



UnB

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O JUÍZO COLEGIADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA:
UMA ANÁLISE DA LEI 12.694/2012 À LUZ DOS DIREITOS E GARANTIAS
PROCESSUAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

PAULO JUNIOR LOPES DA SILVA

BRASÍLIA

2020

PAULO JUNIOR LOPES DA SILVA

O JUÍZO COLEGIADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA:
UMA ANÁLISE DA LEI 12.694/2012 À LUZ DOS DIREITOS E GARANTIAS
PROCESSUAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira.

BRASÍLIA
2020

PAULO JUNIOR LOPES DA SILVA

O JUÍZO COLEGIADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA:
UMA ANÁLISE DA LEI 12694 À LUZ DOS DIREITOS E GARANTIAS
PROCESSUAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como
requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharel em Direito aprovada com
conceito []

Aprovada em: ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira (Orientador)
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Msc. Raphael Franco Castelo Branco Carvalho
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof. Msc. Isaac Rodrigues Cunha
Universidade Federal do Ceará - UFC

BRASÍLIA

2020

A meus pais e meus filhos.

A minha amada Rozivânia

AGRADECIMENTOS

Agradecer é uma tarefa difícil, sobretudo quando se sempre tem a necessidade por companhia. Inúmeros foram os esforços, vindos das mais distintas pessoas, para que este ainda inacabado projeto de vida se concretizasse. Para tanto, a fim de agradecer, enumero aqui uma ordem de coisas, talvez algo que me venha à cabeça no momento, fatos que, sem dúvida, julgo importantes e determinantes para o meu, talvez pequeno, êxito nesta caminhada.

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me dado este dom maravilhoso, o apreço pela leitura e pelo conhecimento. Por não me deixar fraquejar ante as adversidades, que foram e são enormes e várias. Qualquer forma de agradecimento é ingrata neste sentido.

Aos meus pais, por terem desferido enorme esforço para que este filho, teimoso, tivesse o mínimo de provisões necessárias para o atingimento deste objetivo. Quem conhece a minha família sabe que a tarefa deles não foi das mais fáceis. Obrigado por me conduzirem, talvez não pelo caminho mais fácil, mas pelo caminho que me levou aos objetivos que juntos perseguimos. Não custa lembrar, minha Mãe, do quanto acordávamos cedo, da dificuldade de acesso, da falta de transporte escolar, da ausência de material didático ou, talvez, da pior das dificuldades, a fome. Tudo enfrentado com a determinação de quem sabe ser a educação a mais prazerosa forma de superação de dificuldades. Aqui também toda gratidão é minúscula.

Aos meus irmãos, em especial ao Jarbas, por dividir comigo o sofrimento e as alegrias diárias. É sem dúvida alguém que procuro imitar. Exemplo de determinação e altruísmo. Não fossem as cobranças e conselhos, não teria o mesmo êxito nos meus projetos.

Aos meus mestres, pelo carinho e conhecimentos passados, em especial à Professora Estér, que, com amor inestimável, ensinou-me a copiar as primeiras sílabas; e ao amigo Professor Santos, outra fonte de inspiração, alguém que me fez acreditar na possibilidade de um dia cursar a faculdade. Minhas desculpas por ser um traidor da matemática.

O amigo Ribamar Costa (*in memoriam*), pelos conselhos e pela ajuda em tempos tão difíceis. A Kysia Karyne (*in memoriam*), por sempre nos encorajar na busca dos objetivos. A Ricardo e Everardo, pela generosa ajuda, pelos conselhos e

por sempre acreditarem na minha capacidade, até quando eu duvido. Vocês mudaram minha vida.

Aos meus filhos, Emanuel, Giovana e Samuel, pelo carinho que não pude retribuir. Espero um dia poder educá-los e vê-los sentir a felicidade que sinto agora.

A você, meu amor, Rozivânia, pelo amor que me sempre tem dedicado. Meu esforço, em grande parte, foi no intuito de voltar para ti. Espero em breve poder desfrutar da tua companhia. Te amo!

À minha amiga Verônica, por dedicar seu precioso tempo a me ajudar na revisão desta peça. É sempre um prazer dividir, ainda que eventualmente, o espaço de trabalho contigo.

Aos componentes da Banca Examinadora, Professor Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, meu Orientador; meu amigo e colega de UFC, Prof. Msc. Raphael Raphael Franco Castelo Branco Carvalho; e Prof. Msc. Isaac Rodrigues Cunha, por terem aceito participar da avaliação desta monografia. Perdoem a simplicidade do trabalho e sejam pacientes com este aprendiz.

“[...] O Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. Ambas perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também possam ser usadas em um lugar equivocado.”

Günter Jakobs.

RESUMO

Promulgada há menos de uma década, a Lei 12.964/2012 se dedica ao tratamento jurídico de um dos mais desafiadores problemas brasileiros em matéria de segurança pública, o das organizações criminosas. Referido diploma instituiu, nesse sentido, entre outras questões materiais e processuais, o julgamento colegiado em primeira instância nos crimes praticados por tais organizações. Prevê, à mesma maneira, certa relativização de alguns direitos e garantias processuais previstas na Constituição Federal de 1988 (CF/88), sobretudo no que se refere aos princípios do juiz natural, da publicidade das decisões judiciais, do dever de fundamentação destas, e da identidade física do juiz, o que faz com o objetivo de proteger os magistrados e suas famílias de eventuais ameaças por parte de organizações criminosas. Desse modo, objetivou o presente estudo é analisar a mencionada Lei 12.694/2012 em face da Constituição Federal, com vistas a verificar se tal relativização é justificável para a salvaguarda de autoridades estatais e seus familiares. Em sede de metodologia, classifica-se a pesquisa como bibliográfica e qualitativa, por analisar, à luz da legislação vigente, bem assim da doutrina e da jurisprudência, a constitucionalidade do normativo aqui tratado.

Palavras-chave: Organizações Criminosas. Lei 12.694/2012. Direitos e garantias individuais. Direito Processual Penal do Inimigo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: ABORDAGEM CONCEITUAL	11
2.1 As organizações criminosas	11
2.2 Principais organizações criminosas em atuação no Brasil	16
3 DO NÃO ACOLHIMENTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988	18
3.1 Direito e processo penal do inimigo	18
3.2 Do possível conflito entre as Leis 12.694/2012 e 12.850/2013	24
3.3 Das inovações trazidas pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime)	29
4 DA RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DO ACUSADO.	32
4.1 Do juiz natural	37
4.2 Princípio da identidade física do juiz	40
4.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa	43
4.4 Princípio da publicidade dos atos processuais	50
4.5 Princípio da fundamentação das decisões judiciais	53
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

A Lei 9.034/95 foi o primeiro diploma legal a tratar de criminalidade organizada no Brasil. A norma tratou da utilização de meios operacionais na repressão a ações praticadas por organizações criminosas, mas não trouxe uma definição para o próprio fenômeno. A primeira definição do que seria organização criminosa foi trazida pela Lei 12.694/2012. Esta teve como pano de fundo os primeiros atentados contra autoridades públicas com intuito intimidador, cujos exemplos mais conhecidos foram os casos da Juíza Patrícia Acioli, no Rio de Janeiro, e do Juiz Antônio José Machado Dias, em São Paulo.

A Lei 12.694/2012, além de conceituar organização criminosa, trouxe regras que ocasionaram aprimoramentos na independência dos juízes brasileiros no que se refere ao enfrentamento ao crime organizado, como a possibilidade de julgamentos colegiados, ainda no primeiro grau e para a prática de qualquer ato processual. Com a formação de uma tríade de magistrados para atuarem na prática de qualquer ato processual, buscava-se a divisão da responsabilidade entre seus membros, evitando assim, maior suscetibilidade a críticas, pressões, ameaças ou questionamentos pessoais aos próprios magistrados ou mesmo a seus familiares em razão das decisões envolvendo organizações criminosas.

O aumento, entretanto, da segurança de magistrados e promotores veio na esteira da diminuição ou relativização de direitos e garantias processuais dos acusados, entre as quais, vale destacar, a omissão de eventual voto divergente na elaboração da decisão tomada pelo conselho, a formação de um colegiado *post factum* e a possibilidade de reuniões secretas. Tais medidas reduzem direitos dos acusados, haja vista que limitam o acesso destes às motivações das decisões que lhe dizem respeito. Exemplo disso é a não divulgação de eventual divergência nas decisões do colegiado. Nos tribunais, cada ministro exala seu voto e, ao final, o voto que inaugura a vitória, serve de molde ao acórdão. O réu tem acesso a todos os votos, podendo adotar argumentos presentes neles para eventual estratégia de defesa. Coisa que não acontece no colegiado estabelecido pela Lei 12.694.

Deste modo, o presente trabalho busca questionar se tais relativizações encontram acolhimento na CF/88 ou representam a influência do Direito Processual Penal do Inimigo no ordenamento brasileiro.

