

A LEI 12.850/2013 E O DIREITO PENAL DO INIMIGO POSITIVADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Aline Mara Lustoza Fedato
*Aline Mara Lustoza Fedato*¹⁷⁴

RESUMO

O aumento da criminalidade econômica faz com que a sociedade exija do legislador um tratamento penal mais rigoroso aos criminosos de colarinho branco. Assim, na tentativa de acalmar o anseio social, acaba-se por criar leis penais muitas vezes desprovidas de técnica legislativa e que, não raras vezes, desrespeitam direitos e garantias fundamentais daqueles que deverão ser submetidos às suas consequências. Os criminosos econômicos passam a ser tratados como os atuais inimigos do Estado, de modo que a eles não devem ser respeitados os direitos e garantias fundamentais dignos de um cidadão. A Lei 12.850/2013 reflete a posituação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que confere aos integrantes de organizações criminosas, tratamento penal diferenciado e mais severo que aquele atribuído a outros sujeitos que estejam em situação semelhante. Ao punir o criminoso por aquilo que ele representa e não pelo que pratica, nega-se ao criminoso a garantia de acesso à justiça e faz com que o Direito Penal se torne cada vez mais deslegitimado já que não é capaz de cumprir sua verdadeira função.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes econômicos. Direito Penal do Inimigo. Lei 12.850/2013. Organização Criminosa.

ABSTRACT

The increase in economic crime do the society requires to the legislature a more rigorous penal treatment to white-collar criminals. So, in an attempt to calm the social desire, just to create criminal laws often devoid of legislative technique and that often flout fundamental rights and guarantees of those who must be subjected to this consequences. Economic criminals are treated as current enemies of the State, so that they should not be respected the fundamental rights and guarantees of a citizen. The 12.850/2013 law reflects the recognition of the criminal law of the enemy in the Brazilian legal system, in so far as it confers on members of criminal organizations, criminal and more severe treatment than that assigned to other subjects that are in a similar situation. To punish the criminal for what it represents and not by practicing, refuses to the criminal to guarantee access to justice and makes the criminal law to become increasingly, not legitimizes as it is not able to fulfill its true function.

KEYWORDS: Criminal Law of enemy. Criminal Organization. Economic crimes. Law 12.850/2013.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO. 3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL. 4 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE À LEI 12.850/2013. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Com o aumento da criminalidade econômica no Brasil decorrente dos diversos atos de corrupção ocorridos tanto nas esferas municipais e estaduais quanto na federal, a sociedade, em um brado vindicativo, tem se posicionado no sentido de pretender que a conduta dos criminosos do colarinho branco seja punida com maior severidade e rigorismo.

Assim, buscando uma pronta resposta ao anseio social, hodiernamente vê-se no Brasil uma crescente produção legislativa – muitas vezes desprovida de qualquer técnica e de caráter notadamente eleitoreiro – que limita garantias fundamentais daqueles que são, atualmente, os maiores inimigos do Estado, a quem não se deveria, então, conferir

¹⁷⁴ Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina; Especialista em Garantias Constitucionales y Derechos Fundamentales en el Derecho Penal y Procesal Penal pela Universidad de Castilla-La Mancha em Toledo, Espanha; Mestranda pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Professora de Processo Penal do Centro Universitário Filadélfia de Londrina/PR - Brasil. aline.fedato@unifil.br



os direitos e garantias dignos de um cidadão comum.

Nesse contexto, foi publicada, em 02 de agosto de 2013, a Lei 12.850, apelidada de Lei de Organização Criminosa que, conforme previsto em seu artigo 1º “define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser adotado”.

O texto legislativo em referência além de punir com maior rigorismo seus sujeitos, traz disposições que limitam os direitos e garantias fundamentais daqueles que estão submetidos à sua incidência, circunstâncias essas que demonstram a positivação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

2 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Para enfrentar o inimigo, algumas sociedades modernas tem se socorrido de normativas jurídico-penais, cujos textos legislativos apresentam características marcantes da incidência do Direito Penal do Inimigo.

Segundo GRACIA MARTÍN (2007, p. 87), os caracteres positivos próprios deste (não)Direito podem ser identificados e sistematizados da seguinte maneira:

A) *A criação de tipos penais que proporcionam ampla antecipação de punibilidade, inclusive mediante a punição de atos preparatórios*: Como o autor/inimigo pertenceria, em tese, a uma organização que habitualmente agiria em descompasso com as normas jurídicas, seria justificável puni-lo por sua mera participação na organização criminosa, sem que, necessariamente, este venha a praticar qualquer fato delitivo;

100

B) *A desproporcionalidade das penas impostas aos delinqüentes*: O só fato do indivíduo pertencer à organização será, na maioria das vezes, uma justificativa para que tenha a sua pena agravada de forma desproporcional.

