**O CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NAS LEIS 12.694/12 E
12.850/13**

Júlio César da Silveira

Acadêmico do Curso de Direito – IPTAN

juliomangabeira@yahoo.com.br

RESUMO:

O conceito de organização criminosa na legislação brasileira era completamente inexistente, mesmo com a entrada em vigor da Lei 9024/95, que trata de investigação de crime cometido por organização criminosa. No ano de 2012, adentrou a Lei 12.694/12, que permitiu o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes cometidos por organização criminosa, definindo-a pela primeira vez como sendo a associação de pelo menos 3 (três) pessoas, de forma estruturada e com divisão de tarefas e com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos, ou que tenha caráter transnacional. Em 2013, todavia, foi promulgada a Lei 12.850/13, que tratou de reformular a política pública de combate às organizações criminosas, tipificando a organização criminosa, com penas que variam entre três e oito anos de prisão, e que consiste em promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa. Esta lei, contudo, conceitou pela segunda vez o que era organização criminosa, de forma diferenciada do conceito trazido pela Lei 12.694/12, associação de pelo menos 4 (quatro) pessoas, de forma estruturada e com divisão de tarefas e com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja superior a 4 (quatro) anos, ou que tenha caráter transnacional, sem que revogasse o conceito anteriormente trazido, criando um embaraço legal, a qual não se há consenso entre doutrinadores e jurisprudência sobre uma resposta para este impasse.

Palavras-chave: Organização criminosa; Lei 12.694/12; Lei 12.850/13

INTRODUÇÃO

A legislação brasileira era completamente silente sobre um conceito formal do que é uma organização criminosa, embora este assunto já rende páginas e páginas de noticiários desde o final da década de 80 e início da década de 90, com figuras famosas como Pablo Escobar, o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital.

Em 1995, foi implementada a primeira lei sobre políticas públicas de combate à organização criminosa, a famigerada Lei 9034/95, vazia de conteúdo e sem um conceito formal do que era organização criminosa, criando confusões jurídicas sobre sua aplicação no dia a dia, já que cada aplicador da lei via o conceito de organização criminosa de uma forma, podendo deixar ou aplicar os dispositivos da Lei 9034/95 de uma forma ou de outra de acordo com o entendimento do aplicador da lei.

Nos anos 2010, todavia, duas legislações trouxeram, em um intervalo de um ano, dois conceitos distintos de organização criminosa – as Lei 12.694/12 e 12.850/13, trazendo um embaraço legislativo para doutrinadores e Tribunais brasileiros sobre qual deve ser a correta aplicação do conceito de organização criminosa.

Para trabalhar sobre o assunto, primeiramente abordaremos a Lei 12.694/12, que trouxe o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes cometidos por organização criminosa, explicando sucintamente as principais modificações trazidas por esta lei. Após, abordaremos a Lei 12.850/13, que trata sobre investigação criminal, meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal de crimes cometidos por organização criminosa, além da tipificação da mesma, nos mesmos moldes que a legislação antecedente. Por fim, explicaremos os conceitos de organização criminosa trazidos por ambas as leis e abordaremos métodos legais de resolução do impasse de aplicação correta de qual conceito.

1. Lei 12.694, de 24 de julho de 2012

Em julho de 2012, foi sancionada, pela então Presidente da República Dilma Rousseff, a Lei 12.694, que dispôs sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organização criminosa. Como sabemos, as organizações criminosas conseguiram um imenso potencial ofensivo nos últimos anos, fazendo com que as mesmas controlassem penitenciárias, favelas e periferias e demais locais de pouca intervenção estatal, onde praticamente criaram estados paralelos ao Estado oficial, com suas próprias regras, leis e poder.

Percebendo tal situação e a necessidade de retornar o poder destes lugares de volta para o Estado brasileiro, o Estado criou mecanismos para efetivar tal retorno do controle. Para tanto, houve ações efetivas estatais nos locais de domínio das organizações criminosas, como na cidade do Rio de Janeiro no ano de 2010, onde se criaram as Unidades de Polícia Pacificadora, além de modificações na legislação criminal brasileira, para que tivessem leis que efetivamente conseguissem dismantelar tais organizações criminosas. Para tanto, foi criada, por exemplo, a Lei 12.720/12, onde se passou a punir, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de reclusão aquele que constitui, organiza, integra, mantenha ou custeie milícia privada.