Como objetivos específicos, pretende-se: (i) descrever o fenômeno organização criminosa, suas origens, características e requisitos à luz da doutrina especializada; (ii) resgatar os conceitos de direito penal e processual penal do inimigo e sua aplicabilidade ao problema; (iii) tratar do conceito de organização criminosa, sua evolução legal e eventuais conflitos trazidos pela posterior (Lei 12.850/2013); e (iv) questionar a possibilidade de relativização de direitos e garantias individuais e a possível inserção de um direito processual penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente em face Constituição Federal de 1988

A relevância do estudo se justifica pela necessidade de objetividade e clareza na interpretação dos dispositivos legais que regem o processo penal. O fenômeno das organizações criminosas não é recente, embora o reconhecimento de sua existência pelo Estado o seja. Facções como o Comando Vermelho (CV), que teve sua origem e desenvolvimento no presídio da Ilha Grande, atuam desde 1979, assim como o Primeiro Comando da Capital (PCC), mais recente, tem sua origem ainda em 1993, mas sempre teve sua existência negada nos estados em que atua. Só mais recentemente é que se teve o reconhecimento dessas organizações.

Nesse sentido, o presente estudo tem importância tanto para os operadores do Direito como para o público em geral, pois busca dar interpretação constitucional aos dispositivos da Lei 12.694/2012, tendo em vista que a uniformidade da interpretação da legislação pátria trará tratamento adequado aos crimes cometidos por organizações criminosas e sua devida punição. Tais entidades ameaçam a paz e a segurança de representantes do Estado e da sociedade de um modo geral. Investigar as normas jurídicas que regulam o combate a elas é quase tão relevante quanto investigar as organizações em si.

Em sede de metodologia científica, o presente estudo se traduz como pesquisa bibliográfica e documental de natureza qualitativa, lançando mão, a um só tempo, de livros, artigos acadêmicos, periódicos e sites especializados no assunto, além do estudo dos próprios documentos legais aplicáveis, notadamente a Constituição Federal e as leis federais de regência. Buscou-se trazer importantes considerações sobre o tema escolhido, não descuidando da legislação correlata ainda vigente.

2 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: ABORDAGEM CONCEITUAL

2.1 As organizações criminosas

Na sociedade atual, a criminalidade evolui diariamente, aprimorando-se e modernizando as técnicas criminosas. Tal fato tem relação direta com a globalização e com o próprio desenvolvimento social. Silva (2002) afirma que, em regra, surgem de atividades econômicas inicialmente lícitas, como ocorre com o abuso de poder no comércio internacional, com as defraudações de interesse financeiro, com os ilícitos em matéria de tecnologia, os crimes informáticos. Por outro lado, afirma o mesmo autor que, num segundo grupo de delitos, estariam aqueles fatos que são ilícitos *ab initio*, como o tráfico internacional de drogas, a moeda falsa, o tráfico de armas, órgãos humanos, a prostituição, adoção internacional, o transporte ilegal de imigrantes ou a lavagem de capitais, sem esquecer da corrupção, que tem nos funcionários e agentes estatais uma cooperação estreita.

É nesse contexto que despontam as organizações criminosas, as quais, como afirma Marcelo Mendroni (2015), seriam de quatro os tipos básicos: (a) a Organização Criminosa Tradicional ou Clássica, como a máfia, de que são maiores exemplos as italianas, possuindo estruturação hierárquico-piramidal, rituais de iniciação, lei do silêncio e quase sempre se baseia em um etnocentrismo, havendo o controle de território geralmente por uma família determinada, cujos integrantes também obedecem a um código de conduta prévio à sua entrada na organização; (b) a Rede (*Network – Rete Criminale – Netzstruktur*), que tem seu surgimento no final dos anos 80 do século XX e início do século XXI, como organização própria do mundo globalizado, não possuindo hierarquia rígida, tampouco estrutura permanente, nem rituais de iniciação, e que geralmente se organizam em torno de um criminoso central, com oportunidades em locais específicos, com existência efêmera, desaparecendo sem deixar rastros.

E ainda: (c) a Empresarial, construída nos moldes das empresas lícitas, mas que desempenha atividades ilegais, atuando com frequência na lavagem de capitais; e, por último, (d) a Endógena, organização que atua nas instituições públicas, contaminando todas as esferas de poder do Estado, compondo-se, para tanto, também de agentes públicos que praticam crimes em desfavor da Administração Pública.

Nas organizações criminosas, as atividades são divididas conforme as aptidões e especialidades dos diversos membros do grupo. Silva (2002) afirma que as características das organizações criminosas são: (i) acumulação de poder econômico de seus integrantes; (ii) alto poder de corrupção até mesmo sobre os poderes estatais, com o fim de obter privilégios e desta forma facilitar suas ações; (iii) necessidade de "legalizar" o lucro obtido ilicitamente; (iv) alto poder de intimidação com a prevalência da "lei do silêncio" nesse tipo de organização, quando ligada à criminalidade violenta; e (v) estrutura piramidal e empresarial, que mantém hierarquia de alguns de seus integrantes frente a outros.

No mesmo sentido:

Não significa uma mera reunião de pessoas para o cometimento de ilícitos (isso não passa de concurso de pessoas), sim, uma conspiração organizada, planejada, coordenada. Não se pode banalizar o conceito de crime organizado que, com frequência, conta com planejamento 'empresarial', embora isso não seja rigorosamente necessário (GOMES; SILVA, 2015, p. 59).

Por sua vez, Fernandes (2012) considera alguns caracteres fundamentais nas organizações criminosas tais como: associação permanente e estável de diversas pessoas; estrutura empresarial, hierarquizada e piramidal, com poder concentrado nas mãos dos líderes, os quais não mantêm contato diretamente com as bases; poder elevado de corrupção; uso de violência e de intimidação para submeter os membros da organização e para obter a colaboração ou o silêncio de pessoas não participantes do núcleo criminoso; finalidade de lucro; uso de sistemas de lavagem de dinheiro para legalizar as vultuosas somas obtidas com as práticas delituosas; regionalização ou internacionalização bem como o uso de modernas tecnologias.

Já Mingardi (1996) salienta que podem ser quinze as características de uma organização criminosa, a saber: (i) práticas de atividades ilícitas; (ii) atividade clandestina; (iii) hierarquia organizacional; (iv) previsão de lucros; (v) divisão do trabalho; (vi) uso da violência; (vii) simbiose com o Estado; (viii) mercadorias ilícitas; (ix) planejamento empresarial; (x) uso da intimidação; (xi) venda de serviços ilícitos; (xii) relações clientelistas; (xiii) presença da lei do silêncio; (xiv) monopólio da violência; e (xv) controle territorial.

No Brasil, o crime organizado existe e atua em diversos campos, tais como no tráfico ilícito de entorpecentes, no roubo de cargas, no roubo e furto de veículos, nos jogos de azar, na corrupção sistêmica, entre outros.

A revogada Lei nº 9.034/95, apesar de inovar ao definir e regular meios de prova e procedimentos investigatórios referentes a ilícitos praticados por quadrilhas, bandos ou organizações criminosas, não trouxe uma conceituação destas últimas. Nesse sentido, sobreveio a Lei nº 12.694/12, que trata da formação do juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, trazendo em seu art. 2º justamente a seguinte definição legal:

Art. 2º. Considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o 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, *on-line*).

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, também chamada de Convenção, Tratado ou Protocolo de Palermo, foi elaborada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU em 15 de novembro de 2000, entrou em vigor internacionalmente no ano de 2003 e foi ratificada no Brasil por meio do Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004. É, hoje, o mecanismo legal internacional de combate ao crime organizado transnacional, conhecido como Protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças. Buscou a uniformização transnacional de diversos termos. Em seu artigo 2º, tal convenção traz as seguintes definições:

(a) ‘Grupo criminoso organizado’ - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; (b) ‘Infração grave’ - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior; (c) ‘Grupo estruturado’ - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada [...]. (BRASIL, 2004, *on-line*).

Nessa linha, o artigo 3º, *in fine*, da Convenção de Palermo, considera infração de caráter transnacional aquela que:

(a) for cometida em mais de um Estado; (b) for cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado; (c) for cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou (d) for cometida num só

Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado. (BRASIL, 2004, *online*).

Com efeito, “crime organizado”, na visão do *Federal Bureau of Investigations* (FBI), é qualquer grupo que tenha uma estrutura formalizada e cujo objetivo seja a busca de lucros por meio de atividades ilegais. Tais grupos usam da violência, ameaça e da corrupção de funcionários públicos (como a *Cosa Nostra*). Noutra definição, dada pela *Pennsylvania Crime Commission*, as referidas organizações se caracterizam em razão das suas influências impróprias nas instituições do Estado, com grandes ganhos econômicos por meio de práticas fraudulentas ou coercitivas (MINGARDI, 1996).

Não existe apenas um único modelo. Constatou-se, assim, a existência de pelo menos dois tipos distintos dessas organizações, embora com algumas características semelhantes. São elas: as organizações tradicionais e as de cunho empresarial. As organizações criminosas de modelo tradicional são formadas por grupos de pessoas voltadas à prática de atividades ilícitas e clandestinas. Tal grupo, hierarquicamente estruturado, é apto a realizar seu próprio planejamento, dividindo o trabalho e o lucro, obtidos com a venda de mercadorias ou serviços ilícitos. Em suas atividades predominam o uso da violência e da intimidação, geralmente protegidos por setores do Estado. Diferem-se de outros grupos criminosos comuns, pois detêm um sistema de clientela; impõem a lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e controlam determinado território pelo uso da força. Um segundo modelo, menos definido e mais difícil de diferenciar das simples quadrilhas ou de uma empresa lícita, refere-se às organizações criminosas empresariais. Sua característica mais marcante é transpor para o crime métodos empresariais, deixando de utilizar conceitos como honra, lealdade, obrigação, entre outros. É tarefa árdua distingui-las das empresas lícitas (MINGARDI, 1996, p. 81).

