

## **ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

---

**LUIZ VICENTE CERNICCHIARO\***

*Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Doutor pela Universidade "La Sapienza" (Roma) e pela Universidade de Brasília.*

O Direito Penal brasileiro, conforme diretrizes inscritas em nossa Constituição, resultantes de conhecido contexto histórico e político, está submetido a princípios, cujos limites e direcionamento não podem ser postergados. Daí, qualquer instituto penal estar a eles vinculados. Não só historicamente. Resultante, ademais, do contexto histórico. De início, mencione-se o - princípio da reserva legal. O Direito Penal, face a ele, sacrifica, tantas vezes, a verdade real, em favor da verdade formal.

BETTIOL, cujo nome sempre declino com particular respeito, mercê de suas lições e especial carinho humano, é um dos expoentes do Direito Penal Democrático. Aqui, reside o ponto de partida para o raciocínio penal. Em "Istituzioni di Diritto e Procedura Penale", Cedan, Padova, 1973, 2a ed. p. 14, registra esta observação, indispensável à análise de qualquer instituto jurídico:

...é uma manifestação da cultura e, pois, ligado a uma ou mais valorações do legislador que, por sua vez, concretamente dirigida ao juiz. Se quisermos estar em harmonia com as exigências político-culturais do momento, devemos definir o crime como um "fato humano típico, antijurídico e culpável, ao qual é prevista, como consequência jurídica, uma pena.

E mais: o que confere direcionamento concreto:

"...operação esta, não de pura mecânica lógico-formal, mas correspondentemente a uma valoração do fato e a uma interpretação da norma" (p. 15).

Com efeito, o Direito não é mera forma! Alguns institutos jurídico-penais, até mais do que a generalidade, investigação de

conteúdo. A "individualização da pena" é a ilustração maior. Ao fixar a pena *in concreto*, o juiz deverá ir além da formalidade, cujo roteiro é o disposto no art. 68 do Código Penal. Ingressar, e isto é fundamental, no sentido humanístico e social da sanção. Subscrevo o entendimento de o juiz não ser mero *longa manus* do legislador. Daí, em homenagem a outros princípios, poder aplicar a pena abaixo do mínimo legal e, mesmo, deixar de aplicá-la.

Não vou examinar a individualização da pena. Ficarei restrito, não obstante a intercomunicação, com o sedutor tema – Organização Criminosa.

O Direito Penal está aberto ao mundo. As definições de tipos legais de crime, colocam-se como axioma jurídico. Politicamente, de conteúdo diverso, consoante a orientação histórica dos Estados.

No Brasil, mercê da influência européia, diz-se, é formal. Daí, inexistir infração penal, sem a devida e prévia definição jurídica. A Constituição Nacional, no art. 5º, XXXIX, é lacônica, porém, não deixa dúvida: "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*".

Na antiga União Soviética, não obstante a adoção da reserva legal, na reforma dos anos 60, conferiu conteúdo ao princípio, ao registrar que a infração penal, além da tipicidade reclamaria ofensa aos direitos de "obreiros ou campesinos".

Entre nós, rigorosamente, poder-se-á sustentar que o princípio da legalidade é meramente formal? Analisar-se-á a exata extensão, sem incursionar em seu conteúdo?

Pode-se afirmar, a tipicidade de uma conduta, sem que se acrescente a ilicitude, programação axiológica constante do Preâmbulo da Constituição do Brasil? Ainda que se o faça, a afirmação só é válida para

efeitos didáticos. Não há distinção. Ao contrário, identificação entre a tipicidade e a ilicitude (antijuridicidade).

No século passado, a Itália, estimulada por atentados a autoridades públicas, promoveu alteração do Código Penal, de que é exemplo a Lei n° 1.646/82, que introduziu o art. 416, **bis**, cuja redação é a seguinte:

A associação é mafiosa quando os que fazem parte se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de submissão e de 'omertà' (a lei do silêncio) que disso deriva para cometer delitos, para obter de modo direto ou indireto a gestão ou de qualquer modo o controle de atividades econômicas, de concessões, contrato e serviços públicos ou para tirar proveitos ou vantagens injustas para si ou terceiros.