C) *A criação de leis que se autodenominam “de luta ou combate”*: A criação de leis ao largo dos últimos anos, que se autodenominam de luta ou combate, demonstram o quanto a legislação penal tem se transformado em uma legislação de guerra contra esse criminosos.

D) *A restrição de garantias processuais*: O Direito Penal do Inimigo prevê leis que, não raras vezes, ofendem os direitos fundamentais do cidadão, impondo-lhe medidas extremas em evidente invasão à sua liberdade e intimidade, através, por exemplo, de interceptações telefônicas ou gravações ambientais duradouras, de infiltração de agentes policiais na sua vida privada, ou até mesmo pelo aumento dos “prazos de detenção policial para o cumprimento dos fins investigatórios, bem como os de prisão preventiva; e no plano teórico e doutrinário, defende-se inclusive a licitude da tortura”. (MARTÍN, 2007. P. 90)

E) *A limitação de benefícios penitenciários*: algumas legislações prevêm o recrudescimento das condições carcerárias daqueles que, em tese, são tidos como os inimigos do Estado, de modo que eles, por vezes, cumprem suas penas em circunstâncias mais gravosas que as impostas aos demais condenados ou, ainda, comumente lhes é dificultada a concessão de alguns benefícios relativos à execução da pena, como, por exemplo, a progressão de regime ou livramento condicional.

A globalização incrementa uma nova espécie de delito¹⁷⁵ – os econômicos

175

“La hipótesis de partida es que hoy la corrupción, especialmente la que tiene marco las instituciones publicas, solo puede



– e, esta crescente onda de criminalidade faz com que as legislações internas passem a introduzir uma nova proposta de combate a este inimigo, inclusive mediante a implantação de um novo modelo investigativo, processual e sancionador¹⁷⁶.

Segundo Zaffaroni (2007, p. 18) “a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega a sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho”. E continua o autor:

Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre *cidadãos* (pessoas) e *inimigos* (não pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e está a primeira incompatibilidade que a aceitação do *hostis*, no direito, apresenta em relação ao princípio do Estado de direito.

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitando de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um *ente perigoso*. (grifo do autor)

Prieto Sanchís (2011, p. 69) esclarece ainda:

[...] cabe decir que el Derecho penal del enemigo supone crear para cierto tipo de autores un sistema punitivo, procesal y carcelario paralelo al ordinario; como ha sido llamado, um Derecho penal de tercera velocidad, que obviamente puede presentar fisonomías bastante heterogéneas

A complexidade e o dinamismo das condutas praticadas pelos criminosos de colarinho branco, bem assim a ira social que, costumeiramente, exige um maior rigor punitivo aos crimes econômicos¹⁷⁷ – já que considera que esses criminosos imunes ao sistema penal¹⁷⁸ – faz com que o Estado lhes dirija um tratamento penal mais impetuoso, bastante diferenciado daquele dedicado aos criminosos comuns.

3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

entenderse como fruto de las características definidoras de la economía globalizada. El crecimiento exponencial de las transacciones internacionales y el auge de los mercados de divisas, que junto al desplome de los sistemas de economía planificada, han generado un mercado mundial único; la disolución del sistema de câmbios fijos; la desregulación de los mercados financieros, impulsada en su momento por Thather y Reagan, con la conseguente globalización de las finanzas y su predominio sobre la economía real; el acelerado ritmo de la innovación y la comunicación; la deslocalización de inversiones y iniciativas empresariales que se desconectan de cualquier referencia territorial, son factores de identificación de la globalización que también explican el incremento de la corrupción de nuestros días y definen su contenidos específicos” TERRADILLOS BASOCO, Juan M. Corrupción, globalización y Derecho Penal Económico. In *Halcones y Palomas: Corrupción y Delincuencia Económica*. Directores: Eduardo Demetrio Crespo y Nicolás González-Cuéllar Serrano. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, p. 17.