Também àquela época, em abril de 2001, é editada em nosso sistema jurídico a Lei nº 10.217 ampliando o objeto da lei anterior e modificando a redação de tal dispositivo para abranger não apenas a quadrilha ou bando, mas também “associações criminosas de qualquer tipo” (atual art. 35 da Lei n. 11.343/06) e “organizações criminosas de qualquer tipo”. Em observação a tal fato, já se percebe que o conceito de organização criminosa, ainda que não possua forma clara, diversifica-se no que tange à consideração escassa de quadrilha ou bando, pois estas já passam a ser denominadas inapropriadamente como “organização criminosa”, haja vista que não são necessariamente as únicas formas de operação criminosa coletiva. Isso ao se considerarem também todas aquelas práticas relacionadas com o tráfico ilícito de entorpecetes, quando exercidas por associação de duas ou mais pessoas (art. 33 em concorrência com art. 35 da Lei n. 11.343/06).

Apesar da falta de clareza que se tem feito perceber no conceito de organização criminosa, esta claramente não se confunde com o crime de associação

criminosa, descrito no art. 288 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 12.850/2013. Se não, veja-se a tipificação de cada um dos delitos em questão, a fim de tornar mais clara essa diferença, respectivamente:

Art. 1 [..]

§ 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, *on-line*).

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes. (BRASIL, 1940, *on-line*).

Como se pode ler, há várias diferenças entre os dois tipos. Na organização criminosa deve haver: (i) forma-se por quatro ou mais integrantes; (ii) a pena aplicada aos crimes praticados deve ser de mais de 4 anos ou tais infrações devem possuir caráter transnacional; (iii) a pena é aumentada até a metade quando há uso de arma de fogo; e (iv) há aumento de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, caso haja participação de criança ou adolescente, concurso de funcionário público, se o produto ou proveito da infração se destina no todo ou em parte ao exterior, se há conexão com outra organização criminosa independente ou se as evidências fáticas denunciarem a transnacionalidade da organização.

Já no delito de associação criminosa, são necessários: (i) associação de 3 (três) ou mais pessoas; (ii) pena máxima inferior a 4 anos; e (iii) aumento de pena até a metade em caso de organização armada ou de haver participante criança ou adolescente. Isso porque na associação criminosa não é necessária toda a complexidade que envolve uma organização criminosa. Não existe necessariamente a divisão de tarefas, hierarquia ou qualquer finalidade. É a reunião de pessoas para o cometimento de delitos.

Com efeito, no ano de 2013, foi editada a Lei nº 12.850/13, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal. O mencionado regramento, em seu art. 1º, §1º, introduziu um novo conceito, conforme já salientado acima, valendo trazer novamente:

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.

Assim, trata-se de 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. Nota-se, pois, que a única diferença entre os dois conceitos concentra-se no número mínimo de pessoas. O art. 2.º da Lei em comento fixa em três ou mais, enquanto o art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.850/2013 estabelece em quatro ou mais.

2.2 Principais organizações criminosas em atuação no Brasil.

Segundo sinalizou o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2018, existem no Brasil pelo menos 37 facções criminosas (MAPA, 2019, *on-line*). O assim chamados Primeiro Comando da Capital (PCC), Família do Norte (FDN) e Comando Vermelho (CV) estão entre as maiores organizações criminosas violentas brasileiras em número de integrantes. A maior e mais organizada facção criminosa do país, o PCC, conforme já assinalado, surgiu ainda em 31 de agosto de 1993, no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Taubaté (Piranhão), no interior de São Paulo.

O PCC tem estrutura piramidal empresarial. Não obstante seja o principal líder da referida facção, Marcos Willians Herbas Camacho, conhecido por “Marcola”, não a governa sozinho. A cúpula é composta por diversas “sintonias”, que desempenham uma função determinada, como um departamento de uma empresa. Cada sintonia possui vários membros com um líder, uma espécie de Diretor de Departamento. Atualmente, o PCC atua em pelo menos 23 (vinte e três) estados, quais sejam Acre, Alagoas, Amazonas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Roraima, São Paulo, Santa Catarina, Sergipe e Tocantins.

Dados do Ministério Público de São Paulo (MP-SP) indicam que o PCC possui mais de 30 mil integrantes espalhados pelo Brasil e faturamento anual estimado em 800 milhões de reais (VILADARGA; LAVIERI, 2018). O filão da organização criminosa é o tráfico de drogas, possuindo contatos com produtores e traficantes na Bolívia, Paraguai e Colômbia, além de compradores em diversos países europeus. A facção

atua também na área de roubo a bancos, de mercadorias e até em bingos. Já possui ramificações além das fronteiras brasileiras, como demonstram as recentes extradições efetuadas pelo Paraguai de integrantes envolvidos em diversos crimes naquele país.

Já o CV é uma facção carioca que nasceu em 1979, no extinto presídio da Ilha Grande, no Estado do Rio de Janeiro. Luiz Fernando da Costa, mais conhecido como Fernandinho Beira-Mar, até hoje preso na Penitenciária Federal de Campo Grande, é apontado como principal líder do Comando Vermelho. Ele, no entanto, nega o rótulo.

Atualmente, o CV-Nacional está presente em pelo menos 7 (sete) estados, além dos grupos estaduais que se denominam também CV, mas que não guardam necessariamente uma hierarquia com a facção do Rio de Janeiro. Não há números precisos sobre o CV, mas estima-se que apenas nas penitenciárias do estado do Ceará haja atualmente algo em torno de 9 (nove) mil integrantes. (CONHEÇA, 2018, *on-line*). Atua principalmente no tráfico de drogas, mas também atua no roubo de mercadorias.

A FDN, por sua vez, é uma facção criminosa que nasceu em 2006, depois que dois traficantes de Manaus cumpriram pena em presídios federais e se uniram para estruturar a organização. Domina o comércio de drogas vindas dos países que fazem fronteira com a Região Norte do Brasil (PRAZERES, 2017, *on-line*). Aproveita das dificuldades de fiscalização da vasta e inóspita fronteira norte para escoar a produção de drogas dos países vizinhos, especialmente da Colômbia, país que tem a cocaína de melhor qualidade.

Apesar de se inspirar no Comando Vermelho, a FDN possui características estruturais parecidas com o PCC, tendo José Roberto Fernandes Barbosa (Zé Roberto da Compensa) como o principal líder da facção (OS DONOS, 2017, *on-line*). Ele está preso na Penitenciária Federal do Paraná.

3 DO NÃO ACOLHIMENTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

3.1 Direito e processo penal do inimigo

As bases do chamado direito penal e processual penal do inimigo foram lançadas pelo jurista alemão Günther Jakobs (2005), professor de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn. Para ele, há um direito penal do cidadão, que tem a função de preservar as normas legitimamente escolhidas por uma dada sociedade, e o direito penal do inimigo, destinado a tutelar as infrações cometidas por indivíduos que estariam à margem dessa mesma sociedade, representando uma ameaça àquele direito penal do cidadão.

No que tange ao processo penal, esse deveria ser, na visão de Jakobs, mais rigoroso para os indivíduos rotulados de inimigos, identificados como criminosos contumazes, do que para os cidadãos, delinquentes eventuais, que não representariam um perigo contra a existência do Estado (VEIGA JÚNIOR, 2010, *online*). No processo penal do inimigo, retira-se do indivíduo o seu caráter de pessoa, desprovido-o de suas garantias fundamentais. Observa-se aí um tratamento desigual entre pessoas, incompatível no Estado Democrático de Direito.

A tese é polêmica, tendo em vista que Jakobs não deixa claro sob quais condições um indivíduo se torna “inimigo” do Estado. O autor, no entanto, enumera características e dá exemplos nesse sentido, como nos casos envolvendo grupos terroristas. Tanto que o direito penal do inimigo foi, inclusive, bastante mencionado por ocasião do endurecimento do processo para concessão de vistos à imigrantes oriundos de países árabes.

Para fundamentar suas posições, Jakobs se orienta por autores contratualistas, entre eles Rousseau e Fichte. Este último, citado por Jakobs, afirma “que quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos” (FICHTE *apud* JAKOBS, 2005, p. 25).

Já Rousseau (2002) afirma que “o tratado social tem a função de conservação dos contratantes”, haja vista que

todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se por seus delitos, rebelde e traidor da pátria; cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua; faz-se preciso que um dos dois pereça, e quando se condena à morte o culpado, se o faz menos na qualidade de cidadão de que inimigo. (Rousseau, 2002, p. 49).

Nesse sentido, afirmam Jakobs e Meliá (2007, p. 25-26):

São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma mesma relação jurídica. Em correspondência com isso, afirma Rousseau que qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência diz assim: ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão. De modo similar, argumenta Fichte: quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos.

Uma das críticas feitas a Jakobs é a de que ele teria feito uma leitura errada, ou no mínimo exagerada dos clássicos contratualistas, especialmente de Rousseau, tendo em vista que, para este, ser tratado como inimigo era algo que acontecia apenas entre estados beligerantes, enquanto que em Jakobs o tratamento de inimigo é bem mais abrangente, inclusive dispensado aos nacionais.

