

I – Introdução - A Posição do Supremo Tribunal Federal

Como é cediço, na sessão do dia 12 de junho do ano de 2012, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº. 96007, decidiu “trancar” um processo no qual os pacientes respondiam pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro por meio de organização criminosa, previsto no inciso VII do artigo 1º da Lei 9.613/98. A decisão foi unânime. A denúncia do Ministério Público “revelava a existência de uma suposta organização criminosa, comandada pelos pacientes, que se valeria da estrutura de entidade religiosa e de empresas vinculadas para arrecadar grandes valores em dinheiro, ludibriando os fiéis mediante variadas fraudes, 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, desvirtuando as atividades eminentemente assistenciais e aplicando seguidos golpes.” No habeas corpus a defesa alegou “que na própria Lei nº. 9.613/98 diz que para se configurar o crime de lavagem de dinheiro é necessária a existência de um crime anterior, que a denúncia aponta ser o de organização criminosa. Para o advogado, contudo, não existe no sistema jurídico brasileiro o tipo penal organização criminosa, o que levaria à inépcia da denúncia.”

Esta matéria voltou novamente a julgamento com a apresentação do voto-vista da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha que, em novembro de 2009, havia pedido vista dos autos após os votos dos Ministros Marco Aurélio (relator) e Dias Toffoli, favoráveis ao encerramento do processo. Na sessão do dia 12 de junho, a Ministra Cármen Lúcia votou da mesma forma, concedendo a ordem e, na sequência do julgamento, os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber também se

¹ Rômulo de Andrade Moreira é Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos do Ministério Público do Estado da Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG) e IELF (SP). Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares” (2011), “Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo” (2013), “Uma Crítica à Teoria Geral do Processo” (2013), publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal” (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

manifestaram nesse sentido. A Ministra Cármen Lúcia ressaltou “*a atipicidade do crime de organização criminosa, tendo em vista que o delito não consta na legislação penal brasileira.*” Ela afirmou “*que, conforme o relator, se não há o tipo penal antecedente, que se supõe ter provocado o surgimento do que posteriormente seria “lavado”, não se tem como dizer que o acusado praticou o delito previsto no artigo 1º da Lei 9.613/98.*” De acordo com a Ministra, a questão foi debatida recentemente pelo Plenário do Supremo, que concluiu no sentido do voto do Ministro Marco Aurélio, ou seja, de que “*a definição emprestada de organização criminosa seria acrescentar à norma penal elementos inexistentes, o que seria uma intolerável tentativa de substituir o legislador, que não se expressou nesse sentido.*” “*Não há como se levar em consideração o que foi denunciado e o que foi aceito*”, concluiu. (Grifo nosso).

Naquela oportunidade louvamos a acertada decisão da Turma do Supremo Tribunal Federal, pois se atentou para o princípio da legalidade, absolutamente inafastável em um Estado Democrático de Direito, ainda mais quando se trata de estabelecer uma exata definição acerca de uma estrutura criminosa que permite ao Estado autorizar contra o indivíduo, ainda presumivelmente inocente, atos investigatórios invasivos de sua privacidade.

II – As Organizações Criminosas

Evidentemente que não se desconhecia nem se negava, à época, a existência de organizações criminosas, inclusive em nosso País, mas era preciso que, antes de qualquer coisa, houvesse um conceito legal para aquelas estruturas criminosas, tal como fazia (porque agora foi modificado), por exemplo, o Código Penal, no art. 288, ao conceituar o crime de quadrilha ou bando e a Lei nº. 11.343/06, no art. 35 (Associação para o Tráfico – Lei de Drogas, ainda em vigor).

Obviamente, e até como uma decorrência do tráfico internacional de drogas e da lavagem de capitais², mas não somente por causa deles, o crime organizado vem, desde há algum tempo, desenvolvendo-se em todo o mundo. Hoje, apenas para citar alguns exemplos, temos os grandes cartéis das drogas, inclusive na América Latina, as máfias italiana, japonesa e russa, os traficantes de armas, o terrorismo, etc., etc., tudo facilitado pela globalização e pelos seus respectivos instrumentos de atuação.

A questão situava-se, no entanto, na grande dificuldade, inclusive doutrinária, de estabelecer exatamente o conceito de crime organizado, até para que se pudessem utilizar adequadamente os meios repressivos postos à disposição da Polícia e da Justiça criminal no combate a este tipo de atividade e, ao mesmo tempo, impedir que fossem aplicados tais atos investigatórios (evidentemente mais drásticos e gravosos) em casos que não eram especificamente de “organização criminosa”.

² Kellens (“L’evolution de la théorie du crime organisé”), citado por Montalvo, José Antonio Choclán, in La Organización Criminal, Madrid: Dykinson, 2000, p. 12, adverte para a estreita vinculação da criminalidade organizada com a lavagem de dinheiro.

Em trabalho anterior e já vetusto, arriscamo-nos (equivocadamente, hoje reconhecemos), a conceituar crime organizado como uma estrutura criminosa formada por um número razoável de integrantes, ordenados de forma estável e duradoura, tendo como finalidade precípua a prática de um determinado ilícito penal, continuamente, utilizando-se quase sempre do mesmo *modus operandi*, além de violência e da alta tecnologia, inclusive bélica.

III – A Convenção de Palermo

É verdade que, diante da então lacuna legislativa, alguns doutrinadores, Juízes e Tribunais, encontravam esta definição legal em nosso ordenamento jurídico por força do Decreto nº. 5.015/2004, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, onde se lê que se considera “Grupo Criminoso Organizado” aquele “*estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.*”

Nunca concordamos com tal entendimento (apesar de respeitarmos quem o fazia), pois entendíamos que uma norma internacional de caráter incriminadora não podia adentrar o nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, a exegese dos §§ 2º. e 3º. do art. 5º. da Constituição Federal.

A propósito, eis o que dizia Luiz Flávio Gomes:

*“1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade; 2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, 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; 3º) 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*). Vejamos: quando se trata das relações do indivíduo com organismos internacionais (com o Tribunal Penal Internacional, v.g.), os tratados e convenções constituem as diretas fontes desse Direito penal, ou seja, eles definem os crimes e as penas. É o que foi feito, por exemplo, no Tratado de Roma (que criou o TPI). Nele acham-se contemplados os crimes internacionais (crimes de guerra,*

contra a humanidade etc.) e suas respectivas sanções penais. Como se trata de um ius puniendi que pertence ao TPI (organismo supranacional), a única fonte (direta) desse Direito penal só pode mesmo ser um Tratado internacional. Quem produz esse específico Direito penal são os Estados soberanos que subscrevem e ratificam o respectivo tratado. Cuidando-se do Direito penal interno (relações do indivíduo com o ius puniendi do Estado brasileiro) tais tratados e convenções não podem servir de fonte do Direito penal incriminador, ou seja, nenhum documento internacional, em matéria de definição de crimes e penas, pode ser fonte normativa direta válida para o Direito interno brasileiro. O Tratado de Palermo (que definiu o crime organizado transnacional), por exemplo, não possui valor normativo suficiente para delimitar internamente o conceito de organização criminosa (até hoje inexistente no nosso país). Fundamento: o que acaba de ser dito fundamenta-se no seguinte: quem tem poder para celebrar tratados e convenções é o Presidente da República (Poder Executivo) (CF, art. 84, VIII), mas sua vontade (unilateral) não produz nenhum efeito jurídico enquanto o Congresso Nacional não aprovar (referendar) definitivamente o documento internacional (CF, art. 49, I). O Parlamento brasileiro, de qualquer modo, não pode alterar o conteúdo daquilo que foi subscrito pelo Presidente da República (em outras palavras: não pode alterar o conteúdo do Tratado ou da Convenção). O que resulta aprovado, por decreto legislativo, não é fruto ou expressão das discussões parlamentares, que não contam com poderes para alterar o conteúdo do que foi celebrado pelo Presidente da República. Uma vez referendado o Tratado, cabe ao Presidente do Senado Federal a promulgação do texto (CF, art. 57, § 5º), que será publicado no Diário Oficial. Mas isso não significa que o Tratado já possua valor interno. Depois de aprovado ele deve ser ratificado (pelo Executivo). Essa ratificação se dá pelo Chefe do Poder Executivo que expede um decreto de execução (interna), que é publicado no Diário Oficial. É só a partir dessa publicação que o texto ganha força jurídica interna (Cf. Mazzuoli, Valério de Oliveira, Curso de Direito Internacional Público, 2. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 291 e SS). Conclusão: 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), porque o parlamento brasileiro, neste caso, só tem o poder de referendar (não o de criar a norma). A dimensão democrática do princípio da legalidade em matéria penal incriminatória exige que o parlamento brasileiro discuta e crie a norma. Isso não é a mesma coisa que referendar. Referendar não é criar ex novo.”³

Montalvo, após advertir que o conceito de criminalidade organizada possui “contornos muito imprecisos e cheios de relativismos”, estabelece algumas condições fundamentais para que bem se caracterize a existência de uma organização criminal, a saber: “la existencia de un centro de poder, donde se toman las decisiones”; “actuación a distintos niveles jerárquicos”; “aplicación de tecnología y logística”; “fungibilidad o intercambialidad de los miembros”; “sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder”; “movilidad internacional” e “aparición de legalidad y presencia en los mercados como medio de transformación de los ilícitos beneficios”.⁴

³ Gomes, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 06 de maio de 2009.

⁴ Montalvo, José Antonio Choclán, La Organización Criminal, Madrid: Dykinson, 2000, p. 09.

Exatamente por causa desta “*mobilidade internacional*” da qual se refere o jurista espanhol e que indiscutivelmente caracteriza a organização criminosa, é que, como dizia o Juiz italiano Falcone, “*la correcta política-criminal frente a la delincuencia organizada es la destrucción del poder económico de estas organizaciones a través de la cooperación internacional efectiva y eficaz*”.⁵

IV – A Lei nº. 9.034/90 – A Antiga Lei do Crime Organizado (Revogada)

Em 1995, foi promulgada a Lei nº. 9.034/95, que dispunha (pois acaba de ser expressamente revogada, como veremos adiante) sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações e associações criminosas, além da quadrilha ou bando, definindo e regulando os respectivos meios de prova e procedimentos investigatórios. Por ela, permite-se, em qualquer fase da persecução criminal, ou seja, tanto na investigação criminal, quanto na instrução criminal, e sem prejuízo dos meios de prova já previstos na legislação processual brasileira, os seguintes atos investigatórios: 1) A ação controlada; 2) O acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais; 3) A captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial e 4) A infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

O seu art. 5º. dispunha que a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas seria realizada independentemente da identificação civil. Igualmente, nos crimes praticados em organização criminosa, a pena seria reduzida de um a dois terços quando a colaboração espontânea do agente levasse ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria (delação premiada).⁶ O prazo para encerramento da instrução criminal em tais processos seria de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estivesse preso e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto.

Proibia-se a liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tivessem tido intensa e efetiva participação na organização criminosa e, também, o direito do réu de apelar em liberdade, proibições logo desautorizadas por diversas decisões do Supremo Tribunal Federal. Por fim, os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciariam o cumprimento da pena em regime fechado.

Ora, com aquela decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal (transcrita no início deste artigo), restava uma pergunta: poderíamos ainda aplicar os dispositivos da Lei nº. 9.034/95 quando se tratasse de organização criminosa? A resposta, evidentemente, era negativa, restando apenas as ações praticadas

⁵ Apud, Montalvo, ob. cit., p. 13.

⁶ A respeito da delação premiada, leia-se o que escrevemos na obra “Direito Processual Penal”, Curitiba: Juruá, 2010.

por quadrilha ou bando (art. 288, Código Penal, que também agora desapareceu) ou associações criminosas voltadas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e parágrafo primeiro, e 34 da Lei de Drogas – (Lei nº. 11.343/06, art. 35).

V – A Lei nº. 12.694/2012

Após a decisão da Suprema Corte, tratou-se de promulgar a Lei nº. 12.694/2012, que (ainda) conceitua (porque não foi revogada, sequer implicitamente, como ocorreu expressamente com a Lei nº. 9.034/95) uma organização criminosa como *“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.”*

Com esta definição legal (não isenta de reparos, evidentemente - mas este não é o escopo deste trabalho), salvava-se, ainda que tardiamente, a lei anterior, promulgada há quase duas décadas (Lei nº. 9.034/95).