Além disso, o legislador brasileiro passou a criar legislações específicas para as organizações criminosas, as conceituando, as tipificando e criando mecanismos para suas dismantelações. A Lei 12.694/12 foi a primeira legislação brasileira a realmente conceituar o que é uma organização criminosa, sem, contudo, tipificar tal conduta, ainda recaindo no então crime de formação de quadrilha ou banda do art. 288 do Código Penal – hoje associação criminal, sendo tipificada somente na Lei 12.850/13. Entretanto, tal legislação criou um imenso mecanismo de proteção aos magistrados que comandam os processos e julgam os membros das organizações criminosas.

Como sabemos, os magistrados e promotores são alvos frequentes das ações de organizações criminosas que, com o intuito de intimidar toda a classe – e o próprio magistrado ou promotor -, ameaçam, atacam e até mesmo matam magistrados e promotores que combatem as organizações criminosas. Podemos citar como exemplo os juízes Patricia Acioli, morta em 2011 em Niterói/RJ por policiais militares insatisfeitos com sua atuação em relação a um grupo de agentes que atuava na cidade de São Gonçalo praticando homicídios e

extorsões; e Alexandre Martins de Castro Filho, morto em 2003 em Vitória/ES por descobrir um esquema de organização criminosa envolvendo um juiz da Vara de Execuções Penais da capital, além de outras pessoas influentes.

Com o intuito de proteger os magistrados, o Congresso Nacional elaborou, e a então Presidente da República sancionou, 2012, a Lei 12.694, que permitiu que juízes de primeiro grau de jurisdição realize atos de processos envolvendo crimes cometidos por membros de organização criminosa de forma colegiosa, e não solitariamente, como anteriormente era.

Assim, se um juiz criminal que esteja julgando um processo qualquer que envolva qualquer crime cometido por organizações criminosas – por exemplo, homicídio ou latrocínio, roubo, extorsão, etc. – pode deixar de praticar determinado ato processual de forma solitária para realizar de forma colegiosa, desde que o mesmo acredite que agir solitariamente pode colocar sua integridade física em risco. Para isso, deverá informar ao órgão correicional a instauração do colegiado, devendo indicar os motivos e circunstâncias que acarretem risco à sua integridade física em decisão fundamentada, conforme § 1º do art. 1º da dita Lei. O colegiado será formado pelo juiz do processo e por outros 2 (dois), escolhidos por sorteio eletrônico dentre os de competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição, devendo os mais próximos afastarem os mais remotos (§ 2º do mesmo artigo).

O colegiado será realizado para determinados atos processuais, indicados no *caput* do próprio art. 1º da lei, podendo ser os seguintes:

- Art. 1º - [...]
- I - decretação de prisão ou de medidas assecuratórias;
  - II - concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão;
  - III - sentença;
  - IV - progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena;
  - V - concessão de liberdade condicional;
  - VI - transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e
  - VII - inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.
- (BRASIL, 2012)

O colegiado possui poder apenas para o ato convocado (§ 3º do art. 1º), devendo ser dissolvido logo depois. E, caso o magistrado entenda que seja necessário novamente convocar outro colegiado, deverá fazê-lo, sendo novamente sorteado os demais membros. Assim, um processo criminal pode ter

vários magistrados diferentes no curso do processo, sendo que, ao final, terá outros convocados apenas para proferir a sentença – o que pode, em tese, gerar violação ao Princípio do Juiz Natural e, portanto, tal lei é demasiadamente criticada por juristas.

Além disso, a Lei 12.694/12 traz outros mecanismos de proteção aos magistrados e promotores. Primeiramente, o art. 7º da referida lei modificou parte do texto da Lei 10826/03, conhecida como Estatuto do Desarmamento, acrescentando o inciso XI no art. 6º da referida lei, permitindo o porte de arma de fogo por parte dos magistrados e promotores nos seguintes termos:

Art. 6º - [...]

XI - 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. (BRASIL, 2003)

Ademais, a lei passou a permitir procedimentos de defesa dos magistrados e promotores dentro dos prédios dos tribunais, criando mecanismos de segurança dos profissionais e dos demais que se encontram lá dentro – advogados, testemunhas, servidores, estagiários, partes e transeuntes. Permitiu-se tal lei que os tribunais criassem mecanismos de controle de acesso, com identificação de quem entra nos locais; instalassem câmeras de vigilância e aparelhos detectores de metais, as quais todos devem passar pelos mesmos – com exceção dos integrantes de missão especial, escolta de presos e agentes ou inspetores de segurança.