Na mesma linha, a lei brasileira, na Lei n° 9.034/95, incorporou também a delação premiada, cujo artigo 6° é categórico:

"Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria."

Nosso instituto - Organização Criminosa - resultou da legislação anti-máfia, na Itália.

Indispensável, ademais, mencionar a "Convenção de Viena", promulgada pelo Decreto n° 154, de 26 de junho de 1981, cujo art. 2° - Alcance da Presente Convenção - no art. 3° - Delitos e Sanções - registra importante norma, no item c, recomendando:

"Observância dos princípios constitucionais e conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico".

Além disso, atente-se para o "Alcance da presente Convenção", cujo art. 2 é de relevo incontestável:

1- A finalidade da presente Convenção é promover a cooperação entre as Partes a fim de que possam enfrentar com maior eficácia os diversos aspectos do tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas que tenham dimensão internacional. No cumprimento das obrigações resultantes desta Convenção, as Partes adotarão as medidas necessárias compreendidas na ordem legislativa e administrativa, de conformidade com as disposições fundamentais de seus respectivos ordenamentos jurídicos internos.

Nota-se, na espécie, voltou a ser prestigiado o princípio da reserva legal! E mais:

2 - As Partes cumprirão suas obrigações derivadas desta Convenção de modo a que se ajustem aos princípios da igualdade soberana e da integridade territorial dos Estados e da não intervenção nos assuntos internos de outros Estados.

A legislação brasileira, sem dúvida, sofreu direta influência dessa orientação político-ideológica. Daí, resultou, como assinalado, insista-se, a Lei nº 9.034/95.

Neste passo, urge indagar. O instituto - Organização Criminosa - foi definido no Direito Brasileiro? Está satisfeita a exigência constitucional do - *nullum crimen, nulla poena sine legem?*

O *nomen iuris*, certo, não define, por si só, nenhuma infração penal (crime, ou contravenção penal)!

Dada a direta e inquestionável influência italiana no tocante ao instituto jurídico em exame, poder-se-á dizer que foi recepcionado pelo Direito Penal Brasileiro? Seria sinônimo, ou espécie de Quadrilha ou bando (art. 288, do Código Penal)?

A Lei nº 9.034/95, dispõe no nomen iuris do Capítulo I - "Da definição de Ação praticada por Organizações Criminosas e dos Meios Operacionais de investigação e Prova".

O art. 1º, por sua vez, ostenta redação que segue:

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

Organização criminosa e quadrilha ou bando são institutos distintos. E mais. A primeira não foi definida penalmente. A segunda, constante, no Código Penal, Título IX - Dos Crimes Contra a Paz Pública.

Essa distinção, antes de tudo, é ponto de partida para análise dos institutos no Direito Penal Brasileiro.

As literaturas penal e criminológica distinguem perfeitamente tais institutos.

A "Quadrilha ou Bando" (CP, art. 288) é Crime contra a Paz Pública, ou seja, gera intranquilidade à segurança da sociedade!

A "Organização Criminosa" (Lei nº 9.034/95), mencionada, na legislação brasileira, para finalidade específica: "utilização de meios operacionais de investigação e prova" (ver ***nomen iuris*** do Capítulo I, da referida legislação). Realce-se:

"ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas..."

A mesma lei emprega dois institutos penais:

- a) "quadrilha ou bando" (art. 1º)
- b) "organizações criminosas" (***nomen iuris*** do Capítulo I, art. 2º).

Conclusão imediata e lógica: institutos penais distintos!

A literatura, outrossim, pacificamente, reconhece a duplicidade. Organização, por sua estrutura, pressupõe estrutura, inter-

relacionamento dos participantes. É unidade de composição e atividades complexas. Em se projetando o instituto, levando em conta sua origem e inspiração - organização mafiosa - resta evidente, não bastam pluralidade de pessoas e unidade de fim!