A “grande” novidade trazida pela nova lei (que não revogava a Lei nº. 9.034/95, muito pelo contrário, reafirmava-a) consiste na faculdade do Juiz decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro grau (como o Conselho de Sentença – no Júri, ou o Conselho de Justiça – na Justiça Militar) para a prática de qualquer ato processual em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas (com aquela definição), especialmente para a decretação de prisão ou de medidas assecuratórias, para a concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão, para a prolação da sentença e, inclusive, para incidentes do processo de execução penal, a saber: progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena, concessão de liberdade condicional, transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima e inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado. Este órgão jurisdicional será formado pelo juiz do processo e por dois outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição. A sua competência limita-se ao ato para o qual foi convocado e as suas reuniões poderão ser sigilosas sempre que houver risco de que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial, respeitando-se, obviamente, o princípio constitucional da publicidade dos atos processuais. A reunião do colegiado composto por juízes domiciliados em cidades diversas poderá ser feita pela via eletrônica, por meio da videoconferência.

Para que se instaure este órgão colegiado, mister que o Magistrado indique os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada, da qual será dado conhecimento às respectivas Corregedorias.

A fim de que se assegure o sigilo de cada um dos Juízes e, conseqüentemente, a segurança do Magistrado, a lei estabelece que as decisões do colegiado, devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, serão publicadas sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro, devendo os Tribunais, no âmbito de suas competências, expedir normas regulamentando a composição do colegiado e os procedimentos a serem adotados para o seu funcionamento.

Evidentemente que os Ministérios Públicos, da União e dos Estados, deverão estabelecer normas que estabeleçam junto a estes órgãos colegiados a atribuição, igualmente, de três membros do parquet, pois não faz sentido garantir-se a segurança dos Magistrados e não dos acusadores. Esta tarefa caberá, certamente, ao Conselho Nacional do Ministério Público, por meio de resolução.

Aliás, os Tribunais, no âmbito de suas competências, estão autorizados a tomar medidas para reforçar a segurança dos prédios da Justiça, especialmente o controle de acesso, com identificação, aos seus prédios, especialmente aqueles com varas criminais, ou às áreas dos prédios com varas criminais; a instalação de câmeras de vigilância nos seus prédios, especialmente nas varas criminais e áreas adjacentes; a instalação de aparelhos detectores de metais, aos quais se devem submeter todos que queiram ter acesso aos seus prédios, especialmente às varas criminais ou às respectivas salas de audiência, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública (membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Magistratura e Advogados), ressalvados os integrantes de missão policial, a escolta de presos e os agentes ou inspetores de segurança próprios.

A propósito, vale transcrever a opinião de Rafael Fecury Nogueira, publicada no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 240 (novembro/2012), sob o título “Nova Lei 12.694/2012 e o julgamento colegiado de organizações criminosas: há vantagens nisso?": *“O pressuposto fático para a convocação do colegiado é o risco à integridade física do juiz (art. 1.º, § 1.º). Com efeito, havendo circunstância que acarrete risco para o julgador em determinado feito envolvendo organização criminosa, surge para ele a possibilidade de convocação do colegiado de juízes para deliberar sobre qualquer ato decisório. Não se pode olvidar que a decisão que convoca o colegiado deve ser devidamente motivada com a exposição das razões pelas quais se vislumbrou o risco à integridade física do juiz a partir da explicitação das circunstâncias verificadas que, em regra, giram ao redor de ameaças ao magistrado. O primeiro problema prático da Lei 12.694/2012 surge já na própria formação do colegiado, pois, o art. 1.º, § 2.º, prevê que o mesmo será formado pelo juiz do processo e por 2 (dois) outros juízes escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição. Esse dispositivo poderia ter melhor redação, justamente por prever que os magistrados que comporão o colegiado serão escolhidos dentre juízes com competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição sem estipular um limite territorial para tanto, o que é secundado pelo art. 1.º, § 5.º, que possibilita a reunião do colegiado composto por juízes domiciliados em cidades diversas, podendo ser feita pela via eletrônica. Por isso, a ausência de fixação de critérios de delimitação territorial para a convocação dos juízes componentes do colegiado poderá acarretar problemas para a própria atividade ordinária dos juízes convocados, pois, tomando-se como exemplo o Estado de São Paulo, um juiz de direito da capital tem competência criminal de primeira instância tanto quanto a de um juiz da comarca de Sertãozinho ou de Bauru, o que a*

diferencia é a delimitação territorial dessa competência a partir do local da prática do crime. Pensando nisso, indaga-se: haverá critério de delimitação territorial para convocar um juiz para o colegiado? Caso sim, deverá o respectivo Tribunal definir a abrangência territorial para essa convocação (art. 1.º, § 7.º). Caso não, resta a possibilidade de convocar um juiz de uma cidade distante por inexistir delimitação da competência territorial, podendo comprometer a devida prestação jurisdicional, mormente em comarcas de vara única, em face da possibilidade de ausência temporária do juiz. Eis, portanto, uma questão a ser resolvida administrativamente pelos próprios Tribunais. A previsão de sigilo das reuniões do colegiado em caso de risco de prejuízo à eficácia da decisão judicial possui amparo constitucional na possibilidade de restrição da publicidade dos atos processuais (art. 93, IX), lembrando-se que não existe sigilo para o acusado, que deverá ter acesso às reuniões do colegiado por meio de seu defensor. Enfim, a questão mais delicada trazida pela Lei 12.694/2012 é, sem dúvida, a previsão de publicação das decisões do colegiado sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro (art. 1.º, § 6.º), significando que não se conhecerá o voto de cada juiz individualmente caso haja divergência. Essa lei é publicada 1 (um) ano após o triste episódio que culminou com a morte de uma magistrada carioca. Por isso, desde logo, vê-se a motivação que levou à edição da lei, que nasce, sobretudo, para proteger o magistrado a partir da formação do colegiado para julgamento dos crimes envolvendo organizações criminosas. No entanto, o novo diploma adotou uma prática meramente retórica e sem efetividade alguma, servindo-se de um expediente que apenas distribui as responsabilidades por um provimento jurisdicional contrário ao(s) réu(s), que, agora, passa a ser proferido por três juízes, e não apenas por um, como antes. Isso porque, nos termos da nova lei, os três juízes serão conhecidos, não se tratando propriamente dos “juízes sem rosto” semelhantes aos modelos previstos em legislações como a da Itália, Colômbia e Peru,⁽¹⁾ inexistindo previsão de omissão da identidade dos magistrados, o que leva ao conhecimento público dos mesmos.”

“Não se pode confundir a possibilidade de decretação de sigilo da reunião do colegiado com a omissão da identidade dos juízes que o compõem, haja vista que a própria CF/1988 expressamente assevera a possibilidade de restrição da publicidade de ato processual, assegurando, contudo, a presença das próprias partes e de seus advogados (art. 93, IX). Com efeito, embora a nova lei leve à tentação de decretação de sigilo absoluto da reunião do colegiado e da omissão de identidade dos juízes componentes, essa hipótese não resistiria ao texto constitucional que assim não permite, mesmo porque, em processos sigilosos o que se omite é a identidade das partes, e não a do(s) magistrado(s). Além disso, segundo a redação da nova norma, as decisões do colegiado serão devidamente fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes (art. 1.º, § 6.º, primeira parte), afastando-se o sigilo da identidade dos juízes. Quanto à omissão de eventual voto divergente no colegiado, o problema remanesce, pois, tratando-se de um julgamento colegiado em sessão pública (regra), qual a razão prática em se omitir eventual voto divergente se ele é conhecido durante a sessão? Ou a lei é flagrantemente inconstitucional nesse ponto ou foi pessimamente redigida, simplesmente por não haver como assegurar a omissão (sigilo) de um voto divergente. Além disso, havendo deliberação por um colegiado, não decorrerá uma sentença ou um despacho, mas um acórdão, como sói ocorrer nos julgamentos colegiados, devendo-se reproduzir o inteiro teor da reunião colegiada com a obrigatória exposição dos votos proferidos, incluindo o voto divergente.”

“Caso se pense que a reunião sigilosa permita a omissão da identidade do voto divergente, vê-se que essa possibilidade sucumbe em face do texto constitucional e da praxe forense da corte máxima do país, que jamais omite os votos de seus Ministros. Independentemente disso, tal medida não conferirá mais ou menos segurança aos juízes, se realmente for esse o escopo da lei. Eventual ameaça que o juiz sofra ou o fundado temor para julgar um caso já possuem mecanismos preventivos, como a arguição de suspeição ex officio, a investigação criminal específica para a apuração e punição da ameaça, além da proteção policial, se for o caso. Na realidade, busca-se solucionar um problema de segurança pública se servindo do processo penal, instrumento axiológica e teleologicamente inservível para tanto. Contudo, respondendo à indagação do título, a lei não é totalmente inconstitucional e pode haver vantagens nela, como o próprio julgamento colegiado que, em tese, proporciona uma melhor discussão do thema decidendum a partir de um debate judicial plural, razão de ser dos julgamentos colegiados. Entretanto, pensando-se em colegiado apenas como instrumento de segurança, a lei é claramente natimorta por ser desprovida de eficácia e efetividade no intento de proteger os juízes de ações deletérias de quem atente contra esses agentes políticos do Judiciário. Sendo a publicidade processual e a motivação das decisões a regra constitucional, o Judiciário deve conviver com elas e o Estado pensar políticas sérias de segurança pública para evitar atentados espúrios aos juízes, como o do Rio de Janeiro.”

Esta nova lei aproveitou para, acrescentando dois parágrafos ao art. 91 do Código Penal, permitir a decretação da perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior, hipótese em que as medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

O Código de Processo Penal também restou alterado pela nova legislação, acrescentando-se o art. 144-A, segundo o qual o juiz determinará a alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção (neste caso, o leilão far-se-á preferencialmente por meio eletrônico e os bens deverão ser vendidos pelo valor fixado na avaliação judicial ou por valor maior. Não alcançado o valor estipulado pela administração judicial, será realizado novo leilão, em até dez dias contados da realização do primeiro, podendo os bens ser alienados por valor não inferior a oitenta por cento do estipulado na avaliação judicial. O produto da alienação ficará depositado em conta vinculada ao juízo até a decisão final do processo, procedendo-se à sua conversão em renda para a União, Estado ou Distrito Federal, no caso de condenação, ou, no caso de absolvição, à sua devolução ao acusado. Quando a indisponibilidade recair sobre dinheiro, inclusive moeda estrangeira, títulos, valores mobiliários ou cheques emitidos como ordem de pagamento, o juízo determinará a conversão do numerário apreendido em moeda nacional corrente e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial. No caso da alienação de veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado de registro e licenciamento em favor do arrematante, ficando este livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, sem prejuízo de execução fiscal em relação ao antigo proprietário. O valor dos títulos da dívida pública, das ações das sociedades e dos títulos de crédito negociáveis em bolsa será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial.

Também foi alterado o Código de Trânsito Brasileiro para, “*excepcionalmente, mediante autorização específica e fundamentada das respectivas corregedorias e com a devida comunicação aos órgãos de trânsito competentes, os veículos utilizados por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público que exerçam competência ou atribuição criminal poderão temporariamente ter placas especiais, de forma a impedir a identificação de seus usuários específicos, na forma de regulamento a ser emitido, conjuntamente, pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e pelo Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN*” (Art. 115, § 7º).

Igualmente o art. 6º do Estatuto do Desarmamento passou a vigorar acrescido do seguinte inciso XI, segundo o qual: “*Os tribunais do Poder Judiciário descritos no art. 92 da Constituição Federal e os Ministérios Públicos da União e dos Estados, para uso exclusivo de servidores de seus quadros pessoais que efetivamente estejam no exercício de funções de segurança, na forma de regulamento a ser emitido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e pelo Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP:*” Muita cautela!