176 “Ante situaciones excepcionales, los Estados suelen tender a aprobar medidas excepcionales también en el ámbito de la investigación criminal. Por ello, ante la percepción de que la Justicia española necesita nuevos instrumentos que mejoren la eficacia en la persecución de la delincuencia de cuello Blanco, se ha vuelto a retomar el debate jurídico respecto a la conveniencia o no de potenciar ciertas medidas de investigación especial, basadas en fórmulas premiales y de justicia negociada”. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. La Delación Premiada como Instrumento de Investigación contra la Corrupción y la Delincuencia Económica. In *Halcones y Palomas: Corrupción y Delincuencia Económica*. Directores: Eduardo Demetrio Crespo y Nicolás González-Cuéllar Serrano. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, p. 471.

177 Certo que “as evidências também mostram que o público é a favor de penas mais drásticas para criminosos de colarinho branco do que aquelas determinadas pelo sistema judiciário” (COLEMAN, James William. *A Elite do Crime: Para entender o Crime de Colarinho Branco*. Trad. Denise R. Sales. 5ª. Ed. Barueri: Manole, 2005, p. 281)

178 A sociedade em geral, tem “a impressão de que os poderosos, mediante assessoramentos técnicos apenas acessíveis a pessoas com seu nível econômico ou respaldo político, foram capazes de explorar, até limites abusivos, as garantias do direito penal e processual penal, conseguindo, assim, esquivar-se, em grande parte, da persecução penal, da condenação e do cumprimento das sanções”. RIPOLLÉS, Jose Luis Díez. *A Política Criminal na Encruzilhada*, p. 21-22.



Há quem defenda com fervor o minimalismo penal, exigindo que se punam apenas e tão somente atos que atentem contra bens jurídicos¹⁷⁹ relevantes. De outro lado, atendendo aos apelos midiáticos, alguns doutrinadores acabam aderindo ao Direito Penal do Inimigo e instigando uma crescente produção legislativa que acaba por criar leis que trazem punições cada vez mais rigorosas e desproporcionais, relativizando, com isso, os direitos individuais¹⁸⁰, quando mais sua aplicação se dá através de macro-processos que não respeitam os direitos fundamentais do cidadão submetido à persecução penal¹⁸¹.

As conseqüências já são conhecidas: apela-se ao direito penal como forma de resolução do problema da criminalidade, em detrimento do seu enfrentamento por meio de políticas públicas que estabeleçam em amplo diagnóstico o problema. Mais uma vez, verifica-se a existência de uma legislação que solapa as garantias fundamentais e provoca relativização das regras de imputação e dos princípios processuais” (HABER, 2010)

Há tempos se denota no ordenamento jurídico brasileiro, a existência de um Direito Penal de terceira velocidade, onde há a valorização da pena privativa de liberdade, atributo da primeira velocidade, juntamente com a relativização das garantias substantivas e processuais, característica da segunda velocidade.

Sanchís (apud SILVA, 2011, p. 69) esclarece:

[...] quien admite inicialmente dos velocidades para el Derecho penal: la que pudiéramos llamar garantista, reservada a los delitos castigados con pena del cárcel, y otras más relajada para infracciones de menor cuantía. La tercera hipótesis, que se plantea como excepcional, reconocería las recomendaciones del Derecho Penal del enemigo, y su lema podría ser las menores garantías para los delitos más graves.

102

Neste sentido, Silva Sanchez (2002, p. 193) afirma que “é possível admitir uma ‘terceira velocidade’ do Direito Penal, na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e

179 Construindo um conceito acerca do que se deve entender por bem jurídico, ensina Luiz Regis Prado que: “o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: Parte Geral e Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 219)

180 Ao aderir a pressões populares “considera-se boa uma visão simplificada e superficial da realidade e das conseqüências de sua intervenção na mesma, o que implica um notável decréscimo das exigências relacionadas ao grau de análise e reflexão dos problemas sociais necessário para justificar uma intervenção legislativa penal, em direta contradição com a progressiva complexidade das nossas sociedades”, (RIPOLLÉS, Jose Luis Diez. *A Racionalidade das Leis Penais*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37).