Dada a fonte de inspiração, organização criminosa (só assim, ter-se-á a identificação do conteúdo). A legislação italiana anti-máfia viu-se de frente a fenômeno de ilicitude, em particular, no sul da Itália, com ramificações em outros países, a fim de dismantelar a estrutura da máfia.

A História, repita-se, é a grande mestra da vida! Não se pode, por isso, tomar como sinônimos - quadrilha ou bando e organização criminosa! Dois institutos distintos!

A mencionada Lei nº 1.648/82 (Lei Rognoni - La Torre), intrinsecamente, contempla organização. Insista-se: não se confunde com a co-autoria!

A jurisprudência firmou o conceito jurídico de – organização criminosa. Distingue-a da quadrilha ou bando.

O Supremo Tribunal Federal, ilustrativamente, proclamou no Habeas Corpus nº 82966 - SP, Relator o E. Ministro Nelson Jobim:

Este Tribunal já firmou a jurisprudência no sentido de que o art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97 não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90. Precedentes.

Reunião ocasional de agentes não caracteriza organização criminosa como delito autônomo capaz de atrair a aplicação da Lei 9.034/95 (alterada pela Lei 10.217/01).

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, também enfrentou a matéria. Ilustrativamente, o E. Ministro Paulo Medina, ao apreciar requerimento de liminar, no **Habeas Corpus** nº 55547 - DF, argumenta:

Como afirma Luiz Flávio Gomes, 'organização criminosa, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de conteúdo normativo, que atenda ao princípio da legalidade) - Crime Organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01...)

Em se recordando NELSON HUNGRIA, adequada ao tema, a imagem repetida do ilustre penalista:

"O Direito Penal é um grande lago. Se lançarmos uma pedra, pequena que seja, em suas águas, imediatamente, formam-se ondas sucessivas que, batendo nas margens, retornam até se acalmarem".

No Congresso Nacional há dois projetos de lei, visando à definição de – organização criminosa.

O Projeto de Lei do Senado nº 118, de 2002, no art. 1º dispõe:

Associarem-se, voluntariamente, três ou mais pessoas, por meio de entidade jurídica ou não, de forma estável, estruturada e com divisão de tarefas para, valendo-se de violência, ameaça ou qualquer outra forma de intimidação, corrupção, fraude, tráfico de influência ou de outros meios semelhantes, obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, para cometer infrações penais, previstas nos incisos I a XVI, da disposição legal.

Relaciona sete modalidades de delitos. Na Câmara dos Deputados, o Substitutivo ao Projeto do Senado nº 67, de 1996, registra o conceito que segue:

Associação de três ou mais pessoas, por meio de entidade jurídica ou não, estruturada de forma estável, visando obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, para a prática dos crimes especificados nos incisos I a XVII do mesmo artigo.

Nenhuma deles, até agora, foi convertido em lei!

## **DELAÇÃO PREMIADA**

A investigação probatória, nem sempre, consegue projetar, notadamente, no Judiciário, o fato-infração penal. Daí, tantas vezes, a sentença não traduzir, com fidelidade, o fato histórico. O resultado, no plano normativo, por isso, não corresponder ao delito.

No Brasil, o instituto foi inaugurado pela Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 - Lei dos Crimes Hediondos - cujo art. 8º parágrafo único exige, para gerar o benefício,

"O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)".

Em 1996, a Lei nº 9.296/96 acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 159 do Código Penal - Extorsão mediante seqüestro - com a seguinte redação:

"Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços".

Aos 3 de maio de 1995, o instituto se repetira na Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995 - "Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas".

"Nos crimes em organização criminosa, a pena será reduzida de 1(um) a 2/3 (dois terços), quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria".

Os três citados dispositivos legais adotam, pois, para a hipótese - causa especial de redução da pena. Reclamam, ademais, efeito concreto.



O primeiro, possibilidade de desmantelamento. O segundo, facilitar a libertação do seqüestrado. O terceiro, identificação dos fatos.

1) A possibilidade de desmantelamento (1º caso) traduz idéia de a informação ser idônea a dissolver o grupo delituoso. Não é necessária a prisão dos participantes. A informação deverá ser idônea a aniquilar a potencialidade ofensiva do grupo.