Outrossim, foi acrescentado ao Estatuto o art. 7º-A, in verbis: “*As armas de fogo utilizadas pelos servidores das instituições descritas no inciso XI do art. 6º serão de propriedade, responsabilidade e guarda das respectivas instituições, somente podendo ser utilizadas quando em serviço, devendo estas observar as condições de uso e de armazenagem estabelecidas pelo órgão competente, sendo o certificado de registro e a autorização de porte expedidos pela Polícia Federal em nome da instituição. § 1º A autorização para o porte de arma de fogo de que trata este artigo independe do pagamento de taxa. § 2º O presidente do tribunal ou o chefe do Ministério Público designará os servidores de seus quadros pessoais no exercício de funções de segurança que poderão portar arma de fogo, respeitado o limite máximo de 50% (cinquenta por cento) do número de servidores que exerçam funções de segurança. § 3º O porte de arma pelos servidores das instituições de que trata este artigo fica condicionado à apresentação de documentação comprobatória do preenchimento dos requisitos constantes do art. 4º desta Lei, bem como à formação funcional em estabelecimentos de ensino de atividade policial e à existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei. § 4º A listagem dos servidores das instituições de que trata este artigo deverá ser atualizada semestralmente no Sinarm. § 5º As instituições de que trata este artigo são obrigadas a registrar ocorrência policial e a comunicar à Polícia Federal eventual perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de armas de fogo, acessórios e munições que estejam sob sua guarda, nas primeiras vinte e quatro horas depois de ocorrido o fato.*”

Ainda como garantia das autoridades judiciais e dos membros do Ministério Público e de seus familiares, diante de situação de risco decorrente do exercício da função, o fato será comunicado à polícia judiciária, que avaliará a necessidade, o alcance e os parâmetros da proteção pessoal. “*A proteção pessoal será prestada de acordo com a avaliação realizada pela polícia judiciária e após a comunicação à autoridade judicial ou ao membro do Ministério Público, conforme o caso: pela própria polícia judiciária; pelos órgãos de segurança institucional; por outras forças policiais; de forma conjunta pelos citados nos incisos I, II e III.*”

Nada obstante, em caso de urgência, será prestada proteção pessoal imediata. A prestação de proteção pessoal será comunicada ao Conselho Nacional de Justiça ou ao Conselho Nacional do Ministério Público, conforme o caso. Verificado o descumprimento dos procedimentos de segurança definidos pela polícia judiciária, esta encaminhará relatório ao Conselho Nacional de Justiça ou ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Assim, passamos a entender que com esta lei podíamos aplicar os dispositivos da Lei nº. 9.034/95 (agora revogada), tratando-se de ações praticadas por quadrilha ou bando (art. 288, Código Penal), por associações criminosas voltadas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e parágrafo primeiro, e 34 da Lei de Drogas – Lei nº. 11.343/06, por força do seu art. 35 e por organizações criminosas.

VI – A Nova Lei nº. 12.850/2013

Mas, como o Brasil é o Brasil, mais uma lei foi promulgada (haja lei!). Estamos falando agora da Lei nº. 12.850/2013, que “*define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas (crime e contravenção penal) e o procedimento criminal a ser aplicado*”, além de alterar o Código Penal e revogar expressamente a Lei nº. 9.034/95.

Para esta nova lei, “*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* (portanto, crime ou contravenção penal – conferir art. 1º. da Lei de Introdução ao Código Penal) *cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*” (grifo nosso).

Perceba-se que esta nova definição de organização criminosa difere, ainda que sutilmente, da primeira (prevista na Lei nº. 12.694/2012) em três aspectos, todos grifados por nós, 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 nº. 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, como veremos a seguir; logo, a distinção existe e deve ser observada.

É bem verdade que a novel lei aplica-se também às infrações penais (portanto, crimes e contravenções), porém apenas em relação aqueles crimes e contravenções penais “*previstos em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no*

estrangeiro, ou reciprocamente” (o que, convenhamos, será raríssimo, tratando-se das contravenções).

A lei também é aplicável “às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.”

VII - O Valor Probatório dos Novos Meios de Prova

No seu Capítulo II, a lei mais recente trata da investigação e dos meios de obtenção da prova em qualquer fase da persecução penal, ou seja, na investigação preliminar e em Juízo; aqui, desde logo, salientamos que nem todo ato investigatório é meio de prova.

Como se sabe, na fase investigatória, que é inquisitiva, não se permite o exercício pleno do contraditório, nem tampouco a ampla defesa o que macula qualquer decisão tomada com base em elementos colhidos naquela fase anterior. Assim, salvo as ressalvas feitas pela lei (*as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas* – art. 155, CPP), aliás, perfeitamente compreensíveis, os atos investigatórios produzidos na peça informativa devem ser repetidos para que valham como meios de prova idôneos para o julgador.⁷

Ressalve-se que tais provas irrepitíveis, cautelares e antecipadas devem se submeter, quando possível, ao contraditório prévio e ser produzidas na presença de um Juiz de Direito, do Ministério Público e de um defensor (seja dativo ou constituído), salvo absoluta impossibilidade, como no caso da realização urgente de um exame de corpo de delito; nesta última hipótese, difere-se o contraditório para a fase judicial.

Prova irrepitível é aquela que não pode mais ser reproduzida em Juízo, em razão, por exemplo, de terem desaparecidos os vestígios do crime, o que impossibilitará a realização de um novo exame de corpo de delito (ressalvando-se, como dito, a possibilidade de contestação do laudo pericial realizado, mesmo porque, segundo o art. 182 do Código de Processo Penal, não se trata de um meio de prova de idoneidade absoluta); outro exemplo é o depoimento da vítima prestado durante o inquérito policial, quando esta já tenha falecido na época da instrução criminal. O § 251, 2º. do Código de Processo Penal Alemão, expressamente, estabelece que “*se uma testemunha, um perito ou um inculpaado morrer ou se, por outra razão, não puder ser inquirido em tempo determinável, podem ser aproveitados os autos de outro interrogatório, bem como certidões que contenham uma manifestação escrita provenientes das pessoas mencionadas.*”

⁷ Sobre o valor probatório dos atos investigatórios produzidos no inquérito policial, veja-se o nosso Curso Temático de Direito Processual Penal, 2º., edição, Curitiba, Editora Juruá, 2010.

No art. 225 do Código de Processo Penal temos um exemplo de prova antecipada: “*Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.*”. Neste caso, a ouvida de uma “testemunha de defesa” antes de uma “de acusação”, invertendo-se a ordem determinada pelo Código (art. 400 com a redação dada pela Lei nº. 11.719/08) e exigida pelo princípio do contraditório, não gerará nulidade, desde que a providência tenha sido realmente imprescindível.

A propósito, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal negou Habeas Corpus (HC 93157) para M.M.O., acusado pela prática de homicídio qualificado. Ele questionava o fato de o juiz ter interrogado antecipadamente as testemunhas do caso. Para os Ministros, porém, o Código de Processo Penal permite ao juiz antecipar a produção de provas. De acordo com o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, logo que citou o acusado (foragido) por edital e decretou sua prisão preventiva, o juiz decidiu antecipar a produção de provas, sem justificar. O magistrado só fundamentou sua decisão mais tarde, quando solicitado a dar informações de sua atitude às instâncias superiores que julgaram pedidos de habeas corpus ajuizados pela defesa. Na ocasião, o juiz explicou que os fatos criminosos investigados teriam ocorrido há mais de seis anos, e que se corria o risco de as testemunhas esquecerem os detalhes. Para o Ministro Ricardo Lewandowski, mesmo que o Código de Processo Penal permita a produção antecipada de provas, não se pode permitir o automatismo. Assim, por falta de fundamentação específica do juiz a justificar o procedimento, Lewandowski votou pela concessão da ordem para anular os interrogatórios. O ministro fez questão de frisar que seu voto tinha um viés pedagógico, no sentido de alertar os magistrados para que não tornem esse tipo de conduta automatizada. Os demais Ministros da Primeira Turma, contudo, divergiram do entendimento do relator. Para eles, o juiz agiu bem. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito revelou que, de acordo com os autos, o que o juiz fez foi aceitar um pedido de antecipação de provas. O juiz tem o poder de determinar essa produção antecipada de provas, “*está ao seu alvedrio*”, disse o Ministro, iniciando a divergência e votando pelo indeferimento do pedido. O Código de Processo Penal, em seus artigos 225 e 366 dão respaldo ao juiz, emendou o presidente da Turma, Ministro Marco Aurélio. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, em certos casos o magistrado deve agir nesse sentido, para assegurar que se cumpra o dever do estado. O Ministro Carlos Ayres Britto completou a corrente que definiu o resultado do julgamento, pela rejeição do pedido.

Como prova de natureza cautelar, cita-se a busca e apreensão disciplinada nos arts. 240 e seguintes do Código de Processo Penal, com as ressalvas feitas em alguns daqueles dispositivos, a saber: art. 240, § 1º, f (cfr. art. 5º, XII da Constituição Federal), art. 241 (quando dispensa a expedição de mandado), art. 242 (ordem determinada de ofício pelo Juiz, ferindo o sistema acusatório). Obviamente que como toda medida cautelar, deve-se atentar para os seus conhecidos pressupostos (*periculum in mora* e *fumus commissi delicti*), sem os quais será ela incabível e, por conseguinte, não valerá para subsidiar uma sentença. Ademais, tais provas devem ser aquelas “*consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida*”, segundo complementa o novo art. 156, I.

A seguir, trata-se da investigação e dos meios de obtenção da prova, em qualquer fase da persecução criminal, o que abrange a investigação preliminar e o processo.

VIII – A Colaboração Premiada

Em primeiro lugar consta a famigerada colaboração premiada, instituto antigo no Brasil. Sobre a colaboração premiada (nome mais elegante para a delação premiada - ou, na expressão feliz de José Carlos Dias, extorsão premiada), fazemos sérias restrições, desde que no ano de 1990, mais precisamente no dia 26 de julho, publicava-se no Diário Oficial da União o texto de uma nova lei, vinda como uma resposta aos anseios populares de diminuição da violência urbana que, já àquela época, beirava a insuportabilidade (tal como hoje, nada obstante os vários anos de sua vigência). Sancionada pelo então Presidente da República tentava em seus treze artigos (dois destes vetados) resolver por intermédio do Direito Penal um problema que definitivamente não é dele.⁸ Exasperaram penas de determinados crimes, impossibilitando-se, também, a concessão de benefícios aos sentenciados, tais como a anistia, a graça e o indulto, além de proibir o gozo de direitos subjetivos individuais (mesmo estando presentes os requisitos específicos para a sua fruição) como a fiança e a liberdade provisória, tudo a atender “*ao contagiante clima psicológico de pavor criado pelos meios de comunicação social e aos interesses imediatos de extratos sociais privilegiados*”, como acentuou Alberto Silva Franco.⁹ Como não poderia deixar de ser inúmeras vezes, quase em uníssono, levantaram-se contra a sua edição, taxando-a de inoportuna e, sob certos aspectos, inconstitucional. Estamos a falar da Lei n. 8.072/90 que dispõe “*sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º., XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências*”, cujos defeitos não iremos aqui abordar, pois não é este o nosso escopo no momento.

Mas, não é só. Em 03 de maio do ano de 1995 foi sancionada a Lei n. 9.034/95 dispondo “*sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.*” Esta, agora revogada expressamente, considerava causa compulsória de diminuição da pena a delação de um dos participantes na organização criminosa. Aliás, na lei dos crimes hediondos o legislador foi mais explícito e utilizou o verbo *denunciar* como sinônimo

⁸ Em conferência realizada no Brasil, em Guarujá, no dia 16 de setembro de 2001, Zaffaroni contou a parábola do açougueiro: “El canicero es un señor que está en una carnicería, con la carne, con un cuchillo y todas esas cosas. Si alguien le hiciera una broma al canicero y robase carteles de otros comercios que dijeran: ‘Banco de Brasil’, Agencia de viajes’, ‘Médico’, ‘Farmacia’, y los pegara junto a la puerta de la carnicería; el carnicero comenzaría a ser visitado por los feligreses, quienes le pedirían pasajes a Nueva Zelanda, intentarían dejar dinero en una cuenta, le consultarían: ‘tengo dolor de estómago, que puede hacer?’. Y el carnicero sensatamente respondería: ‘no sé, yo soy carnicero. Tiene que ir a otro comercio, a otro lugar, consultar a otras personas’. Y los feligreses se enojarían: ‘Cómo puede ser que usted está ofreciendo un servicio, tiene carteles que ofrecen algo, y después de no presta el servicio que dice?’. Entonces tendríamos que pensar que el carnicero se iría volviendo loco y empezaría a pensar que él tiene condiciones para vender pasajes a Nueva Zelanda, hacer el trabajo de un banco, resolver los problemas de dolor de estómago. Y puede pasar que se vuelva totalmente loco y comience a tratar de hacer todas esas cosas que no puede hacer, y el cliente termine con el estómago agujereado, el otro pierda el dinero, etc. Pero si los feligreses también se volvieron locos y volvieran a repetir las mismas cosas, volvieran al carnicero; el carnicero se vería confirmado en ese rol de incumbencia totalitaria de resolver todo.” Conclui, então, o mestre portenho: “Bueno, yo creo que eso pasó y sigue pasando con el penalista. Tenemos incumbencia en todo.”