181 “Em las macrocausas ha bastado la mera analogia o relación entre si de los delitos para presentar ante la sociedad una policía eficaz y entre una justicia preocupada por la extirpación de la corrupción y de la delincuencia económica, un *auto de fe mediático*, una *cuerva de imputados y condenados* virtual, per tan real como la que se exhibía presencialmente mediante su lento peregrinar por los caminos como primera fase para expiación de sus culpas. El resultado jurídico, sin embargo, há sido desolador. Se ha confundido la justicia con una *cadena de montaje*, pero em lugar de generarse eficacia y celeridad se han *empantanado* las investigaciones, se han dilapidado los recursos, se ha empobrecido la calidad de las resoluciones judiciales, se ha minusvalorado la legalidad y se han sacrificado los derechos fundamentales de los interesados” “Em las macrocausas ha bastado la mera analogia o relación entre si de los delitos para presentar ante la sociedad una policía eficaz y entre una justicia preocupada por la extirpación de la corrupción y de la delincuencia económica, un *auto de fe mediático*, una *cuerva de imputados y condenados* virtual, per tan real como la que se exhibía presencialmente mediante su lento peregrinar por los caminos como primera fase para expiación de sus culpas. El resultado jurídico, sin embargo, há sido desolador. Se ha confundido la justicia con una *cadena de montaje*, pero em lugar de generarse eficacia y celeridad se han *empantanado* las investigaciones, se han dilapidado los recursos, se ha empobrecido la calidad de las resoluciones judiciales, se ha minusvalorado la legalidad y se han sacrificado los derechos fundamentales de los interesados”. Halcones y Palomas: La persecución penal y la corrupción y la Delincuencia Económica. In *Halcones y Palomas: Corrupción y Delincuencia Económica*. Directores: Eduardo Demetrio Crespo y Nicolás González-Cuéllar Serrano. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015, p. 528.



critérios processuais.

Esse fenômeno pode ser observado desde a edição da Lei 8.072/90, apelidada de Lei de Crimes Hediondos, que se originou de um projeto de iniciativa popular, idealizado por uma famosa escritora de novelas brasileiras que teve sua filha brutalmente assassinada.¹⁸²

Em 2003 foi editada, ainda, a Lei 10.792 que incluiu na Lei de Execução Penal a possibilidade de imposição de um regime disciplinar diferenciado ao “preso provisório ou condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”¹⁸³. Essa lei, então, passou a tratar de modo diferenciado – como o próprio nome sugere – o sujeito e não o ato que eventualmente ele tenha praticado, punindo-o, assim, por sua periculosidade e não por sua conduta, o que evidenciaria a positivação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro.

Outro exemplo de positivação do Direito Penal do Inimigo é a Lei 11.343/2006, denominada de Lei de Drogas, de cujo conteúdo se extrai normas que visam punir o sujeito pelo que ele representa – Direito Penal do Autor – e não pelo que realmente praticou – Direito Penal do Fato.

A mais recente criação legislativa foi a chamada Lei de Combate ao Crime Organizado – Lei 12.850/2013 – que objetivou definir o que seria organização criminosa, bem como determinar os crimes praticados pelos seus integrantes e a forma diferenciada com que esses crimes poderão ser investigados. Referida lei cuidou, ainda, de legitimar os mais variados meios de obtenção de provas, cujos procedimentos, não raras vezes, ofendem direitos e garantias do cidadão/investigado.

Isso se dá não só pelo fato de que lei não prevê medidas extremas como forma de obtenção de prova, mas, além disso, porque permite a invasão à esfera da vida privada do sujeito por períodos extremamente longos, cujas afrontas vem, quase sempre, amparados em um suposto interesse social que deve prevalecer sobre o individual.

182 Disponível em <http://www.gloriafperez.net/?page_id=591> Acesso em 23 jun. 2016, 15:48.

183 Art. 1º A Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.” (NR)

“Art. 34.

§ 1º (parágrafo único renumerado)

§ 2º Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios.” (NR)

“Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.”



4 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO FRENTE À LEI 12.850/2013

Ao definir o que é organização criminosa, o § 1º do artigo 1º estabelece que:

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

Neste contexto a lei tipifica em seu artigo 2º, como figura autônoma e independente, o ato de “promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa”, sancionando tal conduta com pena que varia de 03 (três) a 08 (oito) anos e multa.

Note-se que só o fato do sujeito integrar a organização, por si só caracterizaria um ilícito penal, ainda que este – ou a própria organização – não venha a praticar futuramente qualquer ato que ofenda um bem jurídico penalmente tutelado.

Ao criminalizar a mera participação do indivíduo em uma determinada empresa criminosa, o legislador acaba por impor ao sujeito uma pena por atos que seriam, em tese, meramente preparatórios e que, por tal razão, deveriam ser tratados como irrelevantes penais.

104

Isso porque, como sabido, a função do direito penal seria a exclusiva proteção aos bens jurídicos penalmente relevantes, de modo que a preparação precederia o início desta agressão, não se justificando, pois, a intervenção de um direito tão severo que somente deveria atuar como *ultima ratio*.