Para o professor alemão, o cidadão comete crimes apenas eventualmente, sem atentar contra a existência do Estado. Já o inimigo não aceita a existência do próprio Estado, preferindo, por reiteradas condutas, atentar contra a sua existência legítima. Ao contrário, entretanto, de Rousseau e Fichte, que afirmam bastar uma conduta criminosa atentatória contra o Estado para caracterizar o “inimigo”, Jakobs é mais restritivo nesse sentido. Os cidadãos cometeriam crimes de forma eventual, uma falha comunicativa. Os inimigos seriam aqueles indivíduos com contumácia delitiva, que atentariam contra a própria configuração normativa emanada do corpo social.

Em Thomas Hobbes, Jakobs vê uma ideia de inimigo não muito diferente da expressa por Rousseau, sendo inimigo da sociedade aquele indivíduo que abandona o contrato social, por meio da rebelião, disposto pela sociedade civil, e regressa ao “estado de natureza”, dominado pela guerra e pela barbárie, na ausência do Estado (CABETTE, 2012, *on-line*). Entretanto, o autor de *Leviatã* não vê qualquer infrator como inimigo, mas apenas aqueles acusados de alta traição. Similiar opinião a de Kant, para quem é legítima a conduta de qualquer indivíduo o qual, por sua força,

possa obrigar a outro a submeter-se a uma Constituição cidadã. O grupo ou indivíduo que não aceite a submissão estatal e se rebele deve ser banido e expulso, sendo tratado como inimigo.

De Hegel e Niklas Luhmann, Jakobs herdou a ideia de funcionalismo e sistema no Direito, segundo a qual cada indivíduo desempenha um papel na sociedade complexa. O equilíbrio desse sistema se faz quando cada indivíduo desempenha o papel esperado pelos demais integrantes da sociedade. Assim, ante a ocorrência de um crime, o bem jurídico tutelado não seria aquele fim imediato buscado pelo delinquente (no caso de um roubo, o bem eventualmente subtraído), mas a própria existência da norma que afirma não ser permitido subtrair coisa alheia mediante violência ou ameaça (NIKITENKO, 2006, p. 130).

Não foram poucos os governos que, com o expresse propósito de combater a criminalidade, apropriando-se de teorias do campo das ciências humanas, perseguiram e mataram adversários políticos. Zaffaroni (2007, p. 61) chamou a isso de manipulação ideológica, quando “o poder instrumentaliza as ideologias na parte em que estas lhe são úteis e as descarta quanto ao resto”. Segundo o mesmo autor, Lenin e Stalin selecionaram conceitos dentro da teoria marxista para formular políticas que melhor atendiam a seus propósitos de perpetuação no poder. Neste sentido, esconderam manuscritos que poderiam levar a uma interpretação diferente a teoria marxista. Nesta época, os crimes com penas mais severas eram aqueles que atentavam contra o sistema político vigente (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 292). Pessoas foram queimadas pela inquisição na idade média porque eram consideradas inimigas da fé. Assim também aconteceu na Itália, quando o fascismo se apropriou da ideologia de exaltação ao Estado de Hegel, mas esqueceu-se de mencionar todo o conteúdo do pensamento liberal do autor.

Ante a tamanha diversidade de exemplos de “inimigos”, muitos outros não citados, calha acreditar que qualquer indivíduo possa se encaixar no conceito, visto sob a ótica de uma ideologia escolhida. De fato, neste conceito cabem muitos setores marginalizados, a depender da sociedade, podendo ser enquadrados desde homossexuais e terroristas até membros de organizações criminosas. Entretanto, o tratamento mais rigoroso se cogita apenas contra indivíduos que atentem contra a configuração normativa do Estado.

Esse viés punitivista parece mais condizente com o Direito Penal do Autor, muito bem desenvolvido pelos adeptos da Escola positivista, da qual Cesare

Lombroso foi o grande expoente. O médico italiano, criador da antropologia criminal, expôs suas observações no livro *O homem Delinquente*, de 1876. Lombroso buscava explicar a delinquência sob o ponto de vista biológico (BOTELHO, 2017, *on-line*). Neste caso, chegava a tomar medições (como o diâmetro da cabeça de um criminoso, por exemplo) a fim de se traçar o perfil do criminoso.

Para Capez, no Direito Penal do Autor,

[...] a reprovação não se estabelece em função da gravidade do crime praticado, mas do caráter do agente, seu estilo de vida, personalidade, antecedentes, conduta social e dos motivos que o levaram à infração penal. Há assim, dentro dessa concepção, uma culpabilidade do caráter, culpabilidade pela conduta de vida ou culpabilidade pela decisão de vida”. (CAPEZ, 2005, p. 90).

Representa um contraponto ao direito penal do fato, segundo o qual o indivíduo é apenado pela exteriorização da sua conduta, ainda que seus antecedentes sejam valorados na dosimetria da pena. Ninguém jamais deve ser punido sem que tenha praticado qualquer conduta que ponha em risco um bem jurídico tutelado pela lei penal, ainda que em seu íntimo tenha cogitado praticar uma conduta típica.

O Direito Penal do Inimigo traduz-se ainda no Direito Penal de Terceira Velocidade. O autor da teoria das velocidades no Direito Penal, afirma existirem três velocidades no Direito Penal: a primeira, representada pelo Direito Penal Clássico, onde há um respeito às garantias processuais do acusado; a segunda, onde há a substituição da prisão por penas alternativas, com relativização e flexibilização das garantias processuais do indivíduo; a terceira velocidade, que representa uma junção das duas velocidades anteriores, ou seja, a pena de prisão é aplicada por excelência, havendo também a supressão e flexibilização de garantias processuais:

A terceira velocidade do Direito Penal, para Sánchez, é a relativização de garantias político-criminais sem, contudo, haver proporcional diminuição do uso da prisão como resposta da intervenção penal [...] Além dessa relativização, há regras distintas de imputação e critérios processuais distintos constituídos, cujo conjunto unido à teoria de Jakobs foi rotulado genericamente de Direito Penal do Inimigo. (SILVA SÁNCHEZ *apud* MORAES, 2006, p. 199).

Como disse o próprio Jakobs (2007, p. 30), o Direito Penal do Inimigo combate “perigos”. Busca, por meio da supressão de garantias, punir um indivíduo não pelo fato objetivamente cometido, mas pela atribuição de características a indivíduos que supostamente representam um risco para a existência do próprio Estado. Ao cidadão é esperado que exteriorize sua vontade, a fim de que a norma seja ratificada. Sobre o inimigo o tratamento incide previamente, combatendo-se uma periculosidade latente.

Entretanto, de forma alguma o direito penal e processual do inimigo é aplicado de forma generalizada. Não basta que o indivíduo seja um delinquente contumaz, mas que a gravidade de seus crimes seja tal que ameace a existência do próprio Estado. Deste modo, não é qualquer tipo de criminoso que deve ser visto como inimigo. Aliás, dificilmente um indivíduo sozinho representaria algum risco à existência do Estado. Daí porque já se pressupõe a quem Jakobs se refere como “inimigos do Estado”. A saber:

E quem são os “inimigos do Estado”? Pois bem, resumidamente, os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais, que, por causarem grande repugnância para sociedade, lesando bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal de forma extremamente grave, devem ser considerados “perigosos”. O inimigo é aquele que “se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel a norma”. Esse indivíduo, por não apresentar segurança cognitiva suficiente de comportamento social dentro da normalidade, tem sua concepção de pessoa afastada, assim, o Estado não deve tratá-lo como pessoa (cidadão), uma vez que de forma contrária, vulneraria o direito à segurança dos demais. (GOMES *apud* PINHEIRO, 2012).

Apesar de não muito clara essa definição de Jakobs, é possível observar três características, ou requisitos, para que alguém seja considerado “inimigo”: (i) condutas criminosas reiteradas; (ii) não submissão a um Estado constitucional; e (iii) práticas que afrontem o próprio Estado, sua própria existência (BRITO, 2016, *on-line*). Tais requisitos representam um marco mínimo, uma garantia que separa “inimigos” de criminosos comuns. Certamente o atentado a qualquer norma represente uma subversão à configuração jurídica de determinada sociedade. Todavia, o indivíduo que rouba celulares, ainda que reiteradamente, para manter seu vício em drogas, dificilmente pretende ou mesmo representa algum risco à existência do Estado.

Já a criminalidade violenta organizada, pelo contrário, sustenta-se mesmo em um ideal antissistema. O PCC, por exemplo, surgiu da união de alguns presos contra o que “Geleirão”, um dos fundadores da facção, afirmava serem injustiças perpetradas por agentes corruptos (COSTA; ADORNO, 2019, *on-line*). Também é possível observar esse ideal anti-Estado e a favor do crime em vários “salves” divulgados pelas lideranças do PCC, que se denomina uma espécie de partido do crime. Para Camila Nunes Dias, “o PCC funciona como uma ampla rede de criminosos, a maioria deles nas prisões, que atua com um braço político e outro econômico. Do lado político, o grupo criou um discurso de união entre os ladrões - o crime fortalece o crime – e de enfrentamento contra o estado opressor” (VEIGA, 2018, *on-line*).

