, art. 1º).

Tendo em vista que normas processuais admitem interpretação extensiva e emprego de analogia (CPP, art. 3º), mesmo que não haja formação de colegiado, poderão ser aplicadas todas as regras processuais da Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Não teria sentido – apenas pelo fato de o órgão julgador não ser colegiado, mas unitário – deixarem de incidir os dispositivos processuais próprios de combate à organização criminosa previstos na Lei do Crime Organizado. O conceito

71. SUZUKI, Cláudio Mikio; AZEVEDO, Vinicius Cotta. Organização Criminosa: confusões e inovações trazidas pela Lei 12.850/13. Disponível em www.atualidadesdodireito.com.br, acesso em 29.08.2013.

72. MOREIRA, Rômulo Andrede. A nova lei de organização criminosa – Lei Nº. 12.850/2013. 1ª ed., Porto Alegre, Ed. Lex Magister, 2013, p. 30 – no prelo.

somente não terá aplicação para efeitos penais diante da impossibilidade de analogia em norma penal incriminadora e *in malam partem*.

AURY LOPES JUNIOR, ao tratar em sua obra acerca da Lei 12.694/2012 (Julgamento Colegiado para os Crimes praticados por organizações criminosas) parece seguir o posicionamento da minoria, pois faz referência que o conceito aplicável de “organização criminosa” para fins de formação do juízo colegiado em primeiro grau de jurisdição é o do artigo 2º da referida lei, e não o do artigo 1º, §1º da Lei 12.850/2013⁷³.

Já ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO limitam-se a dizer que o conceito de “organização criminosa” da lei 12.850/13 é “mais garantista” que o da lei 12.694/12⁷⁴.



OS CASOS EM QUE SE INSTALARAM JUÍZO COLEGIADO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO DENTRO DO CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DO ARTIGO 2º DA LEI 12.694/12 PODERÃO TER SUA VALIDADE QUESTIONADA COM O ADVENTO DA LEI 12.850/13 (QUE TROUXE UM NOVO CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA)?

▶ 1º POSICIONAMENTO



De acordo com MARCO ANTÔNIO DE BARROS:

todos os casos em que, por exemplo, foram instalados juízos colegiados para julgamentos envolvendo a atuação de organização criminosa, constituída pela integração de três sujeitos, conforme dispõe a lei 12.694/2012, poderão, a partir da vigência da lei 12.850/2013 ter a sua validade questionada perante os Tribunais⁷⁵.

73. LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 481.

74. DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. Leis Penais Especiais Comentadas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 1030.

75. BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. 4ª ed. São Paulo: RT. 2013. p. 196-197.

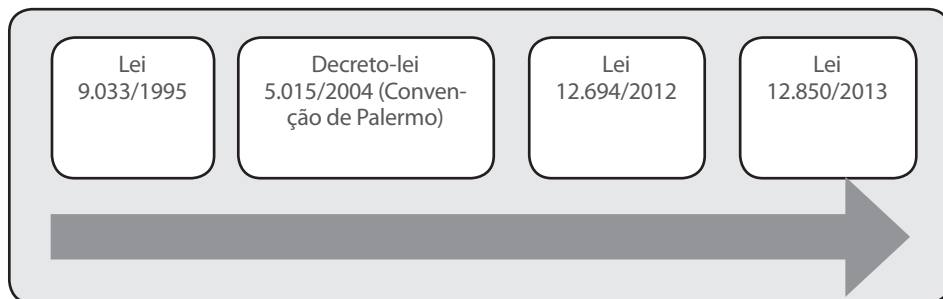
▶ 2º POSICIONAMENTO (Nosso entendimento)

NÃO

Usamos discordar, com a devida vênia, do posicionamento do ilustre professor MARCO ANTÔNIO DE BARROS, doutor em processo penal pela USP (Universidade de São Paulo), pois a norma do juízo colegiado em primeiro grau de jurisdição é **estritamente procedimental**, e como sabemos, em decorrência do princípio processual do *tempus regit actum*, continuam plenamente válidos os atos processuais anteriores (decisões proferidas pelo juízo colegiado) à nova Lei 12.850/2013 (que para a maioria da doutrina e na nossa ótica alterou o conceito de organização criminosa da Lei 12.694/2012). A utilização do aludido princípio inclusive encontra respaldo no artigo 2º do Código de Processo Penal, que reza: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Neste sentido, confira NESTOR TÁVORA e ROSMAR RODRIGUES ALENCAR acerca do referido princípio: “Os atos anteriores já praticados antes da vigência da nova norma continuam válidos. Por imperativo constitucional, há de ser respeitado o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal)”⁷⁶.

Ademais, conforme artigo 563 do CPP⁷⁷, não há nulidade se não houver prejuízo para a acusação ou para a defesa – *pas de nullité sans grief*.

Podemos esquematizar a evolução conceitual de “Organização Criminosa” por meio da ilustração abaixo:



76. ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 8ª ed. Bahia: Juspodivm. 2013. p. 49.

77. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.