Tratou-se também a lei de criar mecanismos de defesa dos magistrados e promotores fora do âmbito dos prédios dos tribunais – afinal, nestes locais eles estão mais vulneráveis, com menos testemunhas e mais desprotegidos; devemos lembrar que os juízes citados anteriormente foram mortos em locais diversos dos prédios dos Fóruns onde trabalhavam - Patricia morreu na porta de casa; Alexandre morreu na porta da academia. Além do mais, podem não só os magistrados e promotores serem atacados, como seus familiares – pais, filhos, cônjuge e parentes próximos, normalmente mais vulneráveis ainda que os anteriores e que podem ser atacados para intimidarem, amedrontarem, para

ferirem ou para “darem um recado” aos magistrados e promotores, que certamente desistirão dos casos envolvendo organizações criminosas quando seus parentes mais próximos estão em risco ou já atacados.

Assim, o art. 9º da Lei 12.694/12 criou a possibilidade de o magistrado ou promotor, estando em situação de risco pessoal ou familiar, decorrido da sua função, pode solicitar proteção pessoal à polícia judiciária, a qual avaliará a necessidade, alcance e parâmetros da dita proteção e a qual será prestada pela própria polícia judiciária e a qual deverá ser comunicado o Conselho Nacional de Justiça ou o Conselho Nacional do Ministério Público, conforme o caso, como determina o referido artigo, *in verbis*:

Art. 9º Diante de situação de risco, decorrente do exercício da função, das autoridades judiciais ou membros do Ministério Público e de seus familiares, o fato será comunicado à polícia judiciária, que avaliará a necessidade, o alcance e os parâmetros da proteção pessoal.

§ 1º 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:

I - pela própria polícia judiciária;

II - pelos órgãos de segurança institucional;

III - por outras forças policiais;

IV - de forma conjunta pelos citados nos incisos I, II e III.

(BRASIL, 2012)

Por fim, a Lei 12.694/12 trouxe, finalmente, ao Direito brasileiro, como dizemos anteriormente, o conceito de organização criminosa, cerne deste trabalho e a qual trabalharemos oportunamente. Segundo a referida lei, organização criminosa é

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2012)

Dessa forma, a lei não apenas permitiu a oportunidade de elaboração de atos processuais de forma colegiada em sede de primeira instância, mas também conceituou o que era organização criminosa, tachando sua aplicabilidade e diferenciando dos conceitos de associação criminosa e milícia privada dos art.

288 e 288-A do Código Penal, respectivamente, para evitar problemas de aplicação da legislação criminal.

2. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013

Em agosto de 2013, apenas um ano e um mês após a sanção da Lei 12.694/12, a então Presidente da República Dilma Rousseff sancionou a Lei 12.850, que dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e procedimento criminal das organizações criminosas, definindo-a, revogando, por fim, a famigerada Lei 9.034/95, que já era considerada antiquada e obsoleta.

A primeira modificação consubstancial trazida pela Lei 12.850/13 foi o conceito de organização criminosa, definindo-a finalmente como um tipo penal autônomo, deixando-se de aplicar, em analogia, os crimes dos art. 288 e 288-A do Código Penal. Segundo a referida lei, comete crime de organização criminosa aquele que “Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa” (BRASIL, 2013), com penas que variam entre 3 (três) e 8 (oito) anos de reclusão, e multa, além das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas, sendo organização criminosa, nos fulcros do § 1º do art. 1º da referida lei,

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. (BRASIL, 2013)

Entretanto, não foi somente a tipificação e definição de organização criminosa que a Lei 12.850/13 trouxe, pois, conforme dito anteriormente, ela também trouxe legislação nova sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e procedimento criminal das organizações criminosas.

A primeira modificação consubstancial trazida pela Lei 12.850/13 foi a enumeração de possibilidades de vias de obtenção de provas na fase de

persecução penal, definindo-a e regulamentando conforme os direitos fundamentais constitucionalmente trazidos (art. 3º). Podemos trazer aqui o afastamento dos sigilos telefônico, bancário e fiscal (inciso VI), acesso a registro e interceptação de comunicações telefônicas (inciso IV e VI), da ação controlada (inciso II), do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações (inciso VII), além de infiltração de policiais (inciso VII) e a mais famosa delas, a delação premiada (inciso I).

