

LEI 12.850/13: UMA VISÃO GERAL; (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 15, 17 E 21 E A PROBLEMÁTICA DO AGENTE INFILTRADO;

Victor Jorge Nunes Martins de Souza¹
João Batista Machado Barbosa²

RESUMO

O presente trabalho visa a análise detalhada dos artigos da Lei 12.850/13 com ênfase na legalização da possibilidade de atuação de agentes infiltrados, bem como, as ações por ele cometidas. Visa também a análise dos artigos passíveis de interpretação ambígua quais sejam: os artigos 15, 17 e 21 da referida Lei o qual, tanto podem ensejar em uma interpretação de clara inconstitucionalidade, como também na interpretação a qual não é ferido o direito constitucional a comunicação sigilosa, assim como determina o artigo 5º e seus incisos. A Lei 12.850/2013 publicada em 02 de agosto de 2013, trouxe consigo diversas inovações acerca dos crimes de Organização Criminosa, assim como os meios de repressão e combate aos crimes desta natureza, como também dispôs sobre a investigação criminal e os meios de obtenção de provas e o procedimento criminal a ser aplicado, outrossim, Revogou a Lei 9.034/95 e mudou o Art. 288 do Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: Organização Criminosa, 12.850/13, agente infiltrado, Direito Penal.

LAW 12.850/13: AN OVERVIEW; (IN) CONSTITUTIONAL ARTICLES 15, 17 AND 21 AND THE PROBLEM OF UNDERCOVER AGENT

ABSTRACT

This paper presents a detailed analysis of articles of the Law 12.850/13 with emphasis on the possibility of legalizing the activities of undercover agents, as well as the actions committed by him. Also aims to analyze the insusceptible articles ambiguous interpretation which are: Articles 15, 17 and 21 of that Act which both can give rise to an interpretation clearly unconstitutional, but also in the interpretation which is not injured the constitutional right communication confidential, as required by article 5 and its items. The Law 12.850/2013 published on August 2, 2013, brought several innovations on Organization of Criminal crimes, as well as the means of repression and combating such crimes, but also provided for the criminal investigation and the means of obtaining evidence and criminal procedure to be applied, instead, revoked Law 9.034/95 and changed the Article 288 of the criminal Code.

Keywords: Criminal Organization, 12.850/13, underground agent, Criminal Law.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Liga de Ensino do Rio Grande do Norte – Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

E-mail: victorskt@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito da Liga de Ensino do Rio Grande do Norte – Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: jbmmb@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

Com a publicação da Lei nº 12.850/13 trouxe diversas inovações, assim acarretando inúmeras problemáticas no que concerne a aplicabilidade da Lei em comento.

O presente trabalho visa, além da análise geral da Lei supracitada visa colocar em evidência as possíveis irregularidades, as quais podem ocorrer quando existe a efetiva aplicação da Lei. Por exemplo no casos dos artigos ainda a serem analisados com ambígua interpretação, não se pode aferir por hora se o fato da disponibilização de dados cadastrais (e somente eles) é caso ensejador para configuração da inconstitucionalidade, ou, se por exemplo o agente infiltrado ao cometer um crime será responsabilizado ou poderá utilizar-se das excludentes de ilicitudes postas pela Lei como: inexigibilidade de conduta diversa, estrito cumprimento do dever legal ou até mesmo legítima defesa.

2 DA LEI 12.850/13

A Lei em comento trouxe ao nosso ordenamento Jurídico Penal, embora que de forma tardia, o preenchimento das lacunas deixadas pelas leis anteriores são elas: a Lei nº 9.094/95 e a 12.694/12.

A nova Lei 12.850/13 definiu os Crimes de Organização Criminosa objetivamente e disciplinou a forma de combate, onde em situações anteriores dependiam de uma interpretação subjetiva, tanto dos órgãos administrativos quanto nos procedimentos da polícia judiciária na investigação.

Para tanto, o princípio de Organização Criminosa deve ser conceituado para entendermos do que se trata este termo. O Conselho Nacional de Justiça em sua recomendação 3/2006 propôs a adoção do conceito de Crime Organizado estabelecido com base na Convenção de Palermo. Tal expressão veio a causar sérios transtornos em sua interpretação, vindo a confundirem-na com quadrilha ou bando, desta forma é mister elucidar o significado correto de cada termo, o que segue:

Primeiramente, **quadrilha ou bando** é uma associação estável e permanente de 3 pessoas ou mais com o objetivo de praticar crimes (exemplo: receptações, roubos e furtos), nos termos da antiga redação do Art. 288 do Código Penal,

tipificava-se como quadrilha ou bando a associação de 3 ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

Já o termo **Organização Criminosa** foi tipificado na Lei 12.850/13 em seu Capítulo 1, Art. 1º §1º (BRASIL, Lei 12.850/2013) *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 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.

Tal artigo define o que é organização criminosa assim como os meios de investigação indicando a territorialidade e a o procedimento criminal a ser aplicado. Assim, tipificando, disciplinando materialmente e formalmente os procedimentos em repressão ao crime organizado no nosso país. O artigo em comento aplica-se aos crimes de natureza grave, em que haja a participação de quatro ou mais pessoas, com vínculo subjetivo operando-se de forma integrada e organizada, com intuito da obtenção do fim do criminoso almejado, devendo haver a divisão de tarefas, mesmo que estas sejam informais e que haja hierarquia do comando.