⁹ Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª. ed., 1995, p. 2.074.

de delação, enquanto que nesta segunda norma preferiu a expressão *colaboração espontânea* (como agora), como que para escamotear a vergonhosa presença da traição premiada em um diploma legal. Já em 19 de julho de 1995 foi sancionada a Lei n. 9.080/95, prevendo, igualmente, a delação como prêmio ao co-autor ou partícipe de crime cometido contra o sistema financeiro nacional ou contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo quando cometidos em quadrilha ou co-autoria. Agora se preferiu a expressão *confissão espontânea* o que resulta no mesmo. Em 1998, surgiu entre nós a Lei n. 9.613/98, a chamada lei de “lavagem de dinheiro”, disciplinando, igualmente, a diminuição de pena para o “colaborador espontâneo”. Temos, ainda, como exemplo a Lei nº. 9.807/99, de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, que também prevê a delação premiada, além da Lei nº. 8.137/90 (art 16, parágrafo único). Faz-se referência também à Lei nº. 11.343/06 (a Lei de Drogas), que no art. 41 dispõe de forma semelhante e ao art. 159, § 4º. do Código Penal.

Também o art. 86 da Lei nº. 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, estabelece que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica poderá celebrar acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Tal acordo, segundo o art. 87 da mesma lei, nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Código Penal, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Pois bem; *“no espectro do recrudescimento da legislação processual penal, visto como um reflexo da expansão tresloucada da cultura da emergência, ganhou vigor a figura da delação premiada, sobretudo com a sua propagação no processo criminal italiano e estadunidense.”*¹⁰

Segundo Damásio de Jesus, *“a origem da “delação premiada” no Direito brasileiro remonta às Ordenações Filipinas, cuja parte criminal, constante do Livro V, vigorou de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. O Título VI do “Código Filipino”, que definia o crime de “Lesão Magestade” (sic), tratava da “delação premiada” no item 12; o Título CXVI, por sua vez, cuidava especificamente do tema, sob a rubrica “Como se perdoará aos malfeitores que derem outros á prisão” e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios.”*¹¹

¹⁰ Natália Oliveira de Carvalho, *A Delação Premiada no Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 78.

¹¹ https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=16323&Id_Cliente=10487

Já na Inquisição, “um filho delator não incorre nas penas fulminadas por direito contra os filhos dos hereges e este é o prêmio pela sua delação. *In proemium delationis.*”¹²

Alguns doutrinadores costumam distinguir a delação¹³ como *aberta* ou *fechada*, aduzindo que naquela primeira o delator aparece e se identifica, inclusive favorecendo-se de alguma forma com o seu gesto, seja na redução da pena, seja no recebimento de recompensa pecuniária ou mesmo com o perdão judicial; nesta, ao contrário, o delator se assombra no manto do anonimato “*propiciando auxílio desinteressado e sem qualquer perigo*”, como assevera Paulo Lúcio Nogueira.¹⁴

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

Sem dúvidas, “o tema da delação premiada desafia diversos questionamentos: desde sua conveniência político-criminal, passando por sua apreciação sob o ponto de vista da quebra da ética ínsita ao proceder dentro de um Estado Democrático de Direito, ou pelas questões relativas ao seu valor probatório(1), até sua natureza jurídico-penal, sua função processual penal e as implicações daí decorrentes para o postulado do devido processo legal em nosso direito positivo. Nesta oportunidade, passaremos os olhos por estes três últimos aspectos quanto à delação que tem por objeto a identificação dos demais coautores ou partícipes.”¹⁵ Como diz Hassemer, “não é permitido ao Estado utilizar os meios empregados pelos criminosos, se não quer perder, por razões simbólicas e práticas, a sua superioridade moral.”¹⁶

Também a propósito, veja-se a opinião de João Baptista Herkenhoff: “A meu ver, a delação premiada associa criminosos e autoridades, num pacto macabro. De um lado, esse expediente pode revelar tessituras reais do mundo do crime. Numa outra vertente, a delação que emerge do mundo do crime, quando falsa, pode enredar, como vítimas, justamente aquelas pessoas que estejam incomodando ou combatendo o crime. Na maioria das situações, creio que o uso da delação premiada tem pequena eficácia, uma vez que a prova relevante, no Direito Penal moderno, é a prova pericial, técnica, científica, e não a prova testemunhal e muito menos o testemunho pouco confiável de pessoas condenadas pela Justiça. Ao premiar a delação, o Estado eleva ao grau de virtude a traição. Em

¹² Manual da Inquisição, por Nicolau Eymereco, Curitiba: Juruá, 2001, (tradução de A. C. Godoy).

¹³ Hoje, inclusive e principalmente a doutrina estrangeira, prefere a expressão “colaboração processual”, ainda que tal colaboração se dê, também, na fase pré-processual, como informa Eduardo Araújo da Silva (Boletim do IBCCrim. nº. 121, dezembro/2002).

¹⁴ Crimes Hediondos, LEUD, 4ª. ed., p. 126.

¹⁵ Estellita, Heloísa. A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. Boletim IBCCRIM : São Paulo, ano 17, n. 202, p. 2-4, set. 2009 Para nós é tremendamente perigoso que o Direito Positivo de um país permita, e mais do que isso incentive os indivíduos que nele vivem à prática da traição como meio de se obter um prêmio ou um favor jurídico.

¹⁶ Apud Paulo Rangel, in Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 7ª. ed., 2003, p. 605.

pesquisa sócio-jurídica que realizamos, publicada em livro, constatei que, entre os presos, o companheirismo e a solidariedade granjeiam respeito, enquanto a delação é considerada uma conduta abjeta (Crime, Tratamento sem Prisão, Livraria do Advogado Editora, página 98). Então, é de se perguntar: Pode o Estado ter menos ética do que os cidadãos que o Estado encarcera? Pode o Estado barganhar vantagens para o preso em troca de atitudes que o degradam, que o violentam, e alcançam, de soslaio, a autoridade estatal?”¹⁷

Se considerarmos que a norma jurídica de um Estado de Direito é o último refúgio do seu povo, no sentido de que as proposições enunciativas nela contidas representam um parâmetro de organização ou conduta das pessoas (a depender de qual norma nos referimos se, respectivamente, de segundo ou primeiro graus, no dizer de Bobbio), definindo os limites de suas atuações, é inaceitável que este mesmo regramento jurídico preveja a delação premiada em flagrante incitamento à transgressão de preceitos morais intransigíveis que devem estar, em última análise, embutidos nas regras legais exurgidas do processo legislativo.

Que não se corra o perigo, já advertido e vislumbrado pelo poeta Dante Alighieri, lembrado por Miguel Reale quando afirma que o “*Direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a.*”¹⁸

Diante dessa sombria constatação, como se pode exigir do governado um comportamento cotidiano decente, se a própria lei estabelecida pelos governantes permite e galardoia um procedimento indecoroso? Como fica o homem de pouca ou nenhuma cultura, ou mesmo aquele desprovido de maiores princípios, diante dessa permissividade imoral ditada pela própria lei, esta mesma lei que, objetiva e obrigatoriamente, tem de ser respeitada e cumprida sob pena de sanção? Estamos ou não estamos diante de um paradoxo? Como afirma Paulo Cláudio Tovo, “*a delação premiada de comparsa nos parece uma violação ética com perigosas consequências no mundo do crime (...). Este não é o verdadeiro caminho da Justiça, importa, isto sim, na confissão que o Estado não tem capacidade científica de chegar à verdade.*”¹⁹

É certo que em outras legislações, inclusive em países desenvolvidos economicamente (embora possuidores de uma sociedade em desencanto, como, por exemplo, a americana), a figura da delatio já existe há algum tempo (diga-se de passagem, assegurando-se inquestionavelmente a vida do denunciante), como ocorre nos Estados Unidos (*bargain*) e na Itália (*patteggiamento*), entre outros países. São exemplos, contudo, que não deveriam ser seguidos, pois desprovidos de qualquer caráter moral ou ético, como já acentuamos.

Tão-somente para se argumentar, pode-se dizer que o bem jurídico visado pela delação (a segurança pública), justificaria a sua utilização, ou, em outras palavras, o fim legitimaria o meio. Ocorre que tal princípio é de todo amoralista, aliás, próprio do sistema político defendido pelo escritor e estadista florentino Niccolò Machiavelli (1469-1527), sistema este dito de um realismo satânico,

¹⁷ https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=14287&Id_Cliente=10487

¹⁸ Lições Preliminares de Direito, São Paulo: Saraiva, 19ª. ed. 1991, p. 60.

¹⁹ Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 13, nº. 154, setembro/2005, p. 9.

na definição de Frederico II em seu *Antimaquiavel*, tornando-se sinônimo, inclusive, de procedimento astucioso, velhaco, traiçoeiro, etc., etc...

O próprio Rui Barbosa já afirmava *não se dever combater um exagero (no caso a violência desenfreada) com um absurdo (a delação premiada)*. Em um artigo intitulado "Prêmio para o 'dedo duro'", o advogado mineiro Tarcísio Delgado afirmou com muita propriedade: *"Contam uma história muito conhecida, aconteceu há muitos e muitos anos e, de geração em geração, tão sagrada e consagrada, que estabeleceu o mais importante marco no caminho da humanidade. Trata-se da saga de um "Sujeito", altamente perigoso, indisciplinado e subversivo, que andava atormentando e tirando o sono do Poder Soberano. O "Cara" não era mole, dizia defender os fracos e os oprimidos. Fazia até milagre. Formou uma "quadrilha" de seguidores fanáticos, e andava com seu "bando", infernizando o Poder constituído. Não respeitava nem o Imperador. Era uma ameaça permanente às instituições. "Pior" que "Esse", nunca se viu. Precisava pegá-lo, mas ele era "danado", se misturava no meio do povo, e não tinha como prendê-lo. Preso, o castigo seria severo e inapelável. Eis que aparece a figura canhestra do delator, para "colaborar" com a polícia e com os detentores do Poder. Um dos seus vende-se por trinta dinheiros e articula a prisão do chefe: "O traidor tinha combinado com eles um sinal, dizendo: Jesus é aquele que eu beijar; prendam" (Mateus, 26, 48). Estava consumada a mais famosa e repugnante traição de todas as épocas. Judas se transformou em sinônimo de traidor. Podemos fixar aqui a origem da delação premiada, que se confunde com o nascimento de nossa Era. Este famigerado instituto tem vida recente em nosso Direito. Importado dos Estados Unidos e da Itália, que o recepcionam com grande entusiasmo, foi positivado em nosso País, pela Lei nº 8.072/ 90, art.8º, § único - O participante que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços). O art.159, do Código Penal, no seu § 4º, estabelece coisa parecida. Como esta legislação contraria a natureza de nossos sentimentos, nossas tradições e a formação de nossa cultura, permaneceu durante esses anos como letra morta, sem qualquer aplicação noticiada. Só agora, recentemente, foi, imprópria e equivocadamente, cogitada. (...) Faz quase 60 anos, lembro-me muito bem, quando cursava o primeiro grau, certa feita nossa professora enérgica e diligente, magnífica mestra, que saudade!... Surpreendeu um grupo de alunos com um caso grave de indisciplina que, embora praticada por um só, não havia como identificá-lo, sem que houvesse confissão. O indisciplinado calou-se. A professora ameaçava punir o grupo inteiro, se não aparecesse o responsável. Eis que surge o "dedo duro" e delata o colega, apontando aquele dedo de "bom moço" para o culpado. Aquela mestra exemplar passou-lhe uma descompostura. Disse que a indisciplina mais grave praticara o delator do seu colega. Aplicou-lhe a penalidade mais forte, e ensinou que nunca mais deveria dedurar quem quer que fosse. O resto daquela aula foi sobre o papel sujo e condenável de delatar. Esta foi uma lição que me marcou para sempre. (...) Por estas e por outras, tenho fundadas e irremovíveis restrições à chamada delação premiada. Repugna-me o acordo de autoridade instituída com bandidos. Parece-me mais um comodismo de quem tem o dever de investigar, uma redução de trabalho, um falso pragmatismo utilitarista, que encontra utilidade numa prática que corrompe e avilta. O argumento de que os criminosos modernos dispõem de técnicas e arranjos difíceis de serem apanhados, nada mais é do que a confissão de que o Estado está perdendo uma batalha que não pode perder, sob pena do desmantelamento total da organização social. Pegar um acusado, sem qualquer culpa formada, no início da apuração de possíveis atos criminosos, prendê-lo, algemá-lo e oferecer-lhe o benefício da "deduração" é de arrepiar os cabelos. Os momentos em que prevaleceu o crédito à*