Conforme os art. 15 e ss. da referida lei determinam, o acesso a registros e demais poderá ocorrer pelo delegado de polícia e pelo Ministério Público sem autorização judicial, se for dados cadastrais que informem exclusivamente a qualificação pessoal, filiação e endereços mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Já as empresas de transporte deverão manter sob seu poder informações de dados de reserva e registro de viagens pelo prazo de 5 (cinco) anos, onde juiz, delegado de polícia e Ministério Público poderão ser acesso direto e permanente durante o referido e período. Da mesma forma, as concessionárias de telefonia fixa ou móveis manterão, pelo mesmo prazo, registro de identificação dos números dos terminais de origem e destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas ou locais, à disposição do Ministério Público e dos delegados de polícia.

Já a ação controlada se dá no retardamento da “intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada” (BRASIL, 2013), desde que mantida sob acompanhamento e observação para que a medida se concretize no momento mais eficaz para formação de provas e informações (art. 8º), devendo tal retardamento ser previamente comunicado ao juiz, que poderá estabelecer os limites, comunicando o Ministério Público (§ 1º).

Vamos dar o exemplo de uma organização criminosa internacional de tráfico de drogas ou de pessoas (crimes referidos nos art. 33 da Lei 11343/06 e art. 231 e 231-A do Código Penal, futuramente revogados pela Lei 13344/16), a qual a Polícia está investigando há tempos e sabe que no voo Paris-Rio de Janeiro, por exemplo, embarcará droga ou pessoas trazidas por essa rede. A Polícia sabe que a senhora “X” é a dona da mala com drogas trazidas da França

ou é a acompanhante da jovem “Y”, traficada do exterior, a qual deverá levar uma ou outra à sede da organização criminosa no país. Se a Polícia interceptar e prender X no Aeroporto do Rio de Janeiro, ela não ficará sabendo onde é a sede da organização criminosa no país, podendo até mesmo alertá-la do conhecimento da Polícia de seus atos. Entretanto, se deixá-la passar pelo Aeroporto sem alardes, acompanhando-a, poderá prender toda ou boa parte da organização criminosa, desmantelando-a. E é nesse sentido que é a ação controlada. Deixar de prender alguém pertencente a uma organização criminosa em flagrante para agir futuramente com mais provas ou informações acerca daquela organização – ou para prender pessoas mais “peça-chave” dela.

A infiltração de agentes de polícia se dará por autorização judicial, de forma motivada e sigilosa, estabelecendo os limites, não podendo este agir por ofício, devendo ser provocado pelo delegado de polícia ou requerido pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia, quando solicitada no curso de inquérito policiais. O agente infiltrado, obviamente, terá como tarefa fundamental investigar a organização criminosa por dentro e só poderá ocorrer quando ocorrer o crime de organização criminosa sem que consiga produzir provas de outros meios disponíveis.

A infiltração de agentes deverá ser, logicamente, secreta e sigilosa e a autorização terá o prazo máximo de 6 (seis) meses, sem prejuízo de novas renovações, comprovando-se a necessidade. Ao final, o agente deverá apresentar ao juiz um relatório circunstanciado, onde será cientificado o Ministério Público.

A requisição ou representação do Ministério Público ou do delegado de polícia deverá conter a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, se possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração (art. 11), devendo ser o pedido ser sigiloso distribuído, sem conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente a ser infiltrado (art. 12), onde o juiz deverá decidir pelo prazo de 24 (vinte e quatro horas), após manifestação do Ministério Público, caso o pedido seja efetuado pelo delegado de polícia.

O agente infiltrado terá como direitos os seguintes, elencados no art. 14 da Lei 12.850/13:

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - 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;

III - 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;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito. (BRASIL, 2013)

Da mesma forma, caso o agente, em sua atuação como membro da organização criminosa, deixe de efetivar a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados, assim como pelos crimes cometidos, no âmbito da infiltração e no curso da investigação, pelo agente, quando não inexigível conduta diversa. Ou seja, caso o agente infiltrado possa deixar de cometer um crime dentro da organização criminosa e comete, responderá normalmente pelo crime.

Por fim, caso alguém descumpra determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controla ou infiltração de agentes cometerá não o crime dos art. 153, § 1º-A ou 325 do Código Penal (com penas entre um e quatro anos de detenção e seis meses a dois anos de detenção, respectivamente), e sim do art. 20 da Lei 12.850/13, cuja pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, mais multa.