É importante ressaltar que os crimes abrangidos pela novel, devem ter penas que sejam superiores a 4 anos, salvo se o crime praticado for de caráter transnacional, ou seja crime que vai além das fronteiras do país, englobando assim mais de uma nação. Nesta ultima hipótese, a aplicação da Lei não está diretamente ligada ao quantum da pena, e sim da circunstancia do crime ser transnacional.

Esta Lei também se aplica às organizações terroristas internacionais, como define o art. 1º §2º II da Lei 12.850/13:

II - 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.

Entendemos que o vínculo subjetivo de fato tipificado no art. 1º, não se abrange a toda operação criminosa, ou seja, não há a necessidade do partícipe ter conhecimento de toda a cadeia criminosa para a pratica delituosa, devendo assim,

somente ter consciência que a sua conduta é criminosa agindo integradamente com os demais membros mesmo que estes sejam desconhecidos. Fato relevante é que as organizações criminosas na atualidade têm se mostrado cada vez mais organizadas e tecnológicas, assim, terceirizando algumas tarefas dentro da prática delituosa, um exemplo prático é o crime de sequestro de pessoas de alto poder aquisitivo, onde a organização criminosa divide as tarefas com as demais quadrilhas, fazendo com que uma trate de executar o sequestro, outra para a guarda do sequestrado, outra para o recebimento do valor da extorsão e assim, por conseguinte.

Tipifica o jurista Luiz Flávio Gomes 2013, disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada>. Acesso em 28/2/2014) acerca da Lei 12.850/2013:

Este novo diploma legal define a organização criminosa, cria o crime organizado (art. 2º) e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. O artigo 1º, explicitando *ex abundantia* o propósito da lei, diz: “*Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado*”. De se notar que a nova lei não apenas definiu o que é organização criminosa, como também criou o delito que podemos denominar de crime organizado (art. 2º). A organização, como se vê, faz parte do crime organizado, que conta com verbos específicos (com condutas verbais próprias). Em síntese: uma coisa é a organização criminosa, outra distinta é o crime organizado (mas aquela faz parte deste). Há uma relação simbiótica de continente e conteúdo, ou seja, o hospedeiro (crime organizado) se mesclou, se fundiu, com o hóspede (organização criminosa).

No mesmo entendimento o Promotor de Justiça do estado de São Paulo Dr. Rogério Sanches (2014, p.13), *in verbis*:

A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, a despeito de um ou outro deslize que é mesmo compreensível, trouxe relevante contribuição a nosso ordenamento jurídico. De sorte que, atendendo à antiga reivindicação da doutrina, aperfeiçoou o conceito de “organização criminosa” (que já constava da Lei 12.694/2012), indicando, agora, a sanção penal a ser aplicada. De outra parte, meios de prova como a colaboração premiada, a ação controlada e a infiltração de agentes, que eram pobremente tratados em outros diplomas, foram melhor disciplinados, de forma a propiciar sua efetivação aplicação.

É de relevante importância ressaltar que com a publicação da Lei 12.850/2013 nosso ordenamento jurídico agora tem embasamento legal para julgar os crimes de organização criminosa, assim tendo pressuposto legal para julgar

crimes desta natureza, é mister lembrar o caso do julgamento do HC 96.007 SP, cujo relator o ministro Marco Aurélio (BRASIL, HC 96007/SP, relator Ministro Marco Aurélio) , decidiu julgar procedente o pedido de encerramento de ação penal por inexistência de Lei anterior que defina o crime de Organização Criminosa:

Por isso, a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa. Vale frisar que, no rol exaustivo do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, não consta sequer menção ao de quadrilha, muito menos ao de estelionato, cuja base é a fraude.

No julgamento acima o Ministro Marco Aurélio julgou com imparcialidade o pedido do HC 96.007 SP, tendo em vista que a época não havia Lei que tipificasse o crime de organização criminosa em nosso ordenamento jurídico penal. Tendo em vista que a única norma que poderia ser usada para tal julgamento seria a Convenção de Palermo.

3 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Não se desconhecia nem se negava a existência dos crimes de organização criminosa em nosso ordenamento jurídico pátrio, porém a falta de um conceito legal para essas estruturas criminosas. A grande dificuldade inclusive doutrinária para estabelecer o conceito de crime organizado era de que se pudesse reunir em um diploma legal o conceito e os modos de repressão e combate aos crimes desta natureza.

Para tanto devemos distinguir as organizações criminosas do que se lê no Art. 288 do Código Penal e da Lei 11.343/2006 em seu Art. 35. O Código Penal em seu Art. 288 exige haja a associação de 03 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes, sendo estes de caráter coletivo permanente e de perigo abstrato.

No artigo em enfoque entende-se que se faz necessário que haja um vínculo associativo de caráter permanente com fins criminosos para que seja caracterizado o crime. Com a nova redação dada com a publicação da Lei 12.850/2013 o artigo em comento passa a ser chamado de Associação Criminosa, deixando assim a classificação anterior de quadrilha ou bando.