*delação não enaltecem a história, pelo contrário, são períodos soturnos no caminho da humanidade. A delação mais conhecida é aquela que está na origem de nossa Era, resumidamente descrita na introdução deste artigo. Aí, os personagens são nominados, a vítima foi simplesmente Jesus Cristo e, o delator, aquele que virou sinônimo de traidor, Judas Iscariote. Todavia, a história universal está repleta de exemplos tenebrosos de milhares de pessoas inocentes e anônimas que, por causa da delação, foram queimadas vivas nas fogueiras da inquisição; levadas à guilhotina para serem decapitadas depois da Tomada da Bastilha nos anos que se seguiram à Revolução Francesa. Além disso, na Rússia do comunismo Stalinista, por um canto, e no Nazismo Hitlerista, por outro, a delação desempenhou papel absolutamente fundamental. E não citamos, ainda, o caso clássico e típico de delação premiada, que marca a história pátria com sangue e vergonha, daquele que delatou o "bando perigosíssimo" comandado por aquele desvairado de amor à Pátria, Tiradentes, na Inconfidência Mineira - o fraco e pusilânime Joaquim Silvério dos Reis, em troca de vantagens pessoais. A história registra incontáveis casos de delação que, sem nenhuma exceção, marcam sempre os momentos mais obscuros e vergonhosos da humanidade. Só quem não quer ver, em virtude de uma formação utilitarista, não reconhece que a delação sempre foi um instrumento do autoritarismo, da violência, da injustiça. Está na teoria que justifica os meios pelo fim e, ainda assim, no caso, imprópriamente, porque, aqui, por meios corrompidos, quase sempre se chega a fim distorcido e injusto. "A árvore má não dá bons frutos". Enganam-se os que buscam tirar proveito de quem só pensa em se aproveitar. A prova não pode fundar-se no testemunho daquele que antes fora pego como comparsa do crime. Sua palavra é suspeita e inconfiável. Todo delator, para amenizar sua situação no processo, joga a culpa no outro, seu comparsa ou não. Não é de se acolher, também, o argumento dos defensores da adoção deste instituto jurídico, de que hoje ele é aplicado com tais cautelas que impossibilitariam qualquer abuso contra inocentes. Claro que, em nossos dias, a delação não levaria ninguém à fogueira ou à guilhotina, mas pode criar constrangimentos e danos morais, ferir direitos inalienáveis, que precisam ser respeitados numa sociedade civilizada e livre, durante o processo investigatório, isto para admitir, o que não é nosso caso, alguma utilidade ou alguma força moral na aplicação dessa norma positiva. É aconselhável que, em se tratando de assuntos desse nível de especulação e com tantas manifestações do pensamento universal, procure-se exemplares na vasta doutrina existente. André Comte-Sponville, desculpando-se por citar poucos, trabalha com conceitos de Kant, Bérgrson, Camus, Dostoievski, Jankélévitch para indagar e responder: "se para salvar a humanidade fosse preciso condenar um inocente (torturar uma criança, diz Dostoievski), teríamos de nos resignar e fazê-lo? Não, respondem eles. A cartada não valeria o jogo, ou antes, não seria uma cartada, mas uma ignomínia. Porque, se a justiça desaparece, é coisa sem valor o fato de os homens viverem na Terra. O utilitarismo chega aqui ao seu limite. Se a justiça fosse apenas um contrato de utilidade, apenas uma otimização do bem-estar coletivo, poderia ser justo, para a felicidade de quase todos, sacrificar alguns, sem seu acordo e ainda que fossem perfeitamente inocentes e indefesos", e avança, utilizando-se ainda de Kant e Rawls: "a justiça é mais e melhor do que o bem estar e a eficácia, e não poderia ser sacrificada a eles, nem mesmo em nome da felicidade da maioria". Estes conceitos, certamente, soam como devaneios aos "idiotas da objetividade", de Nelson Rodrigues, mas, só assim, poderemos "criar uma sociedade de Homens, não de brutos", como acentua Spinoza. Premiar o delator é premiar o crime." Fonte: **JURID Publicações Eletrônicas** – 06/09/2005.*

Em crônica publicada no jornal O Globo, na edição do dia 17 de dezembro de 1995, João Ubaldo Ribeiro, após lembrar que as expressões “dedo-duro” e “dedurismo” surgiram ou generalizaram-se após o golpe militar de 1964, escreveu:

“Os próprios militares e policiais encarregados dos inquéritos tinham desprezo pelos dedos-duros – como, imagino, todo mundo tem, a não ser, possivelmente, eles mesmos. E, superado aquele clima terrível seria de se esperar que algo tão universalmente rejeitado, epítome da deslealdade, do oportunismo e da falta de caráter, também se juntasse a um passado que ninguém, ou quase ninguém, quer reviver. Mas não. O dedurismo permanece vivo e atuante, ameaçando impor traços cada vez mais policialescos à nossa sociedade.” E, conclui: “Sei que as intenções dos autores da idéia são boas, mas sei também que vêm do desespero e da impotência e que terminam por ajudar a compor o quadro lamentável em que vivemos, pois o buraco é bem, mas bem mesmo, mais embaixo.”

Entendemos que o aparelho policial do Estado deve se revestir de toda uma estrutura e autonomia, a fim de poder realizar seu trabalho a contento, sem necessitar de expedientes escusos na elucidação dos delitos. O aparato policial tem a obrigação de, por si próprio, valer-se de meios legítimos para a consecução satisfatória de seus fins não sendo necessário, portanto, que uma lei ordinária use do prêmio ao delator (crownwitness), como expediente facilitador da investigação policial e da efetividade da punição.

Ademais, no próprio Código Penal já existe a figura da atenuante genérica do art. 65, III, *b*, onde a pena será sempre atenuada quando o agente tiver *“procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano”*, que poderia muito apropriadamente compensar (por assim dizer) uma atitude do criminoso no auxílio à autoridade investigante ou judiciária. Além da atenuante referida há o instituto do *arrepentimento eficaz* que, igualmente, beneficia o agente quando este impede voluntariamente que o resultado da execução do delito se produza, fazendo-o responder, apenas, pelos atos já praticados (art. 15 do Código Penal).

Pode-se, ainda, referir-se ao preceito do art. 16, *arrepentimento posterior*, bem verdade que este limitado àqueles crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, mas, da mesma forma, compensador de uma atitude favorável por parte do delinquente, reduzindo-lhe a pena. Vê-se, destarte, que o ordenamento jurídico existente e consubstanciado no Código Penal já permitia beneficiar o réu em determinadas circunstâncias, quando demonstrasse *“menor endurecimento no querer criminoso, certa sensibilidade moral, um sentimento de humanidade e de justiça que o levam, passado o ímpeto do crime, a procurar detê-lo em seu processo agressivo ao bem jurídico, impedindo-lhe as conseqüências”*, como já acentuou o mestre Aníbal Bruno.²⁰ Não necessita, portanto, o legislador, em lei extravagante, vir a prever a delação premiada, como causa de diminuição da pena. Também por isso é inoportuno.

A traição demonstra fraqueza de caráter, como denota fraqueza o legislador que dela abre mão para proteger seus cidadãos. A lei, como

²⁰ Direito Penal, 4ª. ed. Tomo. III, p. 140, 1984.

já foi dito, deve sempre e sempre indicar condutas sérias, moralmente relevantes e aceitáveis, jamais ser arcabouço de estímulo a perfídias, deslealdades, aleivosias, ainda que para calar a multidão temerosa e indefesa (aliás, por culpa do próprio Estado) ou setores economicamente privilegiados da sociedade (no caso da repressão à extorsão mediante sequestro). Em nome da segurança pública, falida devido à inoperância social do Poder e não por falta de leis repressivas, edita-se um sem número de novos comandos legislativos sem o necessário cuidado com o que se vai prescrever.

Repita-se uma observação de Damásio de Jesus: “A polêmica em torno da *“delação premiada”*, em razão de seu absurdo ético, nunca deixará de existir. Se, de um lado, representa importante mecanismo de combate à criminalidade organizada, de outro, parte traduz-se num incentivo legal à traição. A nós, estudiosos e aplicadores do Direito, incumbe o dever de utilizá-la cum grano salis, notadamente em razão da ausência de uniformidade em seu regramento. Não se pode fazer dela um fim em si mesma, vale dizer, não podem as autoridades encarregadas da persecução penal contentarem-se com a *“delação”*, sem buscar outros meios probatórios tendentes a confirmá-la.”

Incita-se, então, à traição, este mal que já matou os conjurados delatados pelo crápula Silvério dos Reis; que levou Jesus à cruz por conta da fraqueza de Judas e deu novo alento aos invasores holandeses graças à ajuda de Calabar (aqui há uma certa polêmica histórica, sabemos...). Esses traidores históricos, e tantos outros poderiam ser citados, são símbolos do que há de pior na espécie humana; serão sempre lembrados como figuras desprezíveis. Advirta-se, que não estamos a fazer comparações, pois sequer são neste caso cabíveis. Apenas tencionamos mostrar a nossa indignação com a utilização da ordem jurídica como instrumento incentivador da traição, ainda que se traia um seqüestrador, um latrocida ou um estuprador.

Não podemos nos valer de meios esconços, em nome de quem quer que seja ou de qualquer bem, sob pena, inclusive, de sucumbirmos à promiscuidade da ordem jurídica corrompida. Esta nossa posição, sem sombra de dúvidas, sofre forte contestação; de toda maneira, valhamo-nos da lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, segundo a qual *“autores sofrem o peso da falta de respeito pela diferença (o novo é a maior ameaça às verdades consolidadas e produz resistência, não raro invencível), mas têm o direito de produzir um Direito Processual Penal rompendo com o saber tradicional, em muitos setores vesgo e defasado (...).”*²¹

Feitos tais prolegômenos, a lei tratou de regulamentar o instituto da Colaboração Premiada, nestes termos:

“O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou

²¹ O Núcleo do Problema no Sistema Processual Penal Brasileiro, Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º. 175, junho/2007, p. 11.

do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.”

Obviamente que não se revogou implicitamente a Lei nº. 9.807/99, que criou o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, pois a nova lei trata apenas de autores envolvidos em organização criminosa (com a sua definição específica), restando para os demais casos a Lei. nº. 9.807/99. Temos, inclusive, que esta lei de proteção a vítima e testemunhas pode ser utilizada subsidiariamente, sempre que houver qualquer lacuna na nova lei (art. 3º., CPP).

Continuando, estabelece-se que *“em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.”* A depender da importância da delação premiada, *“o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).”* Eis mais uma exceção à regra da obrigatoriedade da ação penal pública (já tínhamos a transação penal, prevista no art. 76, da Lei nº. 9.099/95). Assim, deverá o Ministério Público, preenchidos os requisitos legais, deixar de oferecer denúncia em relação ao delator, ainda que haja justa causa. Aliás, isto já acontecia na prática, contra legem.

Criou-se uma nova causa de suspensão do prazo prescricional, sempre que o prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, for suspenso por até seis meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração.

Ainda como exceções à regra da obrigatoriedade da ação penal pública, o Ministério Público poderá (poder-dever) deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou se for o primeiro a prestar efetiva colaboração. Concordamos inteiramente com mais esta exceção à regra da obrigatoriedade, cabendo a utilização de habeas corpus caso o Ministério Público insista no oferecimento da peça acusatória e o Juiz a receba. Não faz nenhum sentido denunciar alguém quando se sabe de antemão que será, na sentença final, beneficiado pelo perdão judicial e, conseqüentemente, com a extinção da punibilidade (art. 107, IX do CP). Faltaria ao Ministério Público uma das condições para o exercício da ação penal (o interesse de agir, sob o aspecto da utilidade).

Ainda que a colaboração seja posterior à sentença, dispõe a lei que *“a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.”* Logo, até na fase do processo de execução penal, poderá o delator ser beneficiado, ao menos com a progressão de regime.

Para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o Delegado de Polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou

acusado e seu defensor, não participará o Juiz das negociações realizadas. Ainda bem, pois se isso fosse possível incidiria, desgraçadamente, o art. 83 do CPP (prevenção – ver abaixo).

Após o acordo, deverá ser lavrado termo, *“acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.”* E apenas nestas hipóteses.

“Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.” Ademais, *“as partes (?) podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.”* Este advérbio deve ser interpretado à luz da CF/88, ou seja, o conteúdo do acordo nunca poderá ser utilizado contra o delator. É o direito de não autoincriminação, previsto no art. 8º., do Pacto de São José da Costa Rica.

Este termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conterá o relato da colaboração e seus possíveis resultados; as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário.

O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao Juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de quarenta e oito horas e o acesso aos autos será restrito ao Juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial (o que macula o Enunciado da Súmula Vinculante 14), ressalvados os referentes às diligências em andamento. O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, mesmo porque o colaborador terá os seguintes direitos: *“usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.”* Além disso, todos os atos processuais são públicos, segundo o conhecido mandamento constitucional, com as ressalvas previstas na Carta Magna.

Continuando, afirma a lei que “ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial. Sempre que possível, o registro dos atos de colaboração será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.”