Como último tópico, mas não menos importante, trataremos agora da colaboração ou delação premiada, tão em voga desde o ano de 2014 até a atualidade em virtude da Operação Lava-Jato – operação que visa combater e repreender organização criminosa que desviava dinheiro de empresas estatais, principalmente a Petrobras.

A colaboração ou delação premiada é trazida e regulamentado pelo gigantesco art. 4º da Lei 12.850/13, que trata das principais regras acerca do tema. Devemos lembrar que tal regra não nasceu na lei de 2013, já sendo trazida por diversas legislações antecedentes, em especial a anterior lei que tratava do assunto (art. 6º da Lei 9034/95; art. 8º, Parágrafo Único da Lei 8072/90; art. 159, § 4º do Código Penal, dentre outros). Todavia, tal regra regulamentou de vez, encerrando-se dúvidas pretéritas sobre o assunto.

Segundo a Lei 12.850/13, poderá o juiz conceder o perdão judicial dos crimes cometidos, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou

substituí-la por restritiva de direitos para o membro de organização criminosa que, voluntariamente, colabore de forma efetiva com a investigação e o processo criminal e que, com a dita colaboração, ocorra um 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. (BRASIL, 2013)

Assim, o agente pertencente à organização criminosa que auxiliar a investigação criminal poderá ter um abrandamento ou extinção total de sua pena, conforme acordo entre as partes, com oitiva do Ministério Público. A delação premiada é uma forma bastante eficiente de auxílio à persecução criminal principalmente de crimes sem vestígio, como os crimes de colarinho branco de modo geral, em especial as corrupções ativa e passiva (art. 333 e 317 do Código Penal, respectivamente) e lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9613/98).

Segundo o § 6º do referido artigo 3º, o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, ocorrendo entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com manifestação do Ministério Público, ou entre este, o investigado ou acusado e seu defensor. O termo, junto das declarações do colaborador e da cópia da investigação, será remetido ao juiz, que homologará, exceto se não atender aos requisitos legais, podendo adequá-la ao caso concreto, e deverá ter os seguintes termos:

- I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;
- III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor;
- IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;
- V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário. (BRASIL, 2013)

O colaborador deverá renunciar ao direito de silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade, podendo ser sancionado caso a mesma

não ocorra – podendo, inclusive, conforme entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, decretar-lhe novamente a prisão preventiva -, devendo sempre estar acompanhado de seu defensor, público ou privado.

Já o § 16 do extenso art. 4º da referida lei determina que nenhuma sentença condenatória será proferida fundamentada apenas nas declarações do agente colaborador, devendo esta apenas auxiliar na prolação de provas.

Por fim, o art. 5º da referida lei determina ser direito do colaborador:

- I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados. (BRASIL, 2013)

Conforme o art. 18 da Lei 12.850/13, é crime, com pena de 1 (um) a 3 (três) anos, ferir o direito do colaborador descrito no inciso II do referido art. 5º, seja fotografando, seja filmando ou seja revelando sua identidade.

3. O conflito de conceitos de organização criminosa nas Leis 12.694/12 e 12.850/13

3.1 Conceito de organização criminosa na Lei 12.694/12

Conforme dito anteriormente, a Lei 12.694/12 foi a primeira legislação brasileira que trouxe uma definição exata do que vem a ser organização criminosa. Até então, não existia nenhuma definição legal do que vinha a ser organização criminosa. Nem mesmo a Lei 9034/95, que dispôs sobre métodos de investigação de crimes praticados por organização criminosa havia exatamente trazido em seu corpo uma definição sobre o que era a organização criminosa. Entretanto, ainda conforme dito anteriormente, a Lei 12.694/12 não tipificou o crime de organização criminosa, ainda punido na forma dos crimes contra a paz

pública (associação criminosa, então formação de quadrilha e bando ou formação de milícia; art. 288 e 288-A do Código Penal).

A Lei 12.694/12 trouxe a seguinte definição de organização criminosa:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2012)

Para ser considerado organização criminosa e poder aplicar os mecanismos de proteção ao magistrado de primeira instância trazidos pela Lei 12.694/12 era necessário que um grupo de criminosos tenha as seguintes características, de acordo com definição supramencionada:

- associação de três ou mais pessoas;
- associação estruturalmente ordenada e caracterização pela divisão de tarefas, ainda que informalmente;
- objetivo de obter, diretamente 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.