Desnecessário configurar probabilidade de desagregação.

2) A informação deverá ser idônea a fazer cessar o efeito físico do crime. Esclarecimentos úteis a retirar a vítima da ação coercitiva dos seqüestradores. A idoneidade, no caso, não se identifica com a recolocação da vítima em liberdade. Basta fornecer dados corretos para a autoridade aproximar-se do local do cerceamento ao exercício da liberdade da vítima. O trabalho de resgate ficará a cargo da autoridade encarregada de procura e libertação da vítima.

3) A finalidade volta-se para a autoridade identificar dois fatos:

- a) esclarecer o fato-infração penal;
- b) esclarecer a autoria.

Desse modo, em nenhuma das hipóteses haverá extinção da criminalidade. Ter-se-á somente redução da pena. Precisamente, causa especial de redução da pena!

A - Delação Premiada - como se nota - é instituto de caráter personalíssimo. Somente o agente dos ilícitos penais nominados reúne as condições jurídicas para fazê-lo. Não se identifica com o instituto das circunstâncias atenuantes, art. 65, III, d do Código Penal - "*confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime*". Os institutos, sem dúvida, aproximam-se. Todavia, evidenciam-se distinções:

a) na delação premiada, "*esclarecimento de infrações penais*" traduz idéia de tomar a iniciativa para dar ciência de ilícito penal e dos respectivos agentes, situando o ilícito no tempo e no espaço. De duas, uma: o delator leva o fato à autoridade pública, o que pressupõe desconhecimento até então, ou reforça a veracidade das investigações oficiais. A colaboração é bem aceita por duas razões: reforço das provas colhidas, ou confirmação do réu de sua participação delitiva. No primeiro caso, presta esclarecimentos úteis para a prova do fato, cujo julgamento ainda não foi prolatado. No segundo, a instrução ainda não encerrada é enriquecida pelo depoimento do próprio réu, o que reforça a credibilidade do conjunto probatório.

A Delação Premiada, assim, visa, alternativamente, a colher dados confiáveis para concretização da Justiça material, ou obter reforço de segurança para evitar-se o erro judiciário.

A natureza jurídica da - Delação premiada - dado não implicar exclusão da criminalidade, restrita a beneficiar o delator com redução da pena in concreto, configura causa especial de diminuição da *sanctio iuris*, ou de circunstância atenuante.

Desse modo, não afeta a criminalidade. Persistem, então, os respectivos crimes. A repercussão é restrita à aplicação da pena.

Em consequência, persiste o pressuposto da reincidência específica se, no futuro, o delator cometer outro ilícito penal. Com efeito, o instituto não é excludente de criminalidade.

A - Delação Premiada - nos seus efeitos, é - personalíssima. Exclui a *sanctio iuris*, relativamente ao respectivo processo.

Coloca-se, então, a seguinte questão: se o delator, após, vier a praticar outro delito, em persistindo os efeitos penais do crime anterior (a delação não é excludente de criminalidade) persistem. Em havendo

outra condenação, ter-se-á a reincidência! Importante: a delação premiada não gera exclusão da criminalidade. É mero incentivo ao agente do delito; homenagem, retribuição por haver trazido aos autos dados configuradores do ilícito penal.

A - Delação Premiada - insista-se, é mera causa de redução da pena. A criminalidade persiste. Repercute, ademais, no cumprimento da pena.

Necessário conjugar a Lei n° 9.034/95 (Delação Premiada) com o sistema de - execução da pena - não obstante o diploma legal ser silente quanto a esse instituto. O texto registra somente uma norma especial, *verbis*, no art. 8°:

"O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta Lei".

A solução correta importa registrar que a "condição de condenado" somente ocorre com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Só então, ter-se-á a configuração de julgado definitivo. Aí, sim, a pessoa será tratada como tal. Essa afirmação não exclui, evidente, eventual incidência de norma processual, ensejando, cautelarmente, o recolhimento do réu.

Em assim ocorrendo, necessária (imposição constitucional) a respectiva fundamentação, a teor do imperativo constante do art. 93, IX da Carta Política:

"Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...".