Mais adiante, a autora de *A Guerra: A Ascensão do PCC e o Mundo do Crime no Brasil* complementa: “O grupo funciona como uma agência reguladora do mercado criminal paulista e também oferece auxílio aos seus filiados e familiares”. Observa-se que há, nos espaços em que a facção domina, a substituição da legislação emanada do Estado pela legislação da facção. Aliás, o PCC já tentou, inclusive, lançar candidato em eleições passadas no Estado de São Paulo. Coincidentemente, na Sicília de Giulio Andreotti, o partido Democracia Cristã, que tinha ligações com a máfia italiana, obtinha todos os votos nas eleições durante anos (FELLET, 2018, *on-line*).

Sempre que o PCC se vê contrariado em suas pretensões, a facção paulista apela para a deflagração da violência, expressada de várias formas, dentro e fora dos presídios, de que foram maior exemplo as rebeliões de 2006. Esta é a maneira que o grupo encontra para fazer com que o Estado se dobre aos seus desejos. A violência generalizada, por meio de rebeliões em massa nos presídios, ou fora deles, por meio de atentados a instalações e agentes públicos.

Essa violência generalizada perpetrada pelas facções criminosas possuem um único intuito: subverter a ordem social, que tem no Estado e nas leis sua maior expressão, por meio da disseminação do medo. O modo não é muito diferente do que fazem os terroristas. A diferença é que o terrorismo geralmente está ligado a um desejo de formar um Estado, ou de substituir pela força um determinado grupo. As facções não desejam substituir o governo, mas desejam o exercício de poder de forma absoluta dentro de um determinado território. Poder este que não encontra limites nas leis, mas nas normas internas dessas organizações.

Deste modo, as organizações criminosas violentas, possuiriam os elementos os quais justificariam, segundo Jakobs, a aplicação de um processo penal do inimigo a seus componentes. Entretanto, as organizações criminosas não agem apenas por meio da violência. Uma das características do crime organizado é, por vezes, o seu entranhamento nas estruturas da administração pública. A gravidade dos crimes praticados, desta maneira, por seus agentes é ainda maior, uma vez que atingem toda a coletividade.

Um questionamento possível seria se a teoria de Jakobs poderia também ser aplicada ao crime organizado não violento. Ou seja, as organizações criminosas formadas por agentes públicos possuem os requisitos que Jakobs atribui ao inimigo do Estado? É possível afirmar que a continuidade delitiva é uma característica marcante dessas organizações. Há relatos, como no famoso esquema de desvio de

recursos da Petrobrás, de funcionários que exerceram suas funções durante anos, sempre participando, conjuntamente com membros do *staff* político, de diversos crimes contra a Administração Pública.

Ainda que tais grupos ajam na ilegalidade, neles não se percebe um objetivo de subverter totalmente a ordem jurídica, ou o desejo de substituir-se ao próprio Estado como centro difusor de normas. Aliás, muito pelo contrário, geralmente quem atua dentro do próprio Estado deseja que este se fortaleça, posto que isto significaria ainda maior atribuição de poder e competências a seus representantes. Não é por acaso que esse tipo de organização criminosa se prolifera com maior facilidade onde há um Estado forte e intervencionista.

Determinar quais indivíduos seriam os “inimigos” é uma tarefa complicada, talvez até política. De fato, afastar as garantias processuais de alguém, imputando-lhe a pecha de “perigoso”, a pretexto de estabilização social, é algo que vai contra a própria noção de Estado Democrático de Direito, especialmente quando tal supressão se perpetra às vezes ainda na fase pré-processual.

Descrito o que seria o direito penal e processual do inimigo de Günther Jakobs, e elencados os requisitos para a qualificação de um indivíduo como inimigo, há que se voltar ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente à Lei 12.694/2012. Agora, questiona-se se há no território brasileiro algum grupo que possa, segundo a tese de Jakobs, receber um tratamento penal diferenciado. Caso positivo, quem seria? Uma das razões que motivaram a elaboração da Lei 12.694/2012 foram os assassinatos quase que sucessivos de dois juízes que atuavam no combate ao crime organizado, seja no julgamento, seja na execução penal.

Ora, o Estado é definido por meio de um povo, assentado em um território, sob um governo legítimo. E o governo se manifesta pela ação de seus agentes, em acordo com a lei. Logo, é possível afirmar que uma ação contra a vida de um agente do Estado pode ser interpretada como um atentado à existência desse mesmo Estado. A continuidade delitiva e a insubordinação à ordem constitucional também são existentes no caso de organizações criminosas, logo estas poderiam, em tese, ser enquadradas como inimigos, segundo Jakobs.

3.2 Do possível conflito entre as Leis 12.694/2012 e 12.850/2013

Apesar de as principais facções criminosas existentes hoje no Brasil se terem originado ainda por volta do final dos 1970 e início dos anos 1980, a definição de organização criminosa, conforme já visto, é algo bem mais recente. Houve por parte do Estado uma demora em reconhecer a criminalidade organizada. A problemática só teve maior atenção por ocasião de rebeliões que tiveram origem dentro do sistema penitenciário do estado de São Paulo, em 2006, que logo se propagaram para outras regiões. Alguns estados até hoje evitam falar na existência de facções. Tal omissão não é de fácil compreensão, uma vez que a segurança é, hoje, uma das temáticas que mais chamam a atenção da população.

Conforme já assinalado, o primeiro diploma normativo que tentou cuidar do assunto foi Lei 9.034, de 03 de maio de 1995. Trouxe referida lei em seu conteúdo um rol de técnicas de investigação, quais fossem: I - a ação controlada; II - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais. Não obstante, tal lei já nasceu sob fortes críticas, justamente por não trazer em seu bojo qualquer definição conceitual sobre o fenômeno que pretendia tratar. No mesmo sentido, pode-se mencionar o capítulo segundo, o qual dava ao juiz amplos poderes de investigação, pondo em risco a imparcialidade dos julgamentos e invadindo atribuição constitucional do Ministério Público, o que veio a ser objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN n. 1.570.

Ante a ausência de definição legal, costumava-se atribuir a qualificação de organização criminosa a qualquer infração penal praticada por três ou mais pessoas. Isso porque, apesar de mencionar os termos “Organização Criminosa” e “Associação Criminosa”, a referida norma não trazia qualquer definição terminológica para tais expressões. Parte da doutrina não considerou a Lei inconstitucional, preferindo aplicá-la sistematicamente com outras normas, a exemplo da Convenção de Palermo (Decreto 5.015/2004).

Não bastassem as críticas à falta de definições legais no corpo da Lei 9.034/95, notadamente quanto ao conceito de “organização criminosa”, o referido diploma legal ainda trazia o polêmico instituto da ação controlada, que consistia em postergar a ação policial, em caso de flagrante de crime praticado por agente de organização criminosa, com a finalidade de se obter mais informações e provas sobre a dita organização. Exemplo disto seria a postergação de um flagrante de roubo de veículos, com a finalidade de saber quem são os receptadores.

No que diz respeito à ação controlada, a crítica consistia em saber-se exatamente qual o melhor momento da intervenção policial. Isso porque a lei não deixou, em verdade, expressa a competência de quem deveria determinar a postergação do flagrante, se o Delegado de Polícia durante o inquérito, ou o Juiz de Direito, durante a fase judicial.

Com o fito de aprimorar o combate às organizações criminosas, a Lei 9.034/95 sofreu ainda modificações trazidas pela Lei 10.217/2001, que inseriu os incisos III e IV, prevendo, respectivamente, a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; e a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Com efeito, foi a Convenção das Nações Unidas Sobre Crime Organizado (Convenção de Palermo), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 5.015/2004, que trouxe a primeira definição conceitual do que seria uma Organização Criminosa, a saber, conforme art. 2º, “a”:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material. (BRASIL, 2004, *on-line*).

Apesar de trazer elementos há muito ventilados pela doutrina, como a coordenação e a permanência temporal, a Convenção trazia termos muito vagos, como o de “infrações graves”, além de limitar a finalidade da organização criminosa à obtenção de proveito econômico e material. Havia também alguns questionamentos quanto à aplicabilidade da Norma Internacional, visto que o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo de Agravo Regimental no Recurso Ordinário do Habeas Corpus n. 121835/PE, de 13 de outubro de 2015. Ali, dando-se efetividade ao princípio da reserva legal, entendeu o STF que tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico via decreto não poderiam tratar de matéria Penal, mas somente norma penal no sentido estrito, *i. e.* editada pelo Congresso Nacional.

Neste sentido, vale lembrar o posicionamento do Ministro Relator, Celso de Mello:

[...] cumpre ter presente, sempre, que, em matéria penal, prevalece o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois – não é demasiado enfatizar – a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal. (BRASIL, 2015, p. 2).

Ante a decisão proferida pelo STF, tratou-se logo de definir com mais propriedade o fenômeno organização criminosa, pois a falta de uma definição que partisse de uma lei formal, criada pela expressão democrática representada no Congresso, tornava a aplicação da Lei 9.034/95 quase que ineficaz, tendo em vista que os dispositivos da dita Lei aplicavam-se quase que somente aos crimes de quadrilha ou bando, além daqueles descritos na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Entrementes, a Lei 12.694/2012, que dispõe sobre o processo e julgamento em primeiro grau dos crimes praticados por organizações criminosas, veio a incorporar, em seu art. 2º, alguns elementos da definição trazida pela Convenção de Palermo:

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, *on-line*).