Dessa forma, não havendo a associação de criminosos qualquer uma das características supramencionadas não restará caracterizada a organização criminosa trazida pela Lei 12.694/12. Assim, se a associação criminosa for uma dupla, por exemplo, não poderá ser caracterizada organização criminosa – ainda que possa ser aplicada a majoração de penas por concurso de pessoas em crimes próprios como o furto (art. 155, § 4º, IV) e roubo (art. 157, § 2º, II, ambos do Código Penal) ou o crime de associação de tráfico (art. 35 da Lei 11343/06).

Da mesma forma, se a associação não for estruturada, com divisão de tarefas, não restará caracterizada organização criminosa. Por exemplo, uma organização destinada a cometer crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11343/06). Caso um seja líder, um responsável por analisar as finanças, outro a qualidade das drogas, outro o repasse aos vendedores varejistas, os vendedores varejistas, etc., restará existente a organização criminosa – haja vista a presença dos demais requisitos.

Por fim, o terceiro requisito é o objetivo de obter, diretamente 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 transacional. Organizações criminosas que cometem crimes de menor potencial ofensivo (aqueles cuja pena máxima não ultrapassa dois anos; art. 61 da Lei 9099/95) ou contravenções penais estão fora da definição legal trazida pela Lei 12.694/12, ainda que a primeira possa recair no crime de associação criminosa do art. 288 do Código Penal.

Da mesma forma, se a organização criminosa tiver o interesse de cometer crime sem vantagem de qualquer natureza, como estupro (art. 213) ou crimes de pedofilia (art. 240 e ss. do ECA), não cairá na definição de organização criminosa trazida pela Lei 12.694/12. Devemos salientar que, ao contrário da elementar “vantagem” do crime de extorsão mediante sequestro (art. 159 do Código Penal), aqui não é necessário vantagem de origem patrimonial, sendo explícito “vantagem de qualquer natureza”.

3.2 Conceito de organização criminosa na Lei 12.850/13

Já a Lei 12.850/13, promulgada após um ano da promulgação da Lei 12.694/12, trouxe, finalmente, a organização criminosa como crime, tipificando a conduta como sendo:

Art. 2º - Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. (BRASIL, 2013)

Ao invés de permanecer a definição de organização criminosa trazida pela lei anterior, a nova lei trouxe uma definição própria de organização criminosa, sem revogar o conceito antigo. Segundo a novel lei, organização criminosa se caracteriza quando:

Art. 1º -
§ 1º - Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013)

Algumas características são praticamente as mesmas da Lei 12.694/12, sendo que outras divergem. Por exemplo, o objetivo de obter, diretamente ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional é o mesmo, embora aqui está escrito infração penal, enquanto que na Lei 12.694/12 estava escrito crime. Nesta nova lei, portanto, cabe a tipificação do crime de organização criminosa quando esta tiver objetivo de adquirir vantagem praticando contravenção penal, desde que esta tenha pena máxima superior a 4 (quatro) anos – não há nenhuma na atualidade – ou que seja de caráter transnacional.

Já a segunda modificação é que na Lei 12.694/12 está escrito igual ou superior a 4 (quatro) anos, enquanto na Lei 12.850/13 está escrito superior apenas, sem nada dizer sobre igual. Assim, como não há analogia *in malam partem*, não se pode tipificar o crime de organização criminosa para a associação de pessoas que têm como objetivo auferir vantagem com crimes com pena máxima igual a 4 (quatro) anos – lembrando que furto (art. 155 do Código Penal) não conta, pois o furto cometido por 2 (duas) ou mais pessoas se qualifica, possuindo pena de 2 (dois) a 8 (oito) anos de prisão (art. 155, § 4º, IV do Código Penal).

Outro ponto idêntico ao texto da lei anterior é no tocante à estruturação da organização criminosa, que deve ser igualmente estruturada pela ordenação e divisão de tarefas, ainda que informalmente.

Por fim, há outra divergência do texto da Lei 12850/13 com o texto da Lei 12694/12. Na lei anterior, para se caracterizar organização criminosa era necessário a associação de 3 (três) ou mais pessoas; já na nova legislação, é necessário a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas. Por se tratar de tipo penal – Direito Penal Material -, não cabe analogia *in malam partem*, não podendo aplicar o crime do art. 2º da Lei 12850/13 para organizações criminosas com 3 (três) participantes, devendo o magistrado, se for o caso, desclassificar para os crimes dos art. 288 e 288-A do Código Penal ou art. 35 da Lei 11343/06 em caso de crimes de tráfico de drogas, embora possa aplicar as medidas protetivas da Lei 12694/12 normalmente.