A motivação precisa evidenciar a indispensabilidade da constrição ao exercício do direito de liberdade. Apesar do comando do transcrito art. 8°, a harmonia da legislação reclama, como imperativo, a invocação da Lei Maior.

O Supremo Tribunal Federal já proclamou a inconstitucionalidade de dispositivos legais que autorizam o recolhimento do réu, como condição para apelar.

Esses julgados estão corretíssimos.

O *status* de condenado, pressupõe - trânsito em julgado da sentença penal condenatória!

Evidente, distinto o raciocínio, se a hipótese projetar - necessidade do ponto de vista processual - impondo-se, ademais, a respectiva e convincente fundamentação.

A - natureza jurídica - da Delação Premiada é - causa especial de redução da pena. O art. 6º, da Lei nº 9.034/95 contempla a diminuição de 1 (um) a 2/3(dois terços), desde que

"... a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria".

O instituto, nota-se, reclama comunicação relativa a dois pontos: a) espontaneidade do delator, o que é incompatível com exigência dos órgãos administrativos, ou judiciários da investigação fática; b) identificação da autoria. No primeiro caso, coação de terceiros é inidônea, podendo configurar o crime de - constrangimento ilegal. No segundo, o resultado pretendido deve ser projetado, indicando os autores do ilícito penal e narrar os elementos essenciais e acidentais do delito a ser esclarecido, objeto material do processo judicial.

A credibilidade da delação está condicionada a um mínimo de evidência da verdade. Somos de opinião de a declaração ser formalizada com o comparecimento do magistrado, do órgão do Ministério Público e do advogado do delator. O ato reclama, para seus efeitos, o defensor acompanhar seu cliente.

O delator não se confunde com a testemunha, ou o informante. O art. 6º, da Lei nº 9.034/95, é categórico, ao ensejar a redução da pena:

"...quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria".

As declarações do delator devem trazer dados fáticos de modo a identificar dois pontos: o fato delituoso e a respectiva autoria. Desse modo, urge apresentar lógica com as provas coligadas, ou que venham a ser.

Nenhuma coação pode ser utilizada para "convencer" o réu. A espontaneidade é incompatível com a coação, ou com a coercibilidade.

A delação premiada implica reconhecimento do delator à sua participação (intelectual, ou material, pouco importa) no projeto delituoso. Nesse ponto, reside importante distinção entre o delator e a testemunha!

A delação, outrossim, por ser distinta, do interrogatório e do depoimento testemunhal, não obstante ser espécie de prova, com eles não se confunde. Do interrogatório, aproxima-se, quase intimamente. Naquele, dado não estar obrigado a dizer a verdade, livremente oferece sua versão. Será aceita, ou repelida em cotejo com o conjunto probatório. Não se identifica, ademais, com os esclarecimentos da testemunha. Esta não pode ter interesse no desfecho do processo. Colabora, isso sim, para a formação do conjunto probatório.

O delator, por outro lado, traz, para os autos, dado concreto, para o "*esclarecimento das informações penais e sua autoria*" (Lei nº 9.034/95, art. 6º). Certo, deve corresponder à realidade dos fatos. Se isso não ocorrer, projeta-se o crime de calúnia (C. Penal, art. 138 - "*caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido, como crime*").

A delação traz implícita a confissão. Aqui, reside declarada distinção com a testemunha. Confissão é restrita ao agente da infração penal. Testemunha, por seu turno, meio de prova em um processo, produzida, por isso, por pessoa sem interesse no desfecho do processo penal.

Da delação, resulta o "prémio" de duas espécies:

- a) redução da pena cominada, de 1 (um) a 2/3(dois terços) (art. 6º), ou
- b) liberdade provisória (art. 9º).

O instituto foi inspirado na legislação italiana anti-máfia. Buscou-se conferir a dissidentes do grupo vantagens, relativamente ao tratamento penal, a fim de estimular a delação, com o que o Estado obtém elementos de identificação de pessoas e delitos.