Neste aspecto quando a Lei 12.850/2013 pune atos meramente preparatórios cumpre o primeiro dos elementos descritos por Grácia Martín (2007, p. 87) para a identificação da incidência de um Direito Penal do Inimigo positivado no ordenamento jurídico.

A lei em referência atende, também, ao segundo requisito descrito pelo autor, na medida em que impõe a seu agente, sanção penal absolutamente desmedida e desproporcional ao delito, em tese, praticado.

Diz-se isso porque o crime de organização criminosa previsto no artigo 2º da Lei 12.850/2013 atribui ao agente que integra da sociedade – sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais que, eventualmente, venham a ser praticadas – uma pena que varia de 03 (três) a 08 (oito) anos, além da multa penal.

Não obstante a severidade da sanção imposta – o quê, por si só, já seria desproporcional para repelir este ato – certo é que no ordenamento jurídico brasileiro, há outro tipo penal que prevê conduta bastante semelhante ao dispositivo em análise.

O artigo 288 do Código Penal Brasileiro assim dispõe:

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

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



O crime de associação criminosa, acima transcrito, assim como aquele descrito no artigo 2º da Lei 12.850/2013, prevê a punição do agente que integra um grupo criminoso constituído para o fim de, em tese, praticar ilícitos penais diversos.

No entanto, para essa figura prevista na lei penal geral, a sanção variaria de 01 (um) a 03 (três) anos de reclusão, enquanto que na lei especial, a pena mínima imposta ao sujeito seria corresponde à máxima descrita no Código Penal Brasileiro.

Evidente que o bem jurídico protegido, tanto em um como no outro tipo penal, são coincidentes, o que permitira questionar as razões que levaram o legislador a impor aos sujeitos praticantes de condutas semelhantes, sanções penais tão dissonantes e desproporcionais.

Por certo que a resposta a tal indagação não encontra respaldo no Direito Penal do fato, já que este, em tese, seria similar em ambos os tipos penais. Sendo assim, o tratamento desigual ao agente que pratica uma ou outra conduta, demonstra a positivação no ordenamento jurídico brasileiro do Direito Penal do Autor, evidenciando, com isso, a seletividade do sistema que elege a quem a norma mais ou menos gravosa deverá ser dirigida.

Mas não é só...

O artigo 3º da Lei 12.850/2013 dispõe acerca da investigação dos crimes nela previstos, bem como dos meios admitidos para a obtenção da prova, fazendo-o nos seguintes termos:

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

I - colaboração premiada;

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

III - ação controlada;

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

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

§ 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 2º No caso do § 1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)



Em análise aos meios de prova autorizados pela Lei de Combate ao crime organizado, tem-se que a colaboração premiada prevista no inciso I do artigo acima transcrito, é o instrumento de investigação criminal que consiste na possibilidade de se atribuir recompensa legal ao autor ou partícipe de infração penal que, espontaneamente, auxilie na busca da verdade real, seja contribuindo efetivamente para a identificação de outros réus, seja auxiliando na recuperação total ou parcial do produto do crime, ou, ainda, colaborando com a localização da vítima desde que sua contribuição seja efetivada enquanto esta ainda estiver com a integridade física preservada.

Colaborar significa prestar auxílio, cooperar, contribuir; associando-se ao termo premiada, que representa vantagem ou recompensa, extrai-se o significado processual penal para o investigado ou acusado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a concorrência de outro(s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal, no tocante à materialidade ou à autoria. (NUCCI, 2013, p. 47)

Assim, visando premiar o colaborador, a lei cria benefícios que vão desde a redução da pena até sua total isenção mediante o perdão judicial¹⁸⁴.

O inciso II dispõe acerca da “captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos” e, embora a lei não estabeleça sua forma de execução, a captação ambiental segundo Nucci (2013, p. 39):

[...] trata-se de conversa ocorrida em certo local (não pelo telefone, nem por carta), possibilitando o contato pessoal entre os interlocutores, enquanto uma delas *colhe*, por qualquer meio (gravação de voz, registro de imagem fotográfica, filmagem), o que se passa entre ambos.

[...]

Por outro lado, há também como captar conversa alheia, interceptando-a, termo anteriormente usado na Lei 9.034/1995, mas não repetido na atual Lei 12.850/2013. Nem por isso deixa de ser possível que um terceiro colha dados referentes aos contatos feitos por outras pessoas, ou seja, *atravessa* a conversa alheia e grava ou registra de outra forma qualquer.