Com efeito, já se pode observar que a Lei 12.694 delimitou de modo mais assertivo a redação dada pela Convenção de Palermo. Isso porque trouxe definições muito mais objetivas e claras, como a divisão de tarefas, além de substituir a vaga expressão de “infrações graves” por “crimes cuja pena seja igual ou superior a 4 anos”. A Lei também alargou o âmbito de vantagens auferidas pela organização criminosa, admitindo proveitos de qualquer natureza, não mais se limitando apenas aos de natureza econômica ou material.

O conceito dado pela Lei 12.694 foi ainda mais aprimorado com o advento de um novo diploma normativo. Desta vez a Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013, que define novamente organização criminosa, trata da investigação criminal e dos meios de obtenção de prova, das infrações penais relacionadas e do procedimento criminal a ser aplicado. Revogava, portanto, a antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei 9.034/95). O novo diploma legal traz então uma nova definição de organização criminosa, conforme seu 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, *on-line*).

Basicamente o novo conceito trazido pela Lei 12.850/2013 traz três inovações, quais sejam (i) a elevação de 3 (três) para 4 (quatro) do número mínimo de componentes de uma organização criminosa, (ii) o alcance da nova Lei às contravenções penais que possam resultar em penas iguais ou superiores a quatro anos, além da (iii) aplicação da nova lei a crimes de caráter transnacional. A nova lei também incorporou vários outros instrumentos de investigação criminal, a saber: colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada. (BRASIL, 2013).

E ainda: acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; infiltração, por policiais, em atividade de investigação; cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. (BRASIL, 2013).

A Lei 12.850 revogou expressamente a Lei 9.034/95, mas não o fez, pelo menos não expressamente, como o que a Lei 12.694/2012 dispunha sobre o conceito de organização criminosa. Isso tem levado muitos doutrinadores, entre eles Rômulo Moreira (2013), a pensar se haveria dois tipos de organização criminosa no Brasil. A Lei 12.694/2012, que permite ao Juiz suscitar a formação de um colegiado composto de três membros de primeiro grau de jurisdição, para a prática de qualquer ato no processo, desde que a convocação seja fundamentada; e a Lei 12.850/2013, que também define organização criminosa, mas exige apenas uma decisão monocrática, não se permitindo a formação do dito colegiado de primeiro grau.

Ambas as Leis tratam da definição do mesmo instituto. Entretanto, a mais antiga, Lei 12.694/2012, trata além de outras coisas, do processo e julgamento dos crimes cometidos por membros de organizações criminosas, enquanto a Lei 12.850/2013, mais recente, cuida dos meios de investigação aplicados a tais crimes. Trata-se, portanto, de conflito de fácil resolução, ainda que as normas tenham caráter diferente, visto que uma é de ordem processual e a outra é de natureza penal. Em um ponto elas se entrelaçam: na definição do que seja organização criminosa.

Conforme escreve Bitencourt (2013, *on-line*):

Seria um verdadeiro paradoxo, gerando, inclusive, contradição hermeneuticamente insustentável, utilizar um conceito de organização criminosa para tipificação e caracterização do referido tipo penal e suas formas equiparadas, e adotar outro conceito ou definição para que o seu processo e julgamento fossem submetidos à órgão colegiado no primeiro grau de jurisdição, nos termos da Lei 12.694/2012.

Trata-se de mero conflito intertemporal de normas, resolvido pelo brocardo *Lex posterior derogat Lex priori*. Ademais, conviver com dois conceitos de organização criminosa no ordenamento jurídico seria algo sobremaneira injusto e inseguro, uma vez que poderíamos ter juízes e tribunais aplicando ambas as definições de maneira discricionária. Logo, não há dúvidas de que a Lei 12.850/2013 alterou a Lei 12.694/2012 no que tange à definição de organização criminosa. As consequências de tal alteração são resolvidas pelos critérios de retroatividade e irretroatividade as normas penais e processuais, respectivamente, o que não é objeto de análise mais detalhada neste trabalho.

Interessa saber, de outra banda, que a definição de organização criminosa adentra validamente pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 12.694/2012 e é alterada posteriormente pela Lei 12.850/2013. Antes disso, havia vários tipos penais que configuravam crimes plurissubjetivos, mas não o crime de organização criminosa. A revogação ou superação do conceito mais antigo, todavia, não impede a aplicação das disposições processuais trazidas pela Lei 12.694/2012, especialmente no que cuida da formação do colegiado de primeiro grau.

3.3 Das inovações trazidas pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime)

O Pacote Anticrime, conforme ficou conhecida a Lei 13.964/2019, representou um conjunto de medidas de cunho bastante abrangente, pois abarca, desde normas de direito penal e processual penal, normas que disciplinam a execução da pena. O Pacote fora fruto da grande indignação popular, ocasionada pelos esquemas de corrupção na Petrobrás e outras empresas estatais. Durante as investigações, sentiu-se a deficiência do sistema legal brasileiro para punir crimes praticados contra o patrimônio público.

Neste processo, destacou-se a figura central do então Juiz Federal Sérgio Moro, titular da 13ª Vara Federal de Curitiba. Formado pela Universidade Federal do Paraná e com estudos realizados nos Estados Unidos, Moro inspirou-se na Operação

Mãos Limpas, responsável pelo desbaratamento de grandes esquemas de corrupção na Itália.

Muitas das medidas decretadas durante a denominada Operação Lava-jato iam de encontro à jurisprudência das Cortes Superiores, recebendo, notadamente, forte oposição de alguns ministros, inclusive do STF. Entretanto, a grande repercussão da Operação nos meios de comunicação em massa sensibilizou os tribunais, haja vista que muitas das decisões proferidas em primeira instância foram referendadas pelos tribunais. Deste modo, a operação logrou sucesso na punição de autoridades públicas e na repatriação de recursos desviados.

É importante, porém, apontar que tais resultados só foram conseguidos após inovações legislativas que trouxeram para o direito brasileiro alguns institutos, a exemplo da colaboração premiada. Durante sua tramitação pelo Congresso Nacional, o Pacote Anticrime sofreu diversas alterações. Ao final, o que se teve foi mais um misto de outro projeto que já tramitava no Congresso, de autoria intelectual do hoje Ministro do STF Alexandre de Moraes. Uma dessas alterações, com maior reflexo sobre o trabalho em tela, foi a instituição da figura do Juiz de Garantias, que sofreu fortes críticas de associações de magistrados, de procuradores e de policiais.

O Juiz de Garantias é figura importante para o desenrolar de um inquérito que respeita os direitos e garantias fundamentais. Tais críticas não se justificam, tendo em vista que continua submetida ao Poder Judiciário a resolução de quaisquer dúvidas quanto à legalidade na condução do inquérito. O instituto pode dificultar em alguma medida o contato do juiz que julgará a causa com os elementos produzidos na fase inquisitória, mas, conforme será mencionado adiante, em nada ofende a garantia do Juiz Natural. Não obstante a instituição da figura do Juiz de Garantias, o Pacote Anticrime incluiu na Lei 12.694/2012 o Art. 1º-A:

Art. 1º-A. Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais poderão instalar, nas comarcas sedes de Circunscrição ou Seção Judiciária, mediante resolução, Varas Criminais Colegiadas com competência para o processo e julgamento:

- I - de crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição;
- II - do crime do art. 288-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e
- III - das infrações penais conexas aos crimes a que se referem os incisos I e II do caput deste artigo.

§ 1º As Varas Criminais Colegiadas terão competência para todos os atos jurisdicionais no decorrer da investigação, da ação penal e da execução da pena, inclusive a transferência do preso para estabelecimento prisional de segurança máxima ou para regime disciplinar diferenciado.

§ 2º Ao receber, segundo as regras normais de distribuição, processos ou procedimentos que tenham por objeto os crimes mencionados no caput deste artigo, o juiz deverá declinar da competência e remeter os autos, em qualquer fase em que se encontrem, à Vara Criminal Colegiada de sua Circunscrição ou Seção Judiciária.

§ 3º Feita a remessa mencionada no § 2º deste artigo, a Vara Criminal Colegiada terá competência para todos os atos processuais posteriores, incluindo os da fase de execução. (BRASIL, 2012, *on-line*).

O dispositivo colacionado não traz inovações. A previsão de criação de Varas Criminais Colegiadas já havia sido efetivada em alguns estados, mediante iniciativa legal dos respectivos tribunais. Uma dessas Leis, inclusive, foi objeto da ADIN 4.414, quando o STF julgou constitucional a criação das varas criminais especializadas. Uma situação inusitada seria o caso de existência de um Juiz de Garantias colegiado, uma vez que, determinada a competência pela distribuição dentro da Vara Criminal Colegiada, nada impediria que o Juiz de Garantias responsável pela fiscalização dos atos inquisitoriais, sentindo-se ameaçado, decretasse a formação de um colegiado para a prática de ato determinado.

4 DA RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DO ACUSADO

Os direitos e garantias fundamentais são relacionados à proteção dos cidadãos contra o arbítrio do Estado. Carl Schmitt (1996, p. 170) os entendia como “os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado”. Acepção que corresponde hodiernamente aos direitos de primeira geração: liberdade, igualdade e fraternidade. Por sua vez, Pontes de Miranda (1947) chama os direitos fundamentais de *supraestatais*, porque procedentes do direito das gentes e anteriores à própria ideia de Estado.