Para Francisco Sannini Neto (Disponível em <http://jus.com.br/artigos/25314/nova-lei-das-organizacoes-criminosas-e-a-policia-judiciaria#ixzz300WDJmGe>, acesso em 20/04/2014):

Subsidiando o entendimento ora exposto, o §3º, do artigo 2º da Lei, dispõe que a pena do crime será agravada para quem exerça o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução. Ora, está aí mais uma clara influência da teoria do domínio do fato, pois, nos seus termos, autor é não só quem executa a ação típica (autoria imediata), como também aquele que tem o poder de decisão sobre a realização do fato. Aliás, o dispositivo em questão foi além, punindo de maneira mais severa a conduta daquele que exerce o comando da organização criminosa.

No mesmo artigo da Lei nós encontramos algumas causas de aumento de pena, tais como para a organização criminosa que faça uso de arma de fogo, que conte com a participação de crianças, adolescentes ou funcionário público (desde que este se valha do seu cargo para a prática da infração penal), que o produto ou proveito da infração destine-se, no todo ou em parte, ao exterior, ou, ainda, nos casos em que a organização criminosa mantenha conexão com outras organizações criminosas independentes.

Na Lei 9.034/1995 revogada expressamente pela Lei 12.850/2013 na data de sua publicação nos trazia os meios operacionais de prevenção e repressão das ações praticadas por associações criminosas e organizações criminosas, destacando e regulando os meios de prova e os procedimentos investigatórios. Em seu rol permitia-se em qualquer fase da persecução Criminal:

- 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 autorização judicial. Era proibido expressamente a liberdade provisória, com ou sem fiança, assim como o direito do réu apelar em liberdade. Já os condenados pelos crimes decorrentes desta Lei iniciariam o cumprimento da pena obrigatoriamente em regime fechado.

Com a nova redação dada pela Lei 12.850/13 classifica-se como organização criminosa em seu Art. 1º, § 1º 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.

Ou seja, a nova Lei aumentou o quantum necessário para a classificação de organização criminosa, onde na 12.694/12 em seu Art. 2º era necessária 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.

Contudo, com a mudança da classificação de organização criminosa surgiram diversos impactos devido ao aumento do número de pessoas que integram a organização criminosa. O réu que está sendo julgado com base na lei 12.694/12 onde a organização criminosa era de 3 pessoas, o processo continuará a ser julgado com base nessa Lei? Não, tendo em vista que se o grupo era formado por apenas 03 integrantes, com base no princípio da extra-atividade da Lei Penal a Lei retroagirá em benefício do réu, desta forma deixando de existir o crime de organização criminosa.

4 CONVENÇÃO DE PALERMO

A Convenção de Palermo é um tratado multilateral voltado a cooperação entre os Estados-partes com a missão de prevenir e coibir o crime organizado transnacional.

A criminalidade transnacional, “criminalidade sem fronteiras” ou “criminalidade internacional” caracteriza-se pelo fato de que o criminoso se aproveita de certas oportunidades para além das fronteiras, praticar crimes, transferir bens ilegais ou assumir riscos não permitidos (ALBRECHT, 2001, p.143).

Teve sua aprovação em resolução da Assembleia Geral da ONU em 15 de novembro de 2000, adotada em Nova Iorque, e, após 40 ratificações, entrou em vigor a partir de 29 de setembro de 2003. Atualmente, a Convenção foi ratificada por

147 países. O Brasil promulgou-a mediante o Decreto Legislativo em 12 de março de 2004.

A Convenção definiu como *grupo criminoso organizado* aquele estruturado por três ou mais pessoas, existente há algum tempo e que atua de forma concertada com o objetivo de praticar infrações graves (apenadas com no mínimo 4 anos de reclusão) ou previstas na Convenção (lavagem de dinheiro, corrupção e crimes contra a administração da justiça), com a intenção de obter, direta ou indiretamente, benefício econômico, material (art. 2º). Posteriormente, foram acrescentados três protocolos acerca do tráfico de pessoas, contrabando por migrantes e tráfico de armas.

Aplica-se aos crimes mencionados sempre que tenham caráter transnacional e envolvam grupo criminoso organizado (art. 3º, 1). A transnacionalidade do crime configura-se caso este seja: cometido em mais de um Estado, cometido num Estado, mas preparado e controlado em outro; cometido apenas em um Estado por grupo que pratica crimes em mais de um Estado; cometido apenas em um Estado, mas que produza efeitos em outro (art. 3.2).

5 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Sabe-se que para a existência do crime é necessário haver uma conduta humana seja ela positiva ou negativa, faz-se necessário que ela seja típica e estar elencada em Lei como infração penal.

“Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege”; “O crime é nulo, a pena é nula sem prévia lei que o defina.” brocardo criado por *Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach* como parte do Código Penal da Baviera de 1813, devidamente positivado Lei 2848/70 em seu Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, Lei nº 7.209/84)

Somente haverá crime se presente estiver os seguintes aspectos: A) a tipicidade; B) a antijuridicidade. (MAGGIORE, 1951, p. 189) (tipifica crime como “qualquer ação legalmente punível”, com base neste conceito o parecer do ministro Marco Aurélio em relação ao HC 96.007 foi plenamente fundamentado, vez que, à época não existia norma legal que tipificasse o crime de organização criminosa. É notório que se a época a Lei 12.850/13 já estivesse em operação, tal Habeas

Corpus teria sido indeferido por haver amparo legal em nosso ordenamento jurídico penal.