A interceptação ambiental não deixa de ser uma forma de captação ambiental, significando que o colóquio realiza-se em recinto aberto, a permitir o contato entre as pessoas mantenedoras da conversa devassada por terceiro. (*grifo do autor*)

Já a ação controlada prevista no inciso III consiste “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”

¹⁸⁴ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

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

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

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

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

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

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

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

nos termos do quanto determina o artigo 8º da Lei 12.850/2013, retardando, com isso, o flagrante¹⁸⁵.

A lei autoriza, ainda, o acesso às informações cadastrais do investigado em bancos de dados públicos e privados, a quebra de sigilo financeiro, bancário e fiscal, bem assim a interceptação de suas comunicações telefônicas e telemáticas, cuja verificação, nos termos do artigo 5º da Lei 9.296/96 “não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

A falta de técnica legislativa – e gramatical, já que a ausência de uma vírgula no texto legislativo modificaria toda sua interpretação – trazida pela Lei 9.296/96 tem trazido reflexos grandiosos e discussões infundáveis sobre o prazo máximo permitido à manutenção da medida.

Isso porque, para alguns doutrinadores, o texto legislativo autorizaria a renovação “por igual período uma vez, (e aqui a vírgula foi acrescentada propositadamente para dar sentido à primeira interpretação) comprovada a indispensabilidade” da medida, de modo que as interceptações não ultrapassariam o período máximo de 30 (trinta) dias, já que este tempo seria suficiente para, eventualmente, se verificar se um determinado sujeito integra ou não uma organização criminosa.

Em sentido oposto, outra parte da doutrina, cuja posição tem sido adotada mais firmemente pelos magistrados, já que das duas é a mais gravosa ao acusado, entende que o legislador ao editar referido dispositivo pretendeu dizer que a medida seria “renovável por igual tempo, uma vez comprovada” sua indispensabilidade (modificada a vírgula), de modo que a lei não estabeleceria um termo para a conclusão da ação investigativa que, por essa razão, poderia perdurar por prazo indeterminado, enquanto se justificasse sua necessidade – respeitando-se, por óbvio a exigência de que, por meio de decisão motivada, a interceptação fosse quinzenalmente ratificada pela autoridade judicial.

É certo, no entanto, que esse segundo entendimento não se apresenta razoável, na medida em que a invasão à privacidade do indivíduo não pode se perpetuar indefinidamente.

Hodiernamente depara-se, no Brasil, com decisões que autorizam interceptações telefônicas por período superior a 30 (trinta) dias – após a primeira renovação – cujos pleitos são justificados (e deferidos) ao argumento de que, durante o período autorizado, não foi possível captar informações úteis à investigação.

Ora, se durante todo o período de interceptação não foi possível constatar uma só comunicação hábil a socorrer a acusação, por certo não seria razoável ou justificável manter, em nome do interesse público, a invasão à vida privada de um cidadão por nem mais um dia sequer.

Outra medida extrema prevista pela Lei 12.850/2013, precisamente em seu artigo 3º, inciso VII é a possibilidade de infiltração de agentes policiais na esfera da vida privada do indivíduo, com o objetivo de investigar eventuais atividades criminosas praticadas pela organização.

O artigo 10 da mesma lei descreve a forma que se dará a infiltração, destacando em seu §3º o prazo para a realização desta intervenção.

185 Cf. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar “mesmo diante da ocorrência da infração, pode-se deixar de atuar, no intuito da captura do maior número de infratores, ou da captação de um maior manancial probatório” *Curso de Direito Processual Penal*, 7ª edição. Salvador: JusPODVUM, 2012. P. 565.



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

[...]

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

A amplitude do texto legal, a bem da verdade não estabelece o prazo máximo para que o agente permaneça infiltrado, limitando-se a definir que a autorização judicial deverá ser ratificada a cada 06 (seis) meses, sem que, no entanto, seja imposto ao julgador um limite razoável de renovações.

Não obstante à inconstitucionalidade deste dispositivo que, mais uma vez, autoriza a invasão perpétua à vida privada do indivíduo, não se olvida, é claro, da importância e até mesmo da eficácia de todos estes meios de investigação para o alcance da verdade real.

Todavia, medidas extremas como essas, elencadas pela Lei de Combate ao Crime Organizado devem ser adotadas com cautela, somente podendo ser utilizadas se, por outro meio – diga-se menos gravoso ao investigado – a prova não puder ser produzida.