Quando o Estado, sem ser obrigado a editar alguma regra jurídica, ou a reconhecê-la como implícita, porque a ordem jurídica supraestatal não o contém, consagra regras em que se traduz a equação *the man versus the State*, portanto, por sugestão sua, própria ou do seu povo, – o direito é fundamental, porém não supraestatal. Assim, nem todos os direitos que aparecem nas Declarações de Direitos são supraestatais: são fundamentais, ou, apenas, constitucionais (direitos e garantias). Os direitos supraestatais, pelo menos sistematicamente, são concebidos como anteriores ao Estado; os direitos fundamentais, nem sempre: se a Constituição os considera tais, é porque o legislador constituinte costuma traduzir em tempo ('pré-estatal') o que se lhe revela em intensidade (*the man versus State*). (MIRANDA, 1947, p. 243).

Modernamente, além dos direitos de primeira geração, já ditados no parágrafo anterior, seguindo a classificação de Paulo Bonavides, existem os direitos de segunda geração. Englobam os direitos sociais, culturais e econômicos, incluindo os direitos coletivos. Os de terceira geração, que abarcam os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio da humanidade e à comunicação. Haveria ainda os direitos de quarta geração, os quais segundo o autor, envolvem os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo e à bioética (BONAVIDES, 2006, p. 563).

O respeito aos direitos e garantias fundamentais não exime o Estado de limitá-los, para que seja mantido o equilíbrio entre o direito de cada cidadão e o direito de segurança da coletividade. Isso é feito por meio de um sistema de garantias e limitações (NUCCI, 2016, p. 61). Quanto a sua titularidade, a Constituição Federal de 1988 não faz distinção entre brasileiros natos e naturalizados, quanto a direitos e garantias fundamentais, assim dispondo seu art. 5º, *caput*.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]. (BRASIL, 1988, *on-line*).

Obviamente, há vedações, que decorrem da própria soberania estatal, à fruição de alguns direitos, especialmente os políticos, no que tange ao desempenho de funções públicas elencadas no art. 12, § 3º. O rol de direitos e garantias fundamentais presentes não apenas no art. 5º, mas também em toda a CF/88 é apenas exemplificativo. De fato, por força do § 2º do mencionado artigo, os direitos expressos na CF/88 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais que o Brasil venha fazer parte. Os direitos e garantias presentes na Carta, a doutrina convencionou chamar de direitos fundamentais em sentido material, enquanto aqueles não constantes do Texto Magno, de direitos fundamentais em sentido formal. Para Nucci (2016), tal classificação é inócua, tendo em vista que todos devem ser devidamente assegurados em um Estado Democrático de Direito.

Talvez pelo fato de terem sido postos em um mesmo artigo da Constituição, há, por vezes, alguma confusão entre direitos fundamentais e garantias fundamentais, sendo necessário fazer essa distinção. Nesse sentido, afirma Jorge Miranda (1990, p. 37) que:

[...] os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

Percebe-se daí o papel instrumental que as garantias fundamentais possuem em relação aos direitos. Estes são inerentes à própria condição de pessoa. Aquelas representam formas de efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo na sua relação com o Estado. Possuem natureza instrumental e derivada. Deste modo, para a efetiva defesa de um direito, sucede-se o uso de várias garantias. É possível dizer que quanto mais garantias, mais formas de defesa e usufruto tiver um direito, mais valorizado ele é em determinado ordenamento jurídico.

Tomando como exemplo o direito fundamental à liberdade, todo indivíduo tem a garantia de um devido processo legal. Não há processo de direito devido sem que haja um duplo grau de jurisdição, com prazos razoáveis para recorrer ou para se

produzir e contrapor provas. Estes são apenas alguns dos exemplos de garantias fundamentais que protegem o direito à liberdade. Há vários outros. Ainda que seja clara entre os constitucionalistas a distinção entre garantias e direitos, há um ou outro que possui interpretação particular. É o caso de Canotilho (2003, p. 520), que afirma:

[...] rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *caráter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis in idem*).

Entretanto, as garantias não são um fim em si mesmas. Objetivam a tutela de direitos subjetivos, valores, consagrados ou não, na Carta de um Estado, mas respeitados em razão do regime jurídico que uma sociedade os escolheu. A Constituição é a norma máxima regente do Estado. Por sua supremacia, entende-se que qualquer norma legal derivada deve submeter-se a um controle de constitucionalidade. No caso brasileiro, a possibilidade de reforma constitucional enfrenta um processo bastante rígido, ainda que pese o texto original encontrar-se bastante modificado. Não obstante, é assente na doutrina e jurisprudência, assunto já bastante discutido e pacificado, que as cláusulas pétreas presentes no art. 60, § 4, IV da Constituição não podem sequer ser objeto de emenda constitucional, quanto mais de lei ordinária.

Entretanto, vigora também na doutrina a máxima de que nenhum direito é absoluto, ou seja, em casos de conflito de regras ou de colisão princípios constitucionais, um(a) deve prevalecer, naquele caso concreto, sobre o(a) outro(a). Não significa que a norma prevalecente lhe seja superior, mas, sim, que, para aquele caso concreto, optou o julgador por emprestar maior força a determinada norma. É o que defende Luís Roberto Barroso (2009, p. 65):

[...] a grande premissa sobre a qual se alicerça o raciocínio desenvolvido é a de que inexistem hierarquia normativa entre as normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regra. Isso porque, em direito, hierarquia traduz a ideia de que uma norma colhe o seu fundamento de validade em outra, que lhe é superior. [...] Não obstante isso, é inegável o destaque de algumas normas, quer por expressa eleição do constituinte, quer pela lógica do sistema. No direito constitucional positivo brasileiro, foram expressamente prestigiadas as normas que cuidam das matérias integrantes do núcleo imodificável da Constituição, que reúne as chamadas cláusulas pétreas. Consoante o elenco do § 4.º, do art. 60, não podem ser afetadas por emendas que tendam a abolir os valores que abrigam, as normas que cuidam: a) da forma federativa do Estado; b) do voto direto, secreto, universal e periódico; c) da separação dos

Poderes; d) dos direitos e garantias individuais. Estes últimos fazem parte do princípio democrático. Porque assim é, deve-se reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que se constatarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios.

A sociedade atual é dinâmica e muda constantemente. Se o sistema normativo é a expressão maior da configuração de uma sociedade, nada mais natural que este também se adeque para pacificar os novos conflitos. Entende-se que qualquer modificação que traga relativização nas garantias e direitos fundamentais, em matéria processual penal, deva ser feita por meio de lei, obedecendo-se o princípio da legalidade. As mudanças legislativas, com o fito a dar maior efetividade do combate ao crime, especialmente o organizado, que não várias vezes possui ramificações dentro do próprio Estado, tem sofrido fortes críticas, notadamente de juízes e advogados.

Entretanto, devido à complexidade com que essas organizações operam, as técnicas de investigação usuais já não permitem a efetiva elucidação dos ilícitos. É necessária a incorporação de novas tecnologias na fase investigativa e, por que não, processual. Não raramente despontam notícias de vazamento de operações em curso ou, o que é mais grave, de nomes de pessoas que lidam diariamente com a custódia de indivíduos perigosos. De fato e de direito, nos últimos anos, várias leis de cunho restritivo foram editadas pelo Congresso, a exemplo da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), da Lei 10.792/2003 (institui o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD) e o art. 52, da Lei de Execuções Penais – LEP (Lei 7.210/84), que restringe o direito de visita de presos que cometem faltas durante a execução da pena. A reforma de leis, não só as de cunho processual ou penal, não é nenhuma novidade.

Como já bastante mencionado, a Lei 12.694/2012 tende a relativizar, ou flexibilizar, algumas garantias do acusado de participar em organizações criminosas. Dizer que relativizar ou flexibilizar direitos, previstos na Constituição ou não, é inserir o direito processual do inimigo em nosso ordenamento jurídico é o mesmo que afirmar que a inovação legislativa deva sempre ser no sentido de um direito penal mínimo, de um sistema que caminha para a despenalização de condutas. Como se sabe, impunidade não combina com redução da criminalidade. Caminhar-se-ia para um estado de barbárie a que se referiram os autores contratualistas.

O próprio Beccaria ensina que “[a] perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um

suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade" (BECCARIA, 2006, p. 49).

À luz da Constituição Federal, a Lei 12.694/2012 traz uma série de relativizações de garantias, justificáveis ante o poderio e ameaça que as organizações criminosas representam não apenas para magistrados e promotores, mas para agentes públicos de um modo geral que atuam no combate ao crime organizado. Jamais a flexibilização de um direito ou garantia em face de outro deve ser encarada como um acolhimento ao direito processual penal do inimigo.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes (2009, p. 32-33):

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se de princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Em suma, as garantias e direitos individuais podem, sim, ser flexibilizados sempre que encontrem oposição frente a outros princípios e garantias. Ainda assim, desde que o sejam por lei em sentido estrito, evitando-se eventuais julgamentos casuístas em benefícios de réus poderosos.

Vale lembrar ainda que a convocação do colegiado é uma faculdade do juiz titular da causa. Não quer dizer que ele o convoque sempre que um acusado pertencente a organização criminosa seja processado. Depende de decisão motivada, ou seja, depende da ocorrência um fato que levou o magistrado a se sentir ameaçado. Não pode ser mera suposição. Nem mesmo pelo fato de o réu pertencer a tais organizações.