Do instituto decorrem importantes e séria conseqüências, dada a inimizade e reação do grupo que ficou exposto às investigações policiais e judiciárias. Costuma-se ilustrar com o caso Buscetta. Esse mafioso foi preso no Brasil que, outrossim, concedeu a extradição requerida pela Itália. Naquele país, colaborou com as autoridades, recebendo, então, os benefícios do instituto.

Da delação resultou outro instituto, cuja eficácia é de extrema complexidade em sua concretização: a delação premiada. O Estado, em contrapartida à colaboração assume a obrigação de protegê-lo, visando, em particular, ao exercício do direito de liberdade e a não-identificação para evitar a repressão vindicativa. Resultou, então, o serviço de "proteção às testemunhas", indiscutível, de complexidade evidente, cuja eficácia nem sempre é efetiva.

Insista-se. A delação não é excludente de criminalidade, nem excludente de punibilidade. Como visto, explícito, acarreta redução de 1 a 2/3 da pena cominada ao respectivo delito.

Essa diminuição conecta-se ao instituto da - execução da pena. Aqui, o delator é tratado em condições de igualdade com os demais condenados. A única diferença poderá resultar, face ao *quantum* da pena aplicada no regime inicial de cumprimento da pena! Assim o é, a teor do Título V - Das Penas - do Código Penal - que contempla quatro institutos:

- a) regime fechado;
- b) regime semi-aberto;
- c) regime aberto;
- d) regime especial.

Não se olvide, outrossim, a regra básica de resgate das penas privativas do exercício do direito de liberdade, inserta no art. 33, § 3º, do Código Penal:

A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 3ª - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

O referencial básico é o *quantum* da pena aplicada!

Esse sistema, à ausência de norma especial em sentido contrário, aplica-se ao delator, todavia, com a observação que se registra:

"Os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa, iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado".

A delação premiada implica conseqüências que seguem:

- a) redução da pena *in concreto*, ou
- b) substituição da pena privativa do exercício do direito de liberdade por pena restritiva de direitos, ou
- c) perdão judicial.

A delação premiada, portanto, é instituto que ameniza o rigor do Direito Penal. Bem assim, o regime do cumprimento da pena.

### **CRIME IMPOSSÍVEL**

O complexo jurídico, dada a interpretação sistemática, tantas vezes, acarreta conseqüências não ponderadas pelo legislador. Isso acontece com o contexto da Lei nº 9.034/95.

O Código Penal brasileiro, dado o caráter unitário de todos os ordenamentos jurídicos, reclama interpretação sistemática. As normas configuram um só todo. Daí, a inexistência de contradição lógica. O conteúdo do comando resta, por isso, condicionado à respectiva unidade. Impossível interpretação isolada de uma lei, ou de mero artigo do texto normativo! Isso vem a propósito de as conseqüências da - ação controlada, constante do art. 2º, II do referido texto legal, cuja interpretação reclama análise concomitante com o artigo 1º. Exibem as redações que seguem:

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

Art. 2º Em qualquer fase da persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:



II- ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações

Essa ação, quando bem sucedida, inevitavelmente, impede a consumação do crime, dada a eficiente predisposição defensiva!

O Código Penal estatui no art. 17:

"Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime".

A conduta, com efeito, deverá trazer a potencialidade jurídico-penal de alcançar o evento típico. Daí, *in concreto*, ser idônea para projetar o resultado.

BETTIOL, com a sensibilidade de sempre, após analisar sistematicamente o instituto, considera indispensável exame da estrutura do delito:

Não se pode considerar ação para os fins do Direito Penal um ato puramente interno do sujeito. Já advertimos como o direito penal ataca só a exteriorização da vontade delituosa (cogitationis poenam nemo patitur), não a vontade delituosa enquanto tal. E, registre-se, só as exteriorizações mediante ação idônea, porque se a ação for inidônea à realização do fato lesivo, estaremos no campo do crime impossível (art. 49). E prova de que nosso direito penal olha a lesão do bem jurídico, e, pois, a ação não pode ser restrita a uma força meramente física, mas deve ser posta em contato com o mundo dos valores que o direito tutela" (Diritto Penale", Cedam, Padova, 1976, 9ª ed., p. 233 - tradução nossa).