O princípio da legalidade é o “antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*” (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 45).

Para Bertoncini (2002, p. 90-91 apud Alessi 2007, p. 80), acerca do assunto:

O princípio da legalidade – explica Renato Alessi – “subordina a atividade administrativa ou executiva à função legislativa do Estado. Tal subordinação possui duplo sentido: negativo e positivo. No sentido negativo, quer significar que a atividade administrativa encontra limite formalmente insuperável na lei, a qual pode proibir determinada atividade tanto no que se refere à finalidade, quanto no que tange aos meios e formas. No outro sentido – positivo -, e sobretudo nesse, a lei pode vincular positivamente, ou determinados meios ou determinada forma. O princípio da necessária legalidade da atividade administrativa impõe à Administração o ônus dela fazer somente aquilo que a lei consente.

Outrossim, apenas a Lei emanada pelo poder legislativo, terá poder para definir e sancionar as condutas criminosas em nosso ordenamento jurídico penal, afastando assim os atos legislativos que pretendam de alguma forma definir crimes ou aplicar penas.

6 DA EXTRA-ATIVIDADE DA LEI PENAL

A Lei Penal ao ser revogada continua regulando os crimes ocorridos em sua vigência, ou pode vir a retroagir para acolher aqueles crimes praticados anteriormente a data da publicação da nova Lei.

Desta forma, seguindo este entendimento ensina o Dr. Rogério Greco (2012, p. 105), afirmando:

a lei penal, mesmo depois de revogada, tem capacidade para regular fatos ocorridos durante sua vigência ou retroagir para alcançar aqueles que aconteceram anteriormente à sua entrada em vigor. Essa possibilidade que é dada à lei penal para se movimentar no tempo chama-se extra-atividade.

Desarte, com base na Carta Magna de 1988 onde é absolutamente impossível a Lei Penal retroagir para de qualquer modo vir a prejudicar o réu. Desta forma o diploma legal trouxe em seu texto uma exceção para aplicação deste

instituto, prevendo a possibilidade de retroatividade *in mellus*, ou melhor, quando a Lei vier para de qualquer modo beneficiar o réu, esta será aplicada conforme preceitua o inciso XL de seu art. 5º, *in verbis*: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Desta forma, a extra-atividade é a atribuição conferida à Lei Penal de se locomover no tempo para regular os fatos que tenham ocorridos em sua vigência, mesmo depois da Lei ter sido revogada, de toda forma somente podendo retroagir para favorecer o réu. Existem duas espécies da extra-atividade da Lei Penal uma é a *ultra-atividade* e a *retroatividade*.

A ultra-atividade está prevista no art. 3º do Código Penal (BRASIL, Lei 2848/40) *in verbis*:

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

Seguindo a mesma linha de raciocínio ensina o Professor Fernando Capez (2012, p. 67):

O fenômeno jurídico pelo qual a lei regula todas as situações ocorridas durante seu período de vida, isto é, de vigência, denomina-se atividade. A atividade da lei é a regra. Quando a lei regula situações fora de seu período de vigência, ocorre a chamada extra-atividade, que é a exceção.

A extra-atividade pode ocorrer com situações passadas ou futuras. Quando a lei regula situações passadas, ou seja, ocorridas antes do início de sua vigência, a extra-atividade denomina-se retroatividade. Por outro lado, quando se aplica mesmo após a cessação de sua vigência, a extra-atividade será chamada de ultra-atividade.

É importante destacar a importância da extra-atividade da lei penal, a qual pode auferir-se em *abolitio criminis* onde a Lei posterior não considera o fato como crime, ou seja, extinguindo a tipicidade do fato, fazendo com que aquele comportamento, deixasse de constituir infração penal, desta forma, perdendo o Estado o poder de aplicação das sanções antes previstas no código o qual foi revogado.

A extra-atividade também pode manifestar-se através da *novatio legis in mellius* a qual é um benefício trazido pela nova Lei ao agente. Este tipo de extra-

atividade não extingue qualquer sanção, mas sim é Lei que beneficia seja anterior ou posterior ao fato, tendo qualquer direito adquirido do Estado com a satisfação do *jus puniendi* é atingido com a nova legislação não perdendo a possibilidade da aplicação do imperativo constitucional da retroatividade da Lei.

Ao contrário da anterior a extra-atividade *novatio legis in pejus* é Lei posterior que agrava a situação do autor do delito, neste caso, a Lei maior deve ser adotada como Lei anterior. Assim a Lei que menos beneficia seja posterior ou anterior recebe o nome de *lex gravior*.

Por fim, a *novatio legis incriminadora*, a qual é Lei que passa a considerar crime ato que antes não era tipificado no código penal, ainda segundo Francisco Toledo (1994, p.31):

A lei penal mais grave não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência, seja quando cria figura penal até então inexistente, seja quando se limita a agravar as consequências jurídico-penais do fato, isto é, a pena ou a medida de segurança. Há, pois, uma proibição de retroatividade das normas mais severas de direito penal material”. Aliás, para se saber se uma norma é ou não de direito material, ensina que essa questão “deve ser decidida menos em função da lei que a contenha do que em razão da natureza e essência da própria norma, pois o Código de Processo Penal e a Lei de Execução contêm normas de direito material, assim como o Código Penal contém normas de direito processual.