3.3 Conflito de conceitos

Os conceitos de organização criminosa são distintos nas Leis 12.694/12 e 12.850/13, conforme vimos anteriormente. Na primeira lei, é necessário haver uma associação composta por 3 (três) pessoas, pelo menos, com estrutura e divisão de tarefas, com o objetivo de auferir vantagem em crimes transnacionais ou cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos; já na segunda lei, é necessário haver uma associação composta por 4 (quatro) pessoas, pelo menos, com estrutura e divisão de tarefas, com o objetivo de auferir vantagem em crimes transnacionais ou cuja pena máxima seja superior a 4 (quatro) anos. Na primeira lei, a definição de organização criminosa serve apenas para aplicação das medidas protetivas dos magistrados de primeira instância, enquanto que na segunda lei, a definição de organização criminosa tipifica a conduta de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa. Entretanto, qual conceito de organização criminosa devemos aplicar?

Nos moldes que vimos anteriormente, não há que se falar de aplicação do conceito da Lei 12694/12 para aqueles que promovem, constituem, financiam ou integram organização criminosa, para enquadrá-los no crime do art. 2º da Lei 12850/13, haja vista que tal aplicação é analógica e prejudica o réu, sendo, portanto, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, eis que não se pode utilizar de analogia *in malam partem* em sede de Direito Penal. E no caso da Lei 12694/12, pode-se aplicar a definição de organização criminosa da Lei 12.850/13?

Martins (2014) nos explica que, em sede de Direito Penal, não há que se falar de aplicação sistemática de duas ou mais normas, podendo ser aplicada somente uma norma. Contudo, qual norma deve prevalecer? O autor nos dá três possíveis respostas:

A primeira delas é a possibilidade de conjugar a redação de ambas as leis, combinando o melhor de ambos dispositivos. Todavia, tal conceito só pode ser feito pelo Congresso Nacional, utilizando-se de seu poder legiferante, haja vista que a criação de lei penal só pode advir do Poder Legislativo Federal, nunca do Poder Judiciário. Ademais, se o Poder Judiciário unisse ambas as leis, deveria anexar as leis mais favoráveis ao réu ou à sociedade?

A segunda solução possível seria a coexistência de ambos os conceitos no ordenamento jurídico brasileiro, o que soa bastante viável. Para permissão do julgamento colegiado em primeira instância se aplicaria o conceito de organização criminosa da Lei 12.694/12, enquanto que, para atender aos efeitos penais, utilizaria da Lei 12.850/13. A primeira definição seria apenas processual, enquanto que a segunda seria material. O autor, contudo, demonstra ser contra tal possibilidade, haja vista que a

insegurança jurídica que a coexistência de dois conceitos distintos cria é tamanha que não justifica optar por ela. É só imaginar a seguinte situação hipotética: em um determinado fato trazido a juízo para apreciação, não está configurada a existência de organização criminosa nos exatos moldes do artigo 2º da Lei nº 12.694/12. Isto porque, embora haja três pessoas, não foram praticados crimes, mas contravenções penais. Assim, não é possível instaurar o colegiado de juízes na primeira instância. Contudo, quando do julgamento (já imaginando todos os riscos suportados pelo magistrado) é verificada toda a complexidade e organização própria de uma organização criminosa nos termos da Lei nº 12.850/13 (“estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza”), mas falta o requisito de participarem no mínimo quatro pessoas. Não estará, portanto, configurada a organização criminosa tanto no âmbito processual quanto material, embora as demais evidências apontem o contrário. (MARTINS, 2014)

Da mesma forma, se

é reconhecida somente a organização criminosa “processual” (no máximo três integrantes e crime com pena máxima de quatro anos), torna-se incabível a aplicação dos demais institutos correlatos para efeitos penais (como aqueles já aludidos alhures e os novos e atualizados pela Lei nº 12.850/13), já que somente para os efeitos da Lei nº 12.694/12 é que ela existe. Uma esquizofrenia legislativa absurda, pois existiria uma organização criminosa apenas para efeito de proteção ao magistrado. Por isso, não parece ser a melhor solução a coexistência de conceitos “processual” e “material” de organização criminosa. (MARTINS, 2014)