Com efeito, a eficácia, e nesse sentido a jurisprudência dos Tribunais brasileiros, é extraída casuisticamente.

Destarte, o crime impossível é impune, não cabendo, em face de seu reconhecimento, nenhum tipo, de sanção

punitiva, mesmo que o agente revele periculosidade. Esta postura revela coerência com a ideologia central da reforma da Parte Geral do Código Penal e que se expressa através do princípio *nullum crimen sine culpa*. Culpabilidade e periculosidade não se fundem mais numa equação comum (Silva Franco, Temas de Direito Penal, 1986, p. 88) in Código penal e sua Interpretação Jurisprudencial, RT, 1993, p. 96).

A ineficácia da conduta delituosa bifurca-se em duas espécies: a) absoluta; b) relativa. A primeira configura o crime impossível. A fiscalização prévia, resultante de eficaz e preventivo acompanhamento da autoridade policial, acompanhando, passo a passo, a conduta de alguém, gera - ineficácia absoluta - quanto ao êxito do projeto delituoso, que, evidente, almejava alcançar a - consumação!

Se, no momento apropriado, é deflagrada a operação preventiva e, com êxito, impede a consumação, lógico, *in casu*, manifestara-se - ineficaz. Daí, valendo-se da letra da lei. configurada a - impossibilidade -de consumação do delito.

Há crime impossível quando o meio empregado é absolutamente ineficaz, notadamente se desde o início da *mise-en-scène* a vítima percebeu que se tratava de uma malandragem do agente. A lei penal brasileira, segundo o exemplo do Código e dos doutrinadores italianos, adotou o critério objetivo, de sorte que o fato é impunível mesmo quando o agente esteja convencido de que os meios por ele usados eram aptos para conseguir o desiderato (TACRIM-SP - AC - Rel. Silva Pinto - JUTACRIM 87/245).

De se reconhecer crime impossível se, tendo um dos supostos comparsas do crime dado conhecimento prévio do delito à vítima e à Polícia, tem lugar a frustrada tentativa sob especial vigilância do falso conivente e das autoridades policiais (TACRIM-SP - AC - Rel. Camargo Aranha - JUTACRIM 32/272).

Em sendo, pois, eficiente a predisposição defensiva, anulando a potencialidade ofensiva do agente, ter-se-á - crime impossível!

A tentativa, outrossim, reclama a presença de "circunstâncias alheias à vontade do agente" (Código Penal, art. 14, II).

Insista-se. O crime impossível e a tentativa de crime são institutos próximos. Apresentam características próprias. Não se identificam. A distinção está expressa no Código Penal:

### **Tentativa**

"II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II)".

### **Crime Impossível**

"Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (art. 17)".

Na tentativa, a ação é, de início, idônea à consumação.

No crime impossível, é, de início, inidônea à consumação.

Na tentativa, a conduta atingiria a consumação se, circunstâncias alheias à vontade do agente não incidissem para impedir o evento típico.

No crime impossível, a conduta é natimorta.

Na tentativa, no início, evidenciava idoneidade para produzir o resultado.

No crime impossível, desde o início, a ação era ineficaz para alcançar a consumação.

Na tentativa, o resultado não se produz porque, entre o início da ação e o resultado, incide fato que impede a consumação.

No crime impossível, *ab initio*, a conduta é inidônea, natimorta.

Evidente, se a predisposição defensiva, antes mesmo do início da conduta típica, acompanhava o comportamento dos "*soi disant*" autores, aguardando o momento conveniente para efetuar a prisão em flagrante, a conduta se revela absolutamente inidônea para pelo menos gerar perigo para o bem juridicamente tutelado.

Há, assim, indispensabilidade de distinguir a organização criminosa do crime praticado por organização criminosa!

No Direito Penal brasileiro, a distinção ganha realce porque não contempla o crime de - organização criminosa!