Eis agora uma das maiores inconstitucionalidades na legislação brasileira: “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.” (grifo nosso). Ora, onde já se viu o dever, a imposição de renunciar a um direito constitucionalmente declarado. Óbvio que esta disposição só pode ter saído de uma mente em desvario. Claro que o direito ao silêncio é renunciável, voluntária e espontaneamente, jamais imposto. Mais uma vez, valendo-se de uma interpretação à luz da CF/88, deve-se ler este teratológico dispositivo da seguinte maneira: nos depoimentos que prestar, o colaborador poderá renunciar, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio. Somente assim, estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

Respeitando-se o devido processo legal, estabelece-se que “em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.” Que novidade!

Afirma-se, também, que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.” Aqui vale as observações feitas acima, ou seja, a sentença condenatória nunca poderá ter como único fundamento a delação, mesmo porque na maioria das vezes tratar-se-á de mero ato investigatório e, portanto, de nenhum valor probatório.

IX – A Captação Ambiental de Sinais Eletrodomagnéticos, Ópticos ou Acústicos

Esta diligência de certa forma já estava prevista na revogada Lei nº. 9.034/95 (art. 2º., IV). Para Luiz Flávio Gomes, entende-se “por interceptação ambiental a captação de uma conversa alheia (não telefônica), feita por terceiro, valendo-se de qualquer meio de gravação. Não se trata, como se percebe, de uma conversa telefônica. Não é o caso. É uma conversa não telefônica, ocorrida num gabinete, numa reunião, numa residência etc. Se nenhum dos interlocutores sabe da captação, fala-se em interceptação ambiental em sentido estrito; se um deles tem conhecimento, fala-se em escuta ambiental.”²²

Segundo Francisco Muñoz Conde, “la principal fuente de controversias doctrinales y decisiones judiciales sobre el carácter de prueba prohibida de las obtenidas con violación de derechos fundamentales, la deparan hoy

²² Interceptação Telefônica, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 111.

las derivadas del empleo de medios audiovisuales.”²³ Ele ainda adverte que passamos da fase que Michel Foucault chamava de controle do corpo (a tortura), para o controle da alma (por meio do alcance “da parte espiritual da personalidade”). Este autor (p. 31) distingue provas proibidas (que não podem ser objeto de valoração em nenhum caso), ilícitas (que podem ser objeto de valoração em determinadas circunstâncias, seja pela aplicação do princípio da proporcionalidade ou da boa-fé, seja porque não lesionou, direta ou indiretamente, um direito fundamental) e irregulares (aquela obtida sem alguns requisitos processuais não essenciais e cuja ausência pode ser sanada posteriormente).

X – Da Ação Controlada

A ação controlada, típico ato de investigação, nada mais é que do que a não imediata atuação policial, quando se inicia a prática do delito. Trata-se, aqui, de mais uma hipótese de flagrante diferido ou protelado, cuja previsão legal já existia na Lei nº. 9.034/95 (art. 2º., II) e ainda hoje consta da Lei nº. 11.343/06 (art. 53, II). Permite-se, por exemplo, que não se prenda os agentes desde logo, ainda que em estado de flagrância, quando há possibilidade que o diferimento da medida possa ensejar uma situação ainda melhor do ponto de vista repressivo. Exemplo: a Polícia monitora um porto à espera da chegada de um grande carregamento de cocaína por parte de uma organização criminosa, quando, em determinado momento, atraca um pequeno bote com dois dos integrantes (já conhecidos) portando um saco plástico transparente contendo um pó branco, a indicar ser cocaína. Pois bem: os agentes policiais, ao invés de efetuarem a prisão em flagrante, pois há um crime visto, procrastinam o ato, esperando que a “grande carga” seja desembarcada em um navio que se sabe virá dentro em breve. É o chamado flagrante diferido ou protelado. Em suma, evita-se a prisão em flagrante no momento da prática do delito, a fim que em um momento posterior, possa ser efetuada com maior eficácia a prisão de todos os participantes da organização criminosa, bem como se permita a apreensão da droga em maior quantidade.

Há quem faça diferença entre a ação controlada e a chamada “entrega vigiada”, distinção que não enxergamos. Assim, Mariângela Lopes Neistein e Luiz Rascovski diferenciam: “*A entrega vigiada é a técnica consistente em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas de entorpecentes ou outras substâncias proibidas circulem pelo território nacional, bem como dele saiam ou nele ingressem, sem interferência impeditiva da autoridade ou seus agentes, mas sob sua vigilância. Tudo com o fim de descobrir ou identificar as pessoas envolvidas no cometimento de algum delito referente ao tráfico dessas drogas, bem como prestar auxílio a autoridades estrangeiras nesses mesmos fins.*” Já a “*ação controlada consiste, conforme artigo 2º, da Lei 9.034/95, em retardar a interdição policial do que se supõe tratar-se de ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, 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. A ação controlada é uma exceção ao flagrante obrigatório previsto em lei*

²³ Valoración de las grabaciones audiovisuales – Buenos Aires: Hamurabi, 2004, p. 27.

para a autoridade policial e seus agentes. Refere-se ao chamado flagrante diferido, ou prorrogado ou, ainda, postergado, situação em que o policial, por autorização legal, pode aguardar o melhor momento para prender uma pessoa em flagrante, para obtenção de um maior número de provas. Assim, a ação controlada é utilizada para a investigação de todo e qualquer crime que praticado por organizações criminosas. Ao contrário, a entrega vigiada, conforme salientado, é um meio de investigação típico do crime de tráfico internacional de entorpecentes, em que é autorizada o controle do tráfego de drogas que circulem dentro ou fora do país.”²⁴

Do ponto de vista da nova lei, “*consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.*” Este retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao Juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público. Para nós, aliás, sempre será o caso de estabelecer os limites (para que não haja abusos) e para a comunicação ao Ministério Público que, afinal de contas, é o destinatário da investigação preliminar e exerce o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CF/88). Estranhamente a lei estabelece que a “*comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.*” Aqui ficou claramente explicitada certa desconfiança na discricão e na responsabilidade dos membros do Ministério Público (estaria o legislador com a razão?).

Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao Juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia, como forma de garantir o êxito das investigações e, ao seu final, será elaborado auto circunstanciado acerca da ação controlada.

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

XI - Do 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

Nestas hipóteses, “*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*

²⁴ “Alguns aspectos referentes à entrega vigiada no Direito Brasileiro” - Fonte: Informativo Eletrônico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim (julho de 2007).

pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.”

Por sua vez, as “empresas de transporte possibilitarão, pelo prazo de 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 e as concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo mesmo prazo, à disposição da autoridade policial e do Ministério Público, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.”

XII – Infiltração, por Policiais, em Atividade de Investigação

Este procedimento é amplamente usado, e desde há muito, nos Estados Unidos (operação undercover). É o também chamado agente encoberto, que pode ser conceituado como um *“funcionario policial o de las fuerzas de seguridad que hace una investigación dentro de una organización criminal, muchas veces, bajo una identidad modificada, a fin de tomar conocimiento de la comisión de delitos, su preparación e informar sobre dichas circunstancias para así proceder a su descubrimiento, e algunos casos se encuentra autorizado también a participar de la actividad ilícita.”*²⁵ Vários são os países que adotam a figura do agente infiltrado, senão vejamos: Portugal (Lei nº. 101/2001, exigindo-se observância ao princípio da proporcionalidade); Argentina (*“si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de outro modo - Lei nº. 24.424/94, prevendo-se, também, uma escusa absolutória para o agente infiltrado que vier a praticar, nesta condição, um delito, salvo se o crime colocar em grave risco a vida ou integridade física de uma pessoa ou impuser grave sofrimento físico ou moral a outrem*); Alemanha (desde 1992); França (art. 706-32 do Code de Procédure Pénale); México (Ley Federal contra la Delicuencia Organizada de 1996); Chile (Lei nº. 19.366/95) e Espanha (Ley de Enjuiciamiento Criminal - art. 282 – bis).²⁶

²⁵ Claúdia B. Moscato de Santamaría, “El Agente Encubierto”, Buenos Aires: La Ley, 2000, p. 1. Nesta excelente monografia sobre o assunto, a autora portenha distingue claramente o agente encoberto de outras figuras afins, como os informantes (não policiais), arrependidos (criminosos delatores) e os agentes provocadores (policiais que instigam outrem a praticar o delito).

²⁶ Veja-se esta notícia publicada na edição do dia 21/07/2006 do jornal Folha de São Paulo: “PF infiltra agente em cela e flagra operações de Beira-Mar na cadeia - Uma semana antes de se tornar o primeiro detento da penitenciária de Catanduvas (PR), o traficante Luiz Fernando da Costa, o Fernandinho Beira-Mar, aguardava ansioso a entrega de 250 quilos de drogas à favela que leva seu nome em Duque de Caxias (RJ). Ordenava e acompanhava o processo por um telefone celular. Mas o aparelho estava grampeado. E, durante todo o tempo, a Polícia Federal monitorava qual o poder de fogo do traficante, detido há cerca de cinco anos. A história começou há alguns meses, quando a própria PF “forneceu” o celular a Beira-Mar, na carceragem de Brasília. A “operação” se baseava em ludibriar o traficante. Para isso, encenou-se a prisão de um agente da PF na mesma área de Beira-Mar. O agente levava um celular e não o ofereceu ao traficante, pois isso configuraria crime. Segundo a PF, Beira-Mar teria tomado o aparelho do agente e dado início a mais uma etapa de operações. Com base nas investigações, o Ministério da Justiça convenceu a Justiça Federal de Curitiba a autorizar a transferência do traficante para

A nova lei determina que a “*infiltração de agentes de polícia (e não agentes de inteligência) em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.*” Caso o pedido tenha sido feito por Sua Excelência, o Delegado de Polícia (em obediência à Lei nº. 12.830/2013), o Juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado e as informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao Juiz competente, que decidirá no prazo de vinte e quatro horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do Delegado de Polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

A infiltração só será admitida se houver indícios de infração penal praticada por organização criminosa e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis, ou seja, a infiltração deve ser utilizada como ultima ratio. O prazo será de até seis meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade. Obviamente aqui há uma lacuna na lei ao não estabelecer exatamente quantas renovações serão possíveis. Resta-nos contarmos com o bom senso do Juiz que não deverá, ad infinitum, autorizar a infiltração, mesmo porque não se pode admitir uma investigação preliminar com prazo indefinido ou excessivo. Evidentemente que quanto maior for a complexidade da organização mais tempo deverá perdurar a infiltração.

Findo o prazo acima referido, o relatório circunstanciado será apresentado ao Juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público. No curso do inquérito policial, o Delegado de Polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração. Tais requerimentos conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público (ver art. 11 do CPP), “*quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente. Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.*”

Catanduvas. Mesmo preso na PF, Beira-Mar ainda tinha força no crime organizado do Rio. Prestígio cada vez menor, segundo a PF. Os resquícios de poder do traficante apenas se justificam por dinheiro e ativos que o órgão ainda não conseguiu rastrear totalmente.”

A lei considera não punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa, que excluirá a culpabilidade e, por conseguinte, a existência de crime. Para nós melhor seria mais técnico excluir a ilicitude do fato típico e culpável, em razão do estrito cumprimento do dever legal.

Por fim, o agente poderá “*recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada; ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas; 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; não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.*”

XIII – Outros Atos Investigatórios/Meios de Prova

A lei ainda prevê o “*afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica*” (por exemplo, arts. 14 e 15 da Lei nº 9.613/98 e Lei Complementar nº. 105/2001); a “*cooperação entre Instituições e Órgãos Federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal*” e a “*interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas*”, nos termos da Lei nº. 9.296/96.

XIV – A Indispensável Autorização Judicial e a Prevenção

Importante ressaltar que, nada obstante o estranho silêncio da lei (em alguns casos), entendemos ser indispensável (em todos os casos, sem exceção) a exigência de autorização judicial para quaisquer dos atos investigatórios/meios de prova acima elencados. Evidentemente que o ideal é que o Magistrado que viesse a autorizar tais medidas deveria, ao contrário do que diz o art. 83 do CPP, afastar-se do posterior processo, pois a sua imparcialidade já está sob suspeita, pelo menos no Sistema Acusatório. Como se sabe, os arts. 69, VI, 75, parágrafo único e 83 do Código de Processo Penal estabelecem como um dos critérios determinadores da competência exatamente a prevenção. Por ela, e em linhas gerais, qualquer ato praticado por um Juiz de Direito, ainda que anterior ao processo torna-o preventivo.