Por fim, a última solução cabível, a qual afiliamos, é a revogação tácita do conceito presente na Lei 12.694/12 pela Lei 12.850/13, com aplicação do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ainda que o art. 26 da Lei 12.850/13 só faça menção à revogação da Lei 9034/95, nada dissertando somente a revogação das normas que dispõem ao contrário. Como o § 1º do art. 1º da Lei 12850/13 regula inteiramente a matéria contida no art. 2º da Lei 12.694/12 e com esta é incompatível, deve-se prevalecer a Lei 12.850/13, já que lei posterior revoga lei anterior (*lex posterior derogat legi priori*).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de organização criminosa na legislação brasileira era completamente inexistente. Ainda quando adentrou em vigor a Lei 9034/95, que tratou das investigações de crimes cometidos por organizações criminosas, silenciando-se completamente esta lei de alguma definição para organização criminosa. Da mesma forma, os integrantes de organização criminosa eram enquadrados no então crime de formação de quadrilha, hoje associação criminosa.

Enfim, no ano de 2012, adentrou a Lei 12.694/12, que permitiu o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes cometidos por organização criminosa, definindo-a pela primeira vez. Esta lei permitiu que um magistrado de primeiro grau de jurisdição, temendo pela própria segurança, realizasse atos da magistratura, como a sentença, a decretação de prisão, a concessão de liberdade provisória, dentre outros, em um órgão colegiado de três juízes criminais de primeira instância, além da possibilidade de instalar medidas de proteção à própria segurança e o direito ao porte de armas e placas especiais. A primeira modificação, entretanto, foi, finalmente, definir organização criminosa, conceituando-a de forma clara e objetiva como sendo a associação de pelo menos 3 (três) pessoas, de forma estruturada e com divisão de tarefas e com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos, ou que tenha caráter transnacional.

Todavia, em 2013, apenas um ano depois, foi promulgada a Lei 12.850/13, que tratou de reformular a política pública de combate às organizações criminosas, revogando a Lei 9034/95. A primeira grande modificação trazida por esta lei foi trazer o famoso acordo de colaboração ou delação premiada, que permite a redução de pena ou progressão de regime menos gravoso ao agente pertencente a uma organização criminosa que colabora com as investigações e com o processo penal, desde que consiga identificar os coautores, revelação da estrutura hierárquica da organização criminosa, dentre outras. Além desta, houve outras modificações trazidas pela Lei 12.850/13 foi métodos inovadores de coleta de prova, como infiltração de agentes e a ação controlada.

A principal e mais importante modificação, contudo, foi a tipificação de organização criminosa, deixando-se de aplicar o crime de associação criminosa para aplicar um tipo penal próprio, com penas que variam entre três e oito anos de prisão, e que consiste em promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa. O grande problema trazido pela Lei 12.850/13 que a mesma conceituou novamente organização criminosa, de forma diferenciada do conceito trazido pela Lei 12.694/12, pois, segundo a nova lei, organização criminosa é a associação de pelo menos 4 (quatro) pessoas, de forma estruturada e com divisão de tarefas e com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja superior a 4 (quatro) anos, ou que tenha caráter transnacional, sem que revogasse o conceito anteriormente trazido, criando um embaraço legal.

Não há um consenso entre os doutrinadores e a jurisprudência pátria sobre uma resposta para este impasse. Alguns determinam que deveria aplicar o conceito de organização criminosa da Lei 12.694/12 para o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição e o da Lei 12.850/13 para tipificar o crime de pertencer ou financiar organização criminosa. Outros, na qual nos filiamos, determina a aplicação do conceito de organização criminosa da Lei 12.850/13, que revogou tacitamente o conceito trazido pela Lei 12.694/12, haja vista que as normas basilares de direito brasileiro, a LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – determina a revogação de lei anterior quando a lei posterior completamente trata do assunto e é incompatível com aquela, devendo utilizar o conceito de organização criminosa da Lei 12.850/13 tanto para tipificar o crime quanto para aplicar o julgamento colegiado em primeira instância.

REFERÊNCIAS

BRASIL, 2003. *Lei 10826, de 22 de dezembro de 2003*. Estatuto do Desarmamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 14 out. 2016.

_____, 2012. *Lei 12.694, de 24 de julho de 2012*. Dispõe sobre o processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____, 2013. *Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da provas, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. O conflito conceitual de organização criminosa nas Leis nº 12.694/12 e 12.850/13. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14278>. Acesso em 16 out 2016.