Desarte, há de se demonstrar, a necessidade da aplicação da Lei mais favorável desde a sua oficial publicação, desta forma visando salvaguardar os direitos fundamentais do indivíduo defendendo-o de qualquer injustiça que possa vir a ser cometida pelo estado, tendo como base o princípio constitucional da pessoa humana elencado na nossa Carta Magna em seu art. 1º inciso III.

7 DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Definida em seu Capítulo II, art. 3º inciso I da Lei em comento, onde regula os meios de obtenção de prova, a Lei permitiu a Colaboração Premiada do réu, e definiu os meios necessários para aplicação desta em seu art. 4º *in verbis*:

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).

§ 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes 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.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo 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.

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

§ 9º 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.

§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

§ 12. 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.

§ 13. 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.

§ 14. 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.

§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

A colaboração premiada, antes chamada de delação premiada, já era prevista na Lei nº 9034/95, hoje expressamente revogada pela Lei tema deste artigo, também era prevista em outros diplomas legais como a Lei nº 7.492/86 (Crimes contra o sistema financeiro) e a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006, cada uma com sua devida aplicação. A Lei em comento em seu rol disciplinou com maior amplitude e pormenores, tendo em vista que não há em nosso processo penal o preenchimento de todas as lacunas que possam vir a inviabilizar a aplicação e a sua utilidade no combate ao crime organizado.

De Acordo com o entendimento do Professor Vicente Greco Filho (2014, p.30) a respeito do instituto da Colaboração premiada:

A Colaboração premiada é causa de perdão judicial, redução substituição de pena daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação criminal e com o processo penal desde que dessa colaboração um ou mais dos resultados previstos nos incisos.

São requisitos para o acolhimento da colaboração premiada:

1. – que se trate de investigação ou processo envolvendo o crime de organização criminosa ou crime praticado no âmbito de organização criminosa;
2. – a colaboração efetiva e voluntaria com a investigação e com o processo criminal;
3. – que dessa colaboração resulte um ou mais dos seguintes efeitos:

- a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
 - b) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
 - c) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
 - d) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
 - e) a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada.
- A colaboração e os efeitos, porém, não geram automaticamente o direito ao benefício (perdão judicial ou redução de pena). Dependerão de avaliação de outras circunstâncias, previstas no §1º, quais sejam a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão do fato criminoso e a eficácia da colaboração. As mesmas circunstâncias serão levadas em conta pelo juiz ao dosar o benefício, o que ocorrerá na sentença de mérito.

8 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 15, 17 E 21 DA LEI 12.850/13

Com advento da promulgação da Lei número 12.850/2013, as empresas de comunicações, como telefonia e dados, como o Google, TNL, Telemar, Yahoo entre outras, deverão por força apenas da solicitação da Polícia Judiciária, Polícia Federal, Delegado e Promotoria, mesmo sem decisão judicial entregar dados cadastrais e endereço de IP de seus usuários, quando solicitados, isso em cumprimento aos artigos aqui colacionado no título do tópico.

Já possuindo inclusive jurisprudência no assunto, em decisão o Juiz Federal Antônio Felipe de Amorim Cadete, substituto da 12ª Vara Federal do Distrito Federal, afirmou que o pedido de **informações** é “compatível com a finalidade da investigação criminal” não afrontando desta forma, a liberdade de informação da empresa, uma vez que o pedido de informação constante nos artigos restringe-se apenas aos dados cadastrais e não ao conteúdo das transações.

Aos 8 dias de Janeiro, a Google, ajuizou Habeas Corpus pleiteando não ser obrigada a repassar tais dados à polícia. O principal questionamento era da legalidade do requerimento, uma vez que havia sido realizado pelo delegado da superintendência da PF no Distrito Federal.

Em sede de liminar o pedido da empresa, não logrou sucesso, tendo sido negado pelo juiz no último dia 13. Em justificativa, o Douto Juiz (BRASIL, HC TJDF 3671.20.14.401340-0) disse que:

(...) a requisição de dados cadastrais às provedoras de internet não se submete à reserva de jurisdição, porquanto não estão abrangidos pelo sigilo

constitucional das comunicações telefônicas, ao contrário do que parecem crer os requerentes.

A decisão, segundo o juiz, tanto seria constitucional tal requisição, afirmando o polo ativo e legítimo para o requerimento, quanto os dados que ali foram transferidos. Inclusive, na Lei 12.850/2013, que abrange meios de obtenção da prova da investigação criminal, como já foi relatado anteriormente no artigo.

Nesta discussão, a Associação Nacional das Operadoras de Celulares ajuizou junto ao STF - Supremo Tribunal Federal uma Adin - Ação Direta de Inconstitucionalidade a qual teve registro tombada sob o número 5063, contestando justamente os artigos objetos do tópico: 15, 17 e 21 da Lei número 12.850/2013. Em resumo, alegaram que tal matéria não poderia ser regulamentada através de Lei Ordinária, mas sim por Lei Complementar, a qual deveria ser aprovada por quórum qualificado nas Casas do Congresso Nacional.