No entanto, o que se tem percebido na prática forense é a aplicação irrestrita de tais medidas como primeiro elemento de prova, cujas operações policiais ou administrativas são, muitas vezes, deflagradas por frágeis indícios da prática delitiva – como cartas ou denúncias anônimas – o que implica na ofensa aos princípios constitucionais e garantias fundamentais dada a excessiva invasão à intimidade e à vida privada do investigado¹⁸⁶ e de terceiros que com ele convivam.

O direito à intimidade e à privacidade é aquele que busca reservar a vivência do indivíduo, preservando-o do conhecimento alheio (MARQUES, 2010).

Bastos (2000, p. 48), ao comentar o direito à intimidade e à privacidade assegurado no inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal, esclarece que:

[...] oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste ainda na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhe o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Assim, os segredos decorrentes da intimidade devem ser preservados, e sua revelação somente se justificaria em casos extremos.

É certo que os direitos fundamentais foram estabelecidos principalmente em virtude da opressão do cidadão pelo Estado, de tal modo que foram assegurados

186 Neste sentido esclarece-se que “é, sem dúvida, no âmbito do processo penal que o direito penal do inimigo concentra seus esforços, e não somente por meio da preconizada maior facilidade de imposição de prisão preventiva, estritamente relacionada com a potencialização do direito de medidas anteriormente mencionado, mas também mediante uma panóplia de propostas que desmontam, sem a menor cerimônia, o direito penal garantista: facilitação dos controles corporais, de intervenção de comunicações ou intromissão em âmbitos privados sem controle judicial ou com fracos controles, uso generalizado de agentes infiltrados, prolongação dos períodos de incomunicabilidade, restrições de direito de não autoincriminação, limitações do direito de defesa, reconsideração da nulidade da prova obtida ilicitamente.” RIPOLÉS, José Luis Díez. *A Política Criminal na Encruzilhada*. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 85

primordialmente para serem exercidos contra o Estado e apenas secundariamente contra os outros indivíduos. (SANTOS, 2010)

De outro lado, não se olvida também que os direitos fundamentais existem para assegurar, ao homem, a possibilidade de desenvolver sua personalidade sem interferências do Estado, e não para acobertar crimes e comportamentos nocivos à coletividade e a outros cidadãos. (SANTOS, 2010)

Desta feita, tais direitos não podem ser tidos como absolutos, podendo sofrer algumas restrições caso, no conflito com outros direitos, haja necessidade de ressalva, sempre devidamente justificada.

Todavia, considerando-se tratar de uma garantia fundamental, tais restrições, que implicariam em invasão à esfera da vida privada do indivíduo, somente se justificariam após esgotados e infrutíferos todos os demais meios de investigação que, porventura, sejam menos gravosos ao cidadão submetido à perseguição penal.

Sendo assim, a colheita de quaisquer das provas descritas no artigo 3º da Lei 12.850/2013 não poderia ser admitida como primeira medida investigativa sob pena de se afrontar, injustificadamente, garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal.

No entanto, considerando-se que a lei de organização criminosa tem sido comumente aplicada aos criminosos econômicos – eleitos, atualmente, como os novos inimigos do Estado – por certo que, cotidianamente, depara-se com a vergastação das garantias penais e processuais dos cidadãos submetidos a esta espécie de perseguição, de modo que, não raras vezes, esses sujeitos têm sua intimidade invadida sob o frágil argumento de que o interesse público justificaria tamanha afronta ao interesse individual.

109

5 CONCLUSÃO

Com a crescente onda de criminalidade econômica, a sociedade passa a sentir-se vítima de uma nova modalidade delitativa que, dado seu dinamismo e complexidade, exige a criação de novos mecanismos para combatê-la.

No entanto, considerando que seus agentes são, em regra, pessoas de alta respeitabilidade social, a sociedade começa a exigir dos órgãos de controle social a implantação de um Direito Penal mais severo, digno de um verdadeiro inimigo, na tentativa de extirpar esses sujeitos da sociedade. (FEDATO, 2016, p. 14)

Com isso, passa-se então a selecionar o destinatário da norma, a criminalizá-lo, marginalizá-lo e estigmatizá-lo, em total desatenção aos princípios e às garantias fundamentais exigidos pelo Direito Penal Garantista.

A positivação do Direito Penal do Inimigo é crescente na legislação brasileira, desde os idos dos anos 90 (noventa) e encontra seu ápice com a edição da nova lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/2013) que além de punir atos meramente preparatórios e com maior rigorismo e severidade, permite, para a captação da prova, a utilização de meios extremamente gravosos ao acusado e que refletem verdadeira invasão ao direito de intimidade e privacidade daquele que se encontra submetido à perseguição penal.