Entendemos que tais disposições não deveriam constar de um diploma processual de um Estado Democrático de Direito, pois a prevenção, longe de atrair a competência judicial, deveria excluí-la, visto que a prática deste ato judicial anterior ao processo criminal atinge inevitavelmente a imparcialidade do julgador.

Observe-se, por exemplo, que para se decretar a prisão preventiva o Juiz deve obrigatoriamente, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, admitir a “*existência do crime e indício suficiente de autoria*”, o que já significa um posicionamento quanto ao mérito da causa penal e, por conseguinte, não deixa de ser um pré-julgamento. Não por menos que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem decidindo reiteradamente pela exclusão do julgador que de alguma forma interferiu na fase investigatória, segundo nos informa Aury Lopes Jr.

Para este autor, “*sem dúvida, chegou o momento de repensar a prevenção e também a relação juiz/inquerito, pois ao invés de caminhar em direção à figura do juiz garante ou de garantias, alheio à investigação e verdadeiro órgão supra partes, está sendo tomado o caminho errado do juiz instrutor. E, mais: a imparcialidade do julgador está comprometida não só pela atividade de reunir material ou estar em contato com as fontes de investigação, mas pelos diversos pré-julgamentos que realiza no curso da investigação preliminar (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão²⁷, autorização para intervenção telefônica²⁸, etc.)*.”²⁹

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já decidiu que “*o princípio constitucional do justo processo legal manda que cada causa tenha um magistrado competente para decidi-la*”, explicou. Neste julgamento, ao votar pela concessão do habeas corpus, o relator, Ministro César Peluso afirmou que “*o juiz já teria feito um pré-julgamento do réu ao receber a ação penal*”. “*Ele teve um contato com o réu que não foi superficial*”. A sentença condenatória penal estaria, segundo o Ministro, “*repleta de remissões aos atos das investigações prévias, além de ter opiniões anteriormente concebidas e expostas*”. O Ministro argumentou que houve quebra da imparcialidade do julgamento. “*Ele teve um contato com o réu que não foi superficial*”, alegou Peluso. A sentença condenatória penal estaria, segundo o Ministro, “*repleta de remissões aos atos das investigações prévias, além de ter opiniões anteriormente concebidas e expostas*”. (Habeas Corpus 94641).

Daí porque somos absolutamente favoráveis ao “Juiz das Garantias”, previsto no projeto de lei de reforma do CPP (e em outros países), ora em trâmite no Congresso Nacional. Aliás, para nós, o Juiz das Garantias trata-se de um natimorto, infelizmente.

XV – O Sigilo nas Investigações

O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada

²⁷ Art. 242, CPP

²⁸ Art. 3º. da Lei nº. 9.296/96.

²⁹ Boletim IBCCRIM – Ano 11 – nº. 127 – Junho/2003.

a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de três dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

XV - Os Novos Tipos Penais

A lei passou a considerar crime o fato de “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. § 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo. § 3º A pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. § 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços): I - se há participação de criança ou adolescente; II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal; III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior; IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes; V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização. § 5º Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual. § 6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena. § 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.”

Ademais, também criminalizou determinadas condutas, exclusivamente quando ocorridas na investigação e na obtenção da prova, a saber:

“Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena

incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.”

Como não somos penalistas, deixemos para eles a análise destes novos tipos penais. Tais crimes e as infrações penais conexas serão apurados mediante procedimento ordinário previsto no Código de Processo Penal (art. 394, I, c/c arts. 395 a 405, CPP) devendo *“a instrução criminal ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a cento e vinte dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu.”*

Entendemos que uma ressalva deve ser feita quanto ao procedimento a ser observado. Primeira quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo, pois a competência dos Juizados Especiais Criminais é ditada pela natureza da infração penal, estabelecida em razão da matéria e, portanto, de caráter absoluto, ainda mais porque tem base constitucional (art. 98, I da Constituição Federal); neste sentido, Mirabete e Ada, respectivamente:

“A competência do Juizado Especial Criminal restringe-se às infrações penais de menor potencial ofensivo, conforme a Carta Constitucional e a lei. Como tal competência é conferida em razão da matéria, é ela absoluta, de modo que não é possível sejam julgadas no Juizado Especial Criminal outras infrações, sob pena de declaração de nulidade absoluta.”³⁰

“A competência do Juizado, restrita às infrações de menor potencial ofensivo, é de natureza material e, por isso, absoluta. Não é possível, portanto, que nele sejam processadas outras infrações e, se isso suceder, haverá nulidade absoluta.”³¹

Igualmente Cezar Roberto Bitencourt, para quem *“a competência ratione materiae, objeto de julgamento pelos Juizados Especiais Criminais, apresenta-se da seguinte forma: crimes com pena máxima cominada não superior a um ano e contravenções penais.”³²*

O Professor Sidney Eloy Dalabrida também já escreveu: *“A competência do Juizado Especial Criminal foi firmada a nível constitucional (art. 98, I, CF), restringindo-se à conciliação (composição e transação), processo, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo. É competência que delimita o poder de julgar em razão da natureza do delito (ratione materiae), e, sendo assim, absoluta. Logo, na ausência de disposição legal permissiva, é inadmissível a submissão a processo pelo Juizado Especial Criminal de outras infrações penais, sob pena de nulidade absoluta.” (grifo nosso).³³*

A esse respeito, Cezar Bitencourt, afirma que *“as infrações que não se caracterizarem como de menor potencial ofensivo, ainda que estejam dentro do limite previsto no artigo 89, não poderão receber a suspensão do*

³⁰ Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Atlas, 1997, p. 28.

³¹ Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª. ed., p. 69.

³² Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 3ª. ed., p. 59.

³³ Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, n.º 57, agosto/1997.

processo através do Juizado Especial, posto que a competência será da Justiça Comum.”³⁴ (grifo nosso).

Como se disse, a competência da qual falamos é ditada *ratione materiae* e, como tal, tem caráter absoluto (mesmo porque delimitada pela Constituição, secundada pela lei federal), sendo nulos todos os atos porventura praticados, não somente os decisórios, como também os probatórios, “*pois o processo é como se não existisse.*”³⁵

Se assim o é, ou seja, se a própria Constituição estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, é indubitoso, ainda que estejamos à frente de uma conexão ou continência, não ser possível o *simultaneus processus* com a aplicação da regra contida no art. 78 do Código de Processo Penal. Ademais, ressalva-se que o próprio CPP, no art. 80, permite a separação de processos mesmo sendo o caso de conexão ou continência, quando, por exemplo, “*o juiz reputar conveniente a separação por motivo relevante.*” Logo, ainda que a separação não fosse ditada pelo art. 98, I da Constituição, poderia sê-lo por força do art. 80 do Código, por ser conveniente a separação, pois o rito nos Juizados Especiais Criminais é completamente diferente (e mesmo inconciliável) com o rito ordinário (e com outros especiais).

Eis a lição da doutrina:

“Havendo conexão ou continência, deve haver separação de processos para julgamento da infração de competência dos Juizados Especiais Criminais e da infração de outra natureza. Não prevalece a regra do art. 79, caput, que determina a unidade de processo e julgamento de infrações conexas, porque, no caso, a competência dos Juizados Especiais é fixada na Constituição Federal (art. 98, I), não podendo ser alterada por lei ordinária.”

Sidney Eloy Dalabrida assim entende: “*Havendo conexão ou continência entre infrações de menor potencial ofensivo e outras de natureza diversa, via de regra, impõe-se a disjunção de processos, devendo o promotor de justiça, portanto, oferecer denúncias em separado perante os respectivos juízos competentes, face à inaplicabilidade do art. 78, II do CPP, por importar sua incidência em afronta à Constituição Federal.*”³⁶

Observe que devemos interpretar as leis ordinárias em conformidade com a Carta Magna, e não o contrário! Como escreveu Frederico Marques, a Constituição Federal “*não só submete o legislador ordinário a um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo o imperativo jurídico. A conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todos.*”³⁷

³⁴ Ob. cit., p. 58.

³⁵ Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, Vol. II, 12ª. ed. p. 503.

³⁶ Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, n.º 57, agosto/1997.

³⁷ *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998, p. 79.

É bem verdade que a própria Lei nº. 9.099/95 prevê duas hipóteses em que é afastada a sua competência (arts. 66, parágrafo único e 77, § 2º.), mas este fato não representa obstáculo ao que dissemos, pois se encontra dentro da faixa de disciplina possível para a Lei n. 9.099/95, permitida pelo art. 98 da Constituição. Em outras palavras: ao delimitar a competência dos Juizados, poderia a respectiva lei, autorizada pela Lei Maior, estabelecer exceções à regra, observando, evidentemente, os critérios orientadores estabelecidos pela própria lei. O que não se pode é se utilizar o Código de 1941 para afastar a competência dos Juizados, constitucionalmente ditada.

Efetivamente, na Lei nº. 9.099/95 há duas causas modificadoras da competência: a complexidade ou circunstâncias da causa que dificultem a formulação oral da peça acusatória (art. 77, § 2º.) e o fato do réu não ser encontrado para a citação pessoal (art. 66, parágrafo único)³⁸. Porém, o certo é que tais disposições não ferem a Constituição Federal, pois as duas hipóteses se ajustam perfeitamente aos critérios da celeridade, informalidade e economia processual propostos pelo legislador (art. 62). Nada mais razoável e proporcionalmente aceitável que retirar dos Juizados Especiais o réu citado por edital (ao qual será aplicado, caso não compareça, o art. 366 do CPP) e um processo mais complexo: são circunstâncias que, apesar de excluírem a competência dos Juizados, ajustam-se perfeitamente àqueles critérios acima indicados e são, portanto, constitucionalmente aceitáveis.

Observa-se que se as leis respectivas “*podem definir quais são as infrações, podem, também, o menos, que é excluir aquelas que, mesmo sendo de menor potencial ofensivo, não são recomendadas para serem submetidas ao Juizado, desde que não se subtraia de toda a competência estabelecida constitucionalmente*”, como bem anotou Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho.³⁹ (grifo nosso).

Este entendimento prevalece mesmo tratando-se de delito de menor potencial ofensivo conexo com um crime contra a vida, hipótese em que ao Tribunal do Júri caberá exclusivamente o julgamento do delito contra a vida, posição que não fere em absoluto o art. 5º., XXXVIII, *d*, da Carta Magna, pois ali não há exigência do Júri em julgar também os crimes conexos àqueles. A Constituição

³⁸ Neste caso, aplicar-se-á na vara comum o procedimento sumário, segundo dispõe o novo art. 538 do Código de Processo Penal (alterado pela Lei nº. 11.719/2008), tendo aplicação, porém, os arts. 74, 76 e 89 desta lei. “TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS - SEÇÃO CRIMINAL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 590-9/194 (200603891424) - Relator: Des. Elcy Santos de Melo - EMENTA: Processual Penal. Conflito negativo de competência. Juizado Especial Criminal. Citação pessoal. Autor do fato não encontrado. Deslocamento da competência. Justiça Comum. Art.66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Encontrando-se o autor do fato em local incerto e não sabido e, portanto, inadmissível a sua citação pessoal, correta a postura do juiz do Juizado Especial Criminal em determinar a remessa dos autos para a Justiça Comum, a teor do que determina o art. 66, parágrafo único, da Lei n.9.099/95, ali firmando a sua competência, ainda que presente nos autos o endereço atualizado do acusado ou sendo este encontrado após o deslocamento processual.Conflito provido.” Idem: “TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS - Ementa: Processual Penal. Conflito negativo de jurisdição. Juizado Especial Criminal. Citação pessoal. Paciente não encontrado. Modificação da competência para o juízo comum: artigo 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Conflito procedente. Não localizado o autor do fato delituoso para a citação na forma pessoal perante o juizado especial criminal, dá-se o deslocamento da competência para o juízo criminal comum julgar e processar o feito, nos termos do artigo 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95. Conflito conhecido e provido. Competência do juiz suscitado.” (Conflito de Competência nº. 520-4/194 - 200400741029 – Rel. Des. Floriano Gomes).

³⁹ Lei dos Juizados Especiais Criminais (com Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 15.

reserva ao Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, e tão-só. Os crimes conexos devem também ser julgados pelo Tribunal Popular (art. 78, I, CPP), salvo aqueles cuja competência extraia-se da Constituição Federal (como os de menor potencial ofensivo).

Destarte, subtraindo a competência dos Juizados Especiais Criminais, a referida lei incidiu em flagrante inconstitucionalidade, pois a competência determinada expressamente pela Constituição Federal não poderia ter sido reduzida por lei infraconstitucional (inconstitucionalidade formal).