A alegação que consubstanciou tal Ação Direta de Inconstitucionalidade esta devidamente abarcada no artigo 129, inciso VI, da Constituição Federal de 1988. Para a Associação Nacional das Operadoras de Celulares tal Lei Ordinária, ao autorizar que o Delegado de Polícia e o Ministério Público possam requisitar de ofício, sem autorização judicial “quaisquer informações, documentos e dados pertinentes à investigação criminal, sem que haja ponderação judicial que determine esta medida”, afrontaria o princípio fundamental posto pela Magna Carta, de proteção à privacidade e ao sigilo das comunicações.

Ao apreciar, e considerando-se a relevância desta matéria, o Ministro Gilmar Mendes, relator, adotou rito previsto no artigo 12 da Lei nº. 9.868 de 1999, desta forma, podendo ser apreciada e julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal diretamente no mérito da questão, sem que houvesse prévia análise do pedido de liminar.

Como já relatado, a Lei nº. 12.850/2013 trouxe definição de uma organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal ao que se refere à organização, relatou sobre os meios para obtenção da prova, além especificar o procedimento criminal que será aplicado nestes casos criminais.

Para a lei 12.850/13,

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.

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.

Em seu Capítulo II, a lei retrata a investigação e os meios de obtenção da prova a qualquer momento, seja inquérito ou processo propriamente. Sabe-se que na fase inquisitória, não é permitido contraditório justamente pela natureza da investigação, pois se assim fosse, pode-se dizer que a investigação estaria prejudicada, uma vez que a prova não seria colhida de forma técnica e imparcial, resta desta forma também prejudicada a ampla defesa o que macularia qualquer decisão tomada com base em elementos colhidos naquela fase anterior.

Assim, excetuando-se as ressalvas trazidas de forma explícita da lei (provas cautelares, não repetíveis e antecipadas constantes no artigo 155 do Código de Processo Penal), as investidas investigativas produzidas na peça informativa devem ser replicadas para que tenham valor como meios de prova imparciais.

Porém, é importante destacar a ressalva que tais provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas devem se submeter, observada a possibilidade, ao contraditório, e serem produzidas na presença de um Juiz de Direito, do Ministério Público e de um defensor, ressalvada impossibilidade, por exemplo, na realização de um exame de corpo de delito.

Neste diapasão, nas diligências policiais, se admite igualmente o acesso direto da Polícia Judiciária e do Ministério Público nos registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais, nestes termos:

(...)

Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas,

instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

(...)

Art. 17. As concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais.

(...)

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.

O ponto é que tais disposições são de duvidosa constitucionalidade, uma vez que retira-se do Poder Judiciário, a apreciação do mérito e motivo, além do controle sobre a possibilidade de violação de direitos declarados e garantias constitucionais asseguradas na Constituição Federal de 1988.

Não obstante o estranho equívoco, a omissão da lei, o Magistrado que vier a autorizar tais medidas deverá, ao contrário do que preceitua o artigo 83 do Código de Processo Penal, afastar-se do posterior processo, uma vez que a sua imparcialidade estaria prejudicada, no momento em que o mesmo ordenou tal colheita de prova. Pelo menos, segundo os princípios e regras atinentes ao Sistema Acusatório.

É cediço que os artigos 69, inciso VI, artigo 75, parágrafo único e 83 do Código de Processo Penal implantam como um dos pressupostos determinadores da competência exatamente a prevenção.

Entende-se que tais acepções não deveriam constar de uma legislação processual de um Estado Democrático de Direito, uma vez que a prevenção, distante de puxar a competência judicial para perto, deveria repeli-la, pois a prática deste ato antecessor ao processo propriamente dito interfere inevitavelmente à imparcialidade.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem julgando repetidas vezes pela exclusão do Juiz que de alguma forma interferiu na fase investigatória, Aury Lopes Jr. (Disponível em <http://jus.com.br/artigos/26510/o-google-a-lei-no-12-850-13-e-a-quebra-de-dados-caadastrais-e-do-ip-de-seus-usuarios>, Acesso em 20/04/2014) relata:

(...) sem dúvida, chegou o momento de repensar a prevenção e também a relação juiz/inquérito, pois ao invés de caminharem 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 apreensão, autorização para intervenção telefônica, etc.).

O STF, já possui julgado no seguinte sentido “o princípio constitucional do justo processo legal manda que cada causa tenha um magistrado competente para decidi-la”. Pontualmente este julgamento, ao votar pela DEFERIMENTO do HABEAS CORPUS o Ministro César Peluso asseverou “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”.

Desta forma, em fase de sentença condenatória penal, o Ministro relatou, “repleta de remissões aos atos das investigações prévias, além de ter opiniões anteriormente concebidas e expostas” (Habeas Corpus 94641). Argumentando que persistiu a quebra da imparcialidade do julgamento. Afirmando, “Ele teve um contato com o réu que não foi superficial”.

9 AGENTE INFILTRADO

A nova lei 12.850/2013 traz em seu artigo 13 a presença do agente infiltrado o qual deverá manter suas ações atendendo as proporcionalidades em relação aos objetivos da investigação, no entanto, respondendo assim pelos excessos praticados.

Ao analisar como um todo, a legislação percebe-se que a atuação do agente é permitida em sua totalidade, inclusive o envolvimento do agente em atos ilícitos, ainda, podendo ser passível de reconhecimento de alguma excludente de culpabilidade ou ainda, uma causa de inexigibilidade de conduta diversa.