Deste modo, seja na tipificação das ações ou omissões potencialmente lesivas atentatórias à sociedade, seja durante a perseguição penal, ou na própria consequência



sancionatória imposta ao autor da conduta desviante, faz-se necessário criar condições de respaldar um decisivo movimento de respeito e conhecimento à dimensão humana, como forma de garantir acesso à justiça a todos os sujeitos submetidos à persecução penal.

Para que haja efetividade do direito penal faz-se necessário que este não se desvincule de sua função de garantir aquilo que seja considerado necessário para a coexistência social, sob pena de se gerar conflitos que acabarão por destruir sua eficácia (ZAFFARONI, 2004, p. 348).

Por esta razão é que a cada momento se apresenta mais frágil o discurso que confere ao sistema penal, a qualidade de instrumento adequado ao controle do crime, ainda mais quando referido discurso, situando-se no cunho vingativo do sistema¹⁸⁷, se vale da gestão de políticas públicas mais severas no combate à criminalidade.

É certo que os problemas sociais não podem ser resolvidos pelo sistema punitivo, até porque, é sabido que na história da humanidade, essa medida nunca funcionou.

Tal circunstância se mostra ainda mais latente quando se considera que quem cria o “crime” e o “criminoso” são aqueles que exercem o Poder em nome do Estado, diversas vezes influenciados por interesses outros que não o de justiça e/ou pacificação social.

Diante disto, na tentativa de dar uma rápida resposta à sociedade, frente à crescente criminalidade, passa-se a utilizar do sistema penal como forma de repreender com maior severidade as condutas delitivas sem que se consiga, com isso, diminuir a criminalidade¹⁸⁸, o que faz com que o Direito Penal se torne cada vez mais deslegitimado e desacreditado, pois não é capaz de cumprir sua verdadeira função.

110

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000.

COLEMAN, James William. *A Elite do Crime: Para entender o Crime de Colarinho Branco*. Trad. Denise R. Sales. 5ª. Ed. Barueri: Manole, 2005.

CRESPO, Eduardo Demetrio. SERRANO, Nicolás Gonzáles-Cuéllar. *Halcones y Palomas: Corrupción y Delincuencia Económica*. Directores: Eduardo Demetrio Crespo y Nicolás González-Cuéllar Serrano. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015.

DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis. *A Racionalidade das Leis Penais*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 37

_____. *A Política Criminal na Encruzilhada*. Trad. André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FEDATO, Aline Mara Lustoza. *Os Crimes Econômicos e os Novos Inimigos do Direito Penal*. Revista Jurídica da UNIFIL. 13ª Edição. Ano XIV. P. 13/26.

187 Neste sentido: “As atuais tendências político-criminais, por seu populismo e orientação decidida a favor da vítima, conferem respeitabilidade social aos sentimentos de vingança desta e da comunidade para com o delinquente. A ressocialização do apenado perde apoios sociais [...] e, no âmbito penitenciário [...] o sistema que se gaba de suas pretensões estigmatizantes e contempla o renascimento de penas degradantes” (MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 442)

188 “A política penal repressiva não tem sido acompanhada por um declínio significativo na taxa de criminalidade” (RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 275). Na mesma esteira, o autor afirma que “a política penal e suas variações, não tem qualquer influência efetiva sobre a taxa de criminalidade. As mudanças na prática penal não podem interferir seriamente na operação das causas sociais para delinquência.” (RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Ibid., p. 278)



GRACIA MARTÍN, Luis. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea; v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HABER, Carolina Dzimidas. Reflexos do direito penal do inimigo na realidade brasileira. 2010. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/eventos/pet/carolina.pdf>.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos, Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1 – Introdução, História, Lei Penal, Princípios e Bem Jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Garantismo y Derecho Penal*. 1ª Ed. Colección Biblioteca Básica de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid: Iustel, 2011.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Paulo Ivan da Silva. *As provas obtidas com violação da intimidade e sua utilização no Processo Penal*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/5373-5365-1-PB.htm>> Acesso em 12 de abril de 2017.

SILVA SANCHES, Jesús María. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da Política Criminal nas sociedades pós industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Série Ciências Criminais no Século XXI, Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TAVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*, 7ª edição. Salvador: JusPODVUM, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 5ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O Inimigo no Direito Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3ª. ed. 3ª. Reimpressão. Coleção Pensamento Criminológico 14. Rio de Janeiro: Revan, 2015.