Logicamente, extrai-se a única conclusão penalmente possível: não há, no Brasil, crime resultante de organização criminosa! Falta o principal, insista-se: definição legal desse instituto. Inadmissível, ademais, interpretação extensiva para capitular condutas, no Direito Penal do fato, cujos limites, sem dúvida, são coordenados pelo - garantismo jurídico!

O Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação n° 3, de 30 de maio de 2006 - recomenda:

a) a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção da Nações Unidas sobre crime organizado transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo) aprovada pelo Decreto Legislativo n° 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto n° 5015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o grupo criminoso organizado "aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Como acentuado, no texto acima transcrito, dita Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5015, de 12 de março de 2004.

Em nossa Constituição Federal, registrou-se, o tipo legal de crime reclama lei (exigência explícita do princípio da legalidade).

Desse modo, tal Recomendação, nesse item, tem como destinatário apenas o Poder legislativo. Impõe-se, sem dúvida, elaboração de lei *stricto sensu*.

Observe-se a ineficácia para efeito legal:

a) a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção da Nações Unidas sobre crime organizado transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo) aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o grupo criminoso organizado aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Insista-se: impõe-se obediência ao disposto no art. 5º, XXXIX, de nossa Carta Política.

"Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Com efeito, no "Acordo de Cooperação entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Panamá no campo da luta contra o Crime Organizado", o artigo 1º estabelece:

"1- As Partes Contratantes, respeitadas as leis e regulamentos em vigor em seus respectivos Países, propõem-se a desenvolver atividades de cooperação nos campos do combate ao crime organizado".

A Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado aprovou no dia 21 de março de 2007 projeto-de-lei que define e tipifica - organização criminosa. Projeto 150/06, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko (PT-MT), relatado pelo Senador Aloysio Mercadante (PT-SP). Segundo o projeto, considera-se organização criminosa:

...a associação, sob forma lícita ou não, de cinco ou mais pessoas, com estabilidade e estrutura organizacional hierárquica e divisão de tarefas para obter direta ou indiretamente, com emprego de violência, ameaça, fraude, tráfico de influência ou atos de corrupção, vantagem de qualquer natureza, praticando um ou mais dos seguintes crimes:

I - tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica (Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

II - terrorismo;

III - contrabando ou tráfico ilícito de armas de fogo, acessórios, artefatos, munições, explosivos ou materiais destinados à sua produção (Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997);

IV - extorsão mediante seqüestro e suas formas qualificadas (art. 159, caput e §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal);

V - contra a administração pública (arts. 312, caput e § 1º, 313-A, 313-B, 314, 315, 316, caput e § 2º, 317, 318, 319, 320, 321, 325, 326, 332, 334, 335, 337, 337-A, 337-B, 337-C, 342, 344 e 347 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal);

VI - contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, salvo o parágrafo único do art. 4º);

VII - contra a ordem tributária ou econômica (arts. 1º a 6º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990);

VIII - contra as empresas de transporte de valores ou cargas e a receptação dolosa dos bens ou produtos auferidos por tais práticas criminosas;

IX - lenocínio e tráfico de mulheres (arts. 227 a 231 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal);

X - tráfico internacional de criança ou adolescente (art. 239 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990);

XI - lavagem de dinheiro, ocultação de bens, direitos e valores (Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998);

XII - tráfico ilícito de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano (Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997);

XIII - homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal); XIV - falsificação, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e §§ 1º, 1º - A e 1º-B, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal);

XV - contra o meio ambiente e o patrimônio cultural (Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998);

XVI - outros crimes previstos em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja parte.”

O texto, além disso, contempla, conforme disposto no art. 3º:

I - colaboração premiada do investigado ou acusado;

II - interceptação de comunicação telefônica e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, nos termos da legislação específica;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas, dados cadastrais, documentos e informações eleitorais, comerciais e de provedores da internet;

V - quebra dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica.

O parágrafo único é de singular importância:

"Os meios de obtenção de provas mencionados nos incisos II a V dependerão de prévia autorização judicial.

Além disso, ressaltam-se dois importantes institutos:

- a) colaboração premiada
- b) ação controlada