Nesse diapasão, a problemática instalada, não abrange apenas os artigos da legislação brasileira mas também como a da internacional no tocante ao regulamento da infiltração. O ponto principal é a ausência de limitações explícitas no que se refere a atuação dos agentes, o que torna desta forma sua atuação não

somente arriscada no tocante aos criminosos, mas também a limitação administrativa e de responsabilidade criminal.

O agente infiltrado esta constantemente sob pressão além do que pode-se suportar, agindo e mantendo uma figura que nunca foi, o que no mínimo é bastante inconveniente.

Embora possa transparecer que a ausência de determinação legal expressa seja um “esquecimento” da legislação vigente e inclusive afrontando a de outros países, mas percebe-se no fundo que seria impossível ao legislador prever todas as situações fáticas, embora, seja característica intrínseca, a infiltração do agente de forma não limitativa, inclusive para não levantar suspeitas para a operação.

É essa a questão que leva a constituição de um instituto indesejável. Para o sucesso da operação, ter como única saída a permissão de o agente cometer quaisquer crimes, inclusive homicídio.

A (in)constitucionalidade paira também sobre esta matéria, uma vez que a sociedade estaria disposta a tanto? Que a administração pública iria tão longe a ponto de permitir que um agente cometa homicídio por um objetivo “maior” que seja a operação? Estaria ferindo o bem de maior proteção do Estado perante à Sociedade (a vida)?

No prisma da moralidade administrativa e da legalidade, como ficaria tal ensejo?

A infiltração de agentes é plenamente destituída do que exemplifica Gomá de “imperativo de exemplaridade” que nos informa acerca da conduta do funcionário público em relação a denominada “coisa pública”, desta forma, exigindo-lhes uma conduta imparcial em todos os seus atos, devendo assim agir de acordo com a proporcionalidade necessária para tal ato praticado, sendo assim, um exemplo de honestidade e decoro. Segundo o autor Gomá (2009, p. 268-269):

De uma y outra fuente se deduce que del funcionario se espera no solo que observe estrictamente la ley positiva sino también que practique valores como la imparcialidad, la independência, la esquidad, la lealtad, la anteposición del interes general al próprio o la probidad en el servicio público.

Desta forma, como pode o agente agir com total imparcialidade de seus atos com base em um instituto que não prevê a delimitação minuciosa de suas ações?

Com base no art. 13, Parágrafo Único, da Lei em comento, é notório que a falta da delimitação nas ações do agente infiltrado este estaria acobertado pela excludente de culpabilidade da “Inexigibilidade de conduta diversa”, o que nos levaria a falta de “justa causa” em se tratando de eventual ação penal. É necessária tal observação tendo em vista que em nosso ordenamento jurídico penal encontramos uma distinção entre a inexigibilidade de conduta diversa legal (expressamente prevista em lei) e inexigibilidade de conduta diversa supralegal (aplicável a certos casos concretos imprevistos).

É importante ressaltar que devido a opção legislativa em relação ao reconhecimento da Inexigibilidade de conduta diversa visando evitar a punição do agente infiltrado não segue o caminho correto, tendo em vista que com base no que o diploma legal trata significa que o Estado está normatizando que o agente poderá praticar fato típico e antijurídico (injusto penal), sendo assim afirmando que a atitude do agente não será culpável. É de notória estranheza essa opção do legislativo, tendo em vista que o policial atua de acordo com um instituto legamente previsto, sabendo ele que os atos ilícitos praticados serão tipificados apenas como mera inexigibilidade de conduta diversa, significando assim, em sua teoria, de que o instituto ora comentado é falido desde o seu nascedouro.

Zaffaroni e Batista tipificam de “atipicidade conglobante”, a afastar, desde logo a tipicidade da conduta e não a reconhecer mera excludente da culpabilidade (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA. 2010, p. 212). É notório que com a normatização deste instituto que reconhece que um criminoso não será punido pelos atos ora praticados, é um pleno reconhecimento que este instituto é uma aberração.

Sendo assim necessário exemplificar acerca da antinormatividade. Nesse caso Zaffaroni (2010, p. 33) diz:

“A antinormatividade não se revela apenas na simples oposição entre a norma deduzida do tipo legal e a conduta, postulando também a consideração conglobada da norma deduzida do tipo com outras normas dedutíveis de outros tipos legais”.

Podemos afirmar que a mera causa de justificação ou excludente de culpabilidade não é suficiente, devido não ter poder suficiente para afastar a própria tipicidade da conduta. Com base dos autores em destaque Zaffaroni (2010, p. 223 – 234) ainda afirma:

Como consequência de considerar o cumprimento de um dever jurídico como causa de justificação a doutrina engendrou os casos da chamada colisão de deveres. Essa posição parte de uma insuficiente concepção da estrutura do tipo, que dela exclui a questão da antinormatividade, como se o tipo a consagrasse tácita ou eufemisticamente, ou como se ela pertencesse à antijuridicidade. Dentro do modelo que preconizamos, tomando o cumprimento do dever legal como causa de atipicidade, e, portanto, como um problema de normatividade e não de juridicidade, todas as colisões de deveres imagináveis são falsas ou aparentes. No campo da realidade, dois deveres podem concretamente antagonizar-se ao ponto de que nenhum deles estaria cumprido sem a violação do outro; mas no campo normativo um dever sempre limita a outro ou deve ser preterido a outro. Toca ao direito decidir qual é o dever que prevalece, resolvendo conflitos ou colisões – tal como as normas proibitivas – através da precedência ou prevalência. Geralmente aqueles conflitos são resolvidos em favor de um dever prevalente e a doutrina se inclina a considerar que configuram causas de justificação, embora no caso de bens equivalentes, particularmente se referidos à vida humana, tenda-se a excluir apenas a culpabilidade. Esta última explicação é insuficiente, porque não logra explicar como pode o direito consagrar como dever jurídico a prática de um injusto, já que qualquer das duas condutas configuraria um injusto.

E Zaffaroni (2010, p. 234) prosseguem:

A consideração do dever jurídico como causa de atipicidade, em decorrência de que sempre há uma norma proibitiva que prevalece e de que os preceitos permissivos ou de justificação não são aqui pertinentes, soluciona superiormente tais casos pela exclusão da tipicidade, por estarem diretamente excluídos da norma proibitiva.

Desta forma, a lei promulgada careceu de atenção ao não instituir de forma precisa a atuação do agente infiltrado, deixando dúvidas, quanto a atuação imparcial do agente ao que diz respeito à produção de prova na atuação, bem como não pode-se auferir as medidas protetivas dos diretos alheios os quais, agentes públicos praticarão atos ilícitos e ao mesmo tempo terão a excludente de licitude garantida.

10 CONCLUSÃO

É notável, no tocante ao campo teórico, que a lei promulgada como dito anteriormente carece de revisão, em todo seu arcabouço. Como pode-se notar, desde os artigos notadamente passíveis de interpretação inconstitucionais como os artigos 15, 17 e 21 o qual foi demonstrado, embora há jurisprudência diversa que, de uma forma ou de outra existe a quebra do sigilo de comunicação quando se obtém os dados cadastrais, bem como, a lista detalhada das ligações feitas e recebidas, ou

dados trocados via IP-Internet Protocol, embora o conteúdo das conversas e dos dados não sejam revelados. Imagine-se que embora não tenha conhecimento de conteúdo seja facilitada a disponibilização de tais informações a polícia, a fim de proceder quaisquer investigações dando fomento a requisição da quebra de tais sigilos.

Outrossim, é mister ressaltar que o instituto da infiltração de agentes pode configurar-se uma absoluta inviabilidade e incoerência interna com o próprio sistema penal e processual penal vigente, devido a ausência dos limites não estabelecidos em Lei para a conduta do agente.

Ao se aprofundar mais nas interpretações constitucionais da lei, como se pode admitir que, num Estado Democrático de Direito, se AUTORIZE que um agente público, o qual representa o ESTADO é autorizado a atuar praticando um crime, diga-se injusto penal, ato ilícito?

Imagine, que num país onde não se existe o controle burocrático ou judicial de certos crimes, como corrupção, estaria criando-se uma indústria onde o crime passaria a ser “legalizado”, ou seja, o controle entre a ação do agente e o motivo pelo qual executou e obteve o resultado, perde-se de certa forma num contexto não controlado, não tendo punição apenas porque, embora seja um criminoso, age acobertado por uma mera excludente de culpabilidade.

Pois bem, num Estado Democrático de Direito é inaceitável tal situação em que um agente estatal, e por meio do próprio Estado, se tornasse uma “pessoa impunível”.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Hans-Jorg. **Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001;

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios do Direito Administrativo Brasileiro**. Malheiros Editores, São Paulo, 2002;

BRASIL, TJSP HC 96.007 SP Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-trancamento-acao.pdf>, Acesso em 20/04/2014

BRASIL, Lei 12.850 de 12 de Agosto de 2013, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm Acesso em 20/04/2014

BRASIL, Lei 2848 de 07 de Dezembro de 1940, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em 10/03/2014.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal**, volume 1, parte geral - 16. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012 p. 67 a 71

CUNHA, Rogério Sanches, Crime Organizado - **Comentários à nova lei sobre crime organizado (Lei n. 12.850/13)** - 2a ed.: Rev., amp. e atual. (2014) p. 13.

FILHO, Greco Vicente, **Comentários à Lei de Organização Criminosa Lei 12.850/13** – Editora Saraiva 2014.

GOMÁ, Javier. **Ejemplaridad Pública**. Madrid: Taurus, 2009, p. 268 – 269.

GOMES, Luiz Flávio <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/> acesso em 21/04/2014;

GOMES, Luiz Flávio; BEM, Leonardo Schmitt de. **Nova Lei Seca: comentários à Lei n. 12.760**, de 20.12.2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e Direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; TÁVORA, Nestor. *Aspectos penais e processuais da nova Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Vídeo: Congresso Virtual – **Saberes do Direito Criminal**, 2013. Disponível em: [http:// atualidadesdodireito.com.br](http://atualidadesdodireito.com.br). Acesso em: 28/02/2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 14. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2012, p. 105.

MAGGIORE, Giuseppe. **Diritto penale**, 5ª edição, Bolonha, 1951, volume I, pág. 189.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 31.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro. Volume II**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 212 e 233