Este nosso entendimento não viola o disposto no Enunciado nº. 704 do Supremo Tribunal Federal⁴⁰, pois ali o que se garante é o julgamento unificado do corréu com um acusado que detém prerrogativa de função; mas, se o Juiz Natural do corréu (sem prerrogativa de foro) tem sede constitucional, evidentemente que não se aplica o referido enunciado (é o que se dá, por exemplo, com um crime doloso contra a vida praticado por duas pessoas, uma das quais com prerrogativa de função, hipótese em que haverá separação de processos, pois o Júri julgará o denunciado sem prerrogativa de função, enquanto o outro acusado será julgado pelo respectivo Tribunal, tudo em razão do disposto no art. 5º., XXXVIII da Constituição Federal).

Aliás, a referida lei também é inconstitucional sob o aspecto material, pois afronta o disposto no art. 98, I da Carta Magna. Não se pode, por outro lado, afirmar que a transação penal e a composição civil dos danos seriam tentadas no Juízo Comum, razão pela qual não adviria qualquer prejuízo para o réu. Esta objeção não procede, pois a Constituição Federal é explícita ao garantir ao autor da infração penal de menor potencial ofensivo o procedimento oral e sumariíssimo. Ora, este direito não é somente à transação penal e à composição civil dos danos, mas, também, ao próprio procedimento que é, muita vez, mais benéfico que o ordinário. Segundo Antonio Scarance Fernandes, *“a incorporação, nos ordenamentos, de modelos alternativos aos procedimentos comuns ou ordinários gera para as partes o direito a que, presentes os requisitos legais, sejam obrigatoriamente seguidos. (...) Em relação à extensão do procedimento, têm as partes direito aos atos e fases que formam o conjunto procedimental. Em síntese, têm direito à integralidade do procedimento.”*⁴¹

Ademais, *“o procedimento pode ser visto como as regras de um jogo, que devem ser obedecidas para que seja legítima a competição. O cumprimento dos atos e fases procedimentais se impõe tanto ao Juiz quanto às partes e a todos os sujeitos que participarem do processo, isso porque o procedimento é integral. Além disso, prevendo a lei um procedimento específico para determinada relação de Direito Material controvertida, não cabe ao Juiz dispensá-la, impondo-se sua observância, em respeito ao devido processo legal. Justifica-se isso em virtude de os atos previstos na cadeia procedimental serem adequados à tutela de determinadas*

⁴⁰ “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.”

⁴¹ Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 67/69.

*situações, daí serem imprescindíveis, ou seja, o procedimento ostenta uma tipicidade.”*⁴²

Não esqueçamos que estão previstos na Lei nº. 9.099/95, por exemplo, prazos maiores para apelar e oferecer embargos de declaração (arts. 82, § 1º. 83, § 1º.). Tais disposições, apesar do conteúdo eminentemente processual, resvalam no Direito Constitucional (garantia ao duplo grau de jurisdição), daí porque devem ser consideradas, na lição de Américo Taipa de Carvalho, como normas processuais penais materiais, de aplicação obrigatória (ver adiante).

Como afirma Gilberto Thums, no Estado Democrático de Direito “*o rito processual deve representar uma garantia ao acusado de que terá a seu dispor todos os instrumentos de defesa e que não serão violados os seus direitos fundamentais assegurados na Constituição e nas leis, retratados no princípio do due process of law.*” Neste sentido, conclui o autor que “*o rito desempenha um papel importante, tanto para o réu quanto para o jurisdicionado.*”⁴³

Ademais, existe pelo menos um aspecto prático que desaconselha a aplicação das regras de continência e conexão, senão vejamos: a Lei nº. 9.099/95, no art. 73, prevê a presença de conciliadores, exatamente para auxiliar o Juiz de Direito na composição civil dos danos. Tais auxiliares da Justiça são pessoas do povo, treinadas (o deveriam ser) para esta função e, muitas vezes, mais capacitadas para este mister que o próprio Juiz de Direito. Neste sentido, vejamos Tourinho Filho: “*E, às vezes, as pessoas do povo, desconhecedoras do texto legal, têm mais habilidade para encontrar uma solução ou saída para determinadas situações. (...) Assim teremos um sistema político bem participativo, permitindo-se aos cidadãos integrar-se direta e pessoalmente em um dos três Poderes em que se triparte a soberania nacional.*”⁴⁴

XVI – Alterações no Código Penal

Também foi alterado o art. 288 do Código Penal, passando a vigorar com a seguinte redação:

“Associação Criminosa:

Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.”

⁴² Luciana Russo, “Devido processo legal e direito ao procedimento adequado”, artigo publicado no jornal “O Estado do Paraná”, na edição do dia 26 de agosto de 2007.

⁴³ Sistemas Processuais Penais, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 181.

⁴⁴ Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Saraiva, 2ª. ed., 2002, p. 87.

Ou seja, acabou o crime de quadrilha ou bando. Temos, portanto, agora dois crimes de associação criminosa: um previsto no Código Penal (art. 288) e outro previsto na Lei nº. 11.343/2006, art. 35 (Lei de Drogas). Igualmente temos dois tipos de organização criminosa: uma prevista na Lei nº. 12.694/2012 e outra na Lei nº. 12.850/2013.

Por fim, aumentou-se considerável e desproporcionalmente a pena do crime previsto no art. 342 do Código Penal (falso testemunho ou falsa perícia): reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, inviabilizando, portanto, a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº. 9.099/95).

XVII – A QUESTÃO DO DIREITO INTERTEMPORAL

Como se sabe há dois princípios basilares que regem o direito intertemporal das leis em matéria criminal: o primeiro segundo o qual a lei penal não retroage salvo para beneficiar o réu (art. 2º., parágrafo único do Código Penal e art. 5º., XL da Constituição Federal).

Se é certo que a regra é a da irretroatividade da lei penal, e isto ocorre por uma questão de segurança jurídico-social, não há de se olvidar a exceção de que se a lei penal for de qualquer modo mais benéfica para o seu destinatário, forçosamente deverá ser aplicada aos casos pretéritos, retroagindo.

Este princípio se insere no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da nossa Carta Magna e tem aplicação imediata (§ 1º. do mesmo art. 5º.), além do que, como garantia e direito fundamentais, tem força vinculante, “*no sólo a los poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos*”, como afirma Perez Luño⁴⁵, tendo também uma conotação imperativa, “*porque dotada de carácter jurídico-positivo*”.⁴⁶

O segundo princípio é o da aplicação imediata da lei processual penal, preconizado pelo art. 2º. do Código de Processo Penal e que proclama a regra da aplicação imediata (*tempus regit actum*). Desta forma, à vista desses dois princípios jurídicos, haveremos de analisar os dispositivos da Lei nº. 12.850/2013.

Como vimos, a lex nova trouxe no seu bojo medidas muito mais gravosas que a legislação anterior, logo sua aplicação ficará restrita apenas nos processos referentes às infrações penais praticadas após a sua vigência (data do crime – art. 4º. do CP).

⁴⁵ Los Derechos Fundamentales, Madrid: Editora Tecnos, 1993, p. 67.

⁴⁶ Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª. ed., 2001, p. 62.

Para que se manifeste um entendimento correto, urge que procuremos definir a natureza jurídica das referidas normas, ditas despenalizadoras: seriam elas de natureza processual, penal ou híbrida (penal e processual)? Se se admitir a natureza puramente processual, não há que se falar em retroatividade; porém, se aceitarmos que são normas penais (ou híbridas), a retroatividade se impõe, pois, indiscutivelmente, sendo disposições penais mais benéficas devem excepcionar o princípio da irretroatividade da lei penal.

Esta matéria relativa a normas híbridas ou mistas, apesar de combatida por alguns, mostra-se, a nosso ver, de fácil compreensão. Com efeito, o jurista lusitano e Professor da Faculdade de Direito do Porto, Taipa de Carvalho, após afirmar que *“está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material - que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais formais”*, adverte que dentro de uma visão de *“hermenêutica teleológico-material determine-se que à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroatividade da lei desfavorável e o da retroactividade da lei favorável.”*⁴⁷

Taipa de Carvalho explica que tais normas de natureza mista (designação também usada por ele), *“embora processuais, são também plenamente materiais ou substantivas.”*⁴⁸ Informa, ainda, o mestre português que o alemão Klaus Tiedemann *“destaca a exigência metodológica e a importância prática da distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais”*, o mesmo ocorrendo com o francês Georges Levasseur.⁴⁹

Feitas tais considerações, lembra-se que por lei penal mais benéfica não se deve entender apenas aquela que comine pena menor, pois *“en principio, la retroactividad es de la ley penal e debe extenderse a toda disposición penal que desincrimine, que convierta un delito en contravención, que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir, al todo el contenido que hace recaer sobre la conducta, sendo necessário que se tenha em conta uma série de outras circunstâncias, o que implica em admitir que “la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto, tal como ensina Eugenio Raul Zaffaroni. (grifo nosso)”*⁵⁰.

Advirta-se que normas penais não são apenas as incriminadoras, aquelas que definem fatos puníveis e cominam sanções (normas penais em sentido estrito), mas *“também aquelas que completam o sistema penal com os seus princípios gerais e dispõem sobre a aplicação e os limites das normas incriminadoras”*, como bem esclarece Aníbal Bruno.⁵¹

Veja-se a lição de Carlos Maximiliano: *“Quanto aos institutos jurídicos de caráter misto, observam-se as regras atinentes ao critério indicado em espécie determinada. Sirva de exemplo a querela: direito de queixa é*

⁴⁷ Sucessão de Leis Penais, Coimbra: Coimbra Editora, págs. 219/220.

⁴⁸ Ob, cit., p. 220.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Tratado de Derecho Penal, Parte General, I, Buenos Aires: Editora Ediar, 1987, págs. 463 e 464.

⁵¹ Direito Penal, Parte Geral, Vol. I, Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 181.

substantivo; processo da queixa é adjetivo; segundo uma e outra hipótese orienta-se a aplicação do Direito Intertemporal. O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material.”⁵²

Comentando a respeito das normas de caráter misto, assim já se pronunciou Rogério Lauria Tucci: “*Daí porque deverão ser aplicadas, a propósito, consoante várias vezes também frisamos, e em face da conotação prevalecente de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressalvando-se sempre, como em todos os sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório, - estas excepcionais por natureza.*”⁵³

Outra não é a opinião de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: “*Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.*”⁵⁴ Atente-se, ademais, “*que a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio*”.⁵⁵

Não é apenas o fato de uma norma está contida em um diploma de Processo Penal que a sua natureza será estritamente processual (e dever ser aplicada a regra do tempus regit actum). Como afirmava Vincenzo Manzini, “*estar uma norma compreendida en el Código de procedimiento penal o en el Código penal no basta para calificarla, respectivamente, como norma de derecho procesal o de derecho material.*”⁵⁶

Ressalva-se, apenas, a coisa julgada como limite lógico e natural de tudo quanto foi dito, pois todas as medidas citadas exigem que haja processo em curso ou na iminência de ser iniciado. Se já houve o trânsito em julgado, não pode se cogitar de retroatividade para o seu desfazimento, pois neste caso já há um processo findo, além do que, contendo a norma caráter também processual, só poderia atingir processo não encerrado, ao contrário do que ocorreria se se tratasse de lei puramente penal (lex nova que, por exemplo, diminuísse a pena ou deixasse de considerar determinado fato como criminoso), hipóteses em que seria atingido, inclusive, o trânsito em julgado, por força do art. 2º., parágrafo único do Código Penal⁵⁷.

⁵² Direito Intertemporal, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 314.

⁵³ Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal, São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1975, 124.

⁵⁴ O Processo Penal em Face da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137.

⁵⁵ Eduardo J. Couture, Interpretação das Leis Processuais, Rio de Janeiro: Forense, 4ª, ed., 2001, p. 36 (tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano).

⁵⁶ Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 108 (tradução do italiano para o espanhol de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín).

⁵⁷ Neste sentido, a lição de Ada e outros, ob. cit., p. 49.

XVIII – Referências

- 1) Binder, Alberto. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000.
- 2) Conde, Francisco Muñoz. *Valoración de las grabaciones audiovisuales*. Buenos Aires: Hamurabi, 2004.
- 3) Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998.
- 4) Gomes, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 06 de maio de 2009.
- 5) *Interceptação Telefônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- 6) Lopes Jr., Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- 7) Montalvo, José Antonio Choclán. *La Organización Criminal*. Madrid: Dykinson, 2000.
- 8) Neistein, Mariângela Lopes e Rascovski, Luiz. *Alguns aspectos referentes à entrega vigiada no Direito Brasileiro*. Informativo Eletrônico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, julho de 2007.
- 9) Nogueira, Rafael Fecury. *Nova Lei 12.694/2012 e o julgamento colegiado de organizações criminosas: há vantagens nisso?* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº. 240, novembro/2012.