Entre os dispositivos da Lei 12.694/2012, os mais criticados são os que dizem respeito à garantia do juiz natural, à possibilidade de reuniões secretas e a omissão do voto divergente dentro do colegiado. No caso da Lei em tela, a omissão do voto vencedor, apesar de limitar a fundamentação da eventual decisão judicial, é justificável, pois o conhecimento da divergência poderia trazer risco ao magistrado responsável pelo voto. Isso poderia possibilitar que ameaças contaminassem a imparcialidade do magistrado. Um juiz ameaçado pode reagir de diversas formas,

tanto para aplicar o direito com mais rigor ao acusado, quando para sucumbir às suas exigências.

4.1 Do juiz natural

O princípio do juiz natural é um entre muitos no ordenamento que regem a jurisdição. Previsto na Constituição Federal de 1988, nos incisos XXXVII e LIII, do artigo 5º, é de fundamental importância para a garantia de um processo formalmente justo. Historicamente entende-se que o princípio do juiz natural teve origem na Constituição da França de 1814, que trazia a garantia de o processo ser julgado por um juiz natural. Sua evolução histórica está intimamente relacionada à evolução da Justiça Criminal Internacional, onde, por um aspecto objetivo, o referido princípio apresenta a vedação aos juízos ou tribunais de exceção.

Com o advento do princípio do juiz natural, solidificou-se a garantia de julgamento por órgãos imparciais e anteriormente investidos para tal. Diferentemente de um tribunal de exceção, foi criado o Tribunal Penal Internacional (TPI) em 2002, em Roma. Dotado de competência para julgar crimes de genocídio, guerra, crimes de agressão e contra a humanidade. Diferenciando-se exatamente desta forma, enquanto os tribunais de exceção eram criados pós-fato, o Tribunal Penal Internacional foi criado para julgar crimes cometidos após seu estabelecimento.

O art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal, ao vedar tribunais de exceção e determinar que apenas a autoridade competente possa sentenciar, evidencia a ocorrência do princípio do juiz natural no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um pressuposto para garantir a independência e a imparcialidade do órgão julgador. Na verdade, evita que o Magistrado seja “escolhido” para julgar determinado processo ou afastado do julgamento de um feito.

O caráter aderente do juiz no processo, pela completa jurisdicionalização deste, leva a uma nova elaboração da garantia do juiz natural, não mais como um simples atributo deste, mas como um pressuposto de sua própria existência. A escolha do modelo de juiz – de seus requisitos pessoais, de suas modalidades de seleção e recrutamento, de sua posição constitucional, dos critérios de determinação de suas competências e das formas de controle de sua atividade – de fato está ligada ao modelo de juízo previamente escolhido, e, portanto, à fonte de legitimação de modo geral atribuída à jurisdição (FERRAJOLI, 2002):

Esse princípio assegura ao indivíduo a atuação imparcial do Poder Judiciário na apreciação das questões postas em juízo. obsta que, por arbitrariedade ou casuísmo, seja estabelecido tribunal ou juízo excepcional (tribunais instituídos *ad hoc*, ou seja, para o julgamento de um caso específico, *ex post facto*, isto é, criados depois do caso que será julgado), ou que seja conferida competência não prevista constitucionalmente a quaisquer órgãos julgadores.

Complementarmente, deve-se dizer que, substancialmente, a garantia do juiz natural consiste na exigência da imparcialidade e da independência dos magistrados. Conforme Mancuso (2011), para o “efetivo acesso à justiça” há uma série de garantias associadas ao devido processo constitucional, como o contraditório, a ampla defesa, a motivação das decisões judiciais e o juiz natural (CF, art. 5º, incisos XXXVII e LX, e art. 93, inciso IX). O princípio do juiz natural assegura que a demanda será julgada por um juiz imparcial e impede que se institua o tribunal de exceção. Nos fundamentos valorativos da imparcialidade temos o princípio do juiz natural como fundamento.

O princípio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos, tem grande importância na garantia do Estado de Direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional (NERY JUNIOR, 2000, p. 65).

O princípio do juiz natural se divide em três dimensões: (i) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*; (ii) todos têm direito de submeter-se a julgamento – seja ele civil ou penal – por juiz competente e pré-constituído na forma da lei; e (iii) o juiz competente tem de ser imparcial. No mesmo sentido, encontra-se o princípio da isonomia como fundamento da imparcialidade. A imparcialidade é uma imposição do princípio da isonomia.

Ser imparcial significa conduzir a lide sem qualquer inclinação a nenhum dos litigantes, assim como conceder aos mesmos a igualdade de tratamento e condições para exposição e comprovação das alegações, em cumprimento ao princípio isonômico (AMPANELLI, 2006, p. 97-98).

A imparcialidade como norma universal se destaca na norma constitucional a partir do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Partindo-se, então, de tal vetor, encontra-se, efetivamente, a regra da imparcialidade em importantes documentos internacionais ratificados pelo Brasil. Primeiramente a Declaração Universal de Direitos dos Homens, em seu artigo 10º, que assim dispõe:

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. (ONU, 1948, *on-line*).

Com o advento da Constituição Federal, não há dúvidas de que houve uma mudança paradigmática que refletiu em grande monta no processo, exigindo uma nova forma de compreender a imparcialidade. Tendo a imparcialidade como regra, Wambier (2002, p. 201) afirma que:

Além de competente, deve também o juiz ser imparcial, isto é, a pessoa que naquele momento se encontra exercendo a jurisdição naquele juízo deve estar habilitada a receber e apreciar com isenção espírito os argumentos e provas trazidos por cada uma das partes, para, com a mesma isenção, vir a decidir.

O juiz é representante de um dos poderes do Estado, cabendo a ele interpretar a lei. Para os defensores do ativismo judicial, o juiz, ao atuar no processo, não deve restringir-se à aplicação da letra da lei, interpretando-a em um sentido literal, mas, sim interpretando-a com base nos fundamentos constitucionais da justiça social e do amplo acesso à Justiça (FERIANI, 2015). No mesmo sentido, Taruffo (2012, p. 36):

Na busca da verdade pelo Juiz o conceito de imparcialidade não se exaure - ao contrário do que comumente se crê - nas condições que a lei prevê para garantir que o julgador não seja parcial, disciplinando as hipóteses de abstenção e recusa (suspeição e impedimento).

A imparcialidade constitui não só uma condição preliminar para a obtenção da verdade, como também uma parte integrante e penetrante dessa. A imparcialidade é uma condição necessária, não obstante insuficiente da verdade (BRAUN; HOSKINS, 2013). Nesse contexto, entende-se que a atividade do juiz se concentra na decisão, a qual advém de uma determinada convicção, que será formada pelas provas trazidas aos autos, da experiência e pela ideologia de cada Juiz. Por fim, comentam Martins e Rocha (2000) que é indispensável que o operador jurídico se conscientize de seu papel como agente de transformação social, não se baseando apenas em argumentos retórico-legalistas e num excessivo formalismo, mas, sim, na busca da satisfação dos anseios da sociedade e com a concretização dos direitos fundamentais, sustentáculo da fórmula política do Estado democrático de Direito (MARTINS; ROCHA, 2000).

Na Lei 12.694/2012 não há ofensa ao princípio do juiz natural, porque a constituição do colegiado não terá por objetivo afastar o juiz da causa. Ao contrário, dele será a iniciativa. Para Guilherme de Souza Nucci (2016), a referida Lei obedece, sim, ao princípio do Juiz Natural, tendo em vista que a designação do colegiado está prevista em Lei editada anteriormente à ocorrência do fato imputado como crime. Entretanto, o autor faz algumas ressalvas, especialmente no que diz respeito à

colheita de provas, haja vista que os princípios da identidade física do juiz e da publicidade, demandam respectivamente pela presença do colegiado na colheita de provas e pela publicação dos nomes dos componentes do conselho por ocasião da sua instauração (NUCCI, 2016. p. 83).

Neste sentido também já se pronunciou o STF:

Instalação de novas varas por provimento de TRF. Redistribuição de processos. Não configuração de nulidade. [...] Redistribuição de processos, constitucionalmente admitida, visando a melhor prestação da tutela jurisdicional, decorrente da instalação de novas varas em seção judiciária do TRF 3ª Região, não ofende os princípios constitucionais do devido processo legal, do juiz natural e da *perpetuatio jurisdictionis*. (HC 108.749, rel. min. Cármen Lúcia, j. 23-4-2013, 2ª T, DJE de 7-11-2013).

4.2 Princípio da identidade física do juiz

Entende-se por princípio da identidade física do juiz a ideia de que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Tal regra diz respeito à garantia do juiz natural (artigo 5º, incisos LIII e XXXVII, da Constituição Federal). A norma foi incluída pela reforma da legislação processual penal, em 2008, incluindo no art. 399 do Código de Processo Civil de 1973, então vigente, o trecho negrito. A disposição também guarda relação com os subprincípios da oralidade, eficiência, celeridade do processo e concentração dos atos processuais, uma vez que o juiz que presidiu a instrução teve maior intimidade com a prova, estando em melhores condições de decidir. Mais ainda no processo penal, o princípio em tela tem maior relevância. A impressão que passa o depoimento de uma testemunha que presenciou um assalto ou homicídio pode produzir elementos de persuasão capazes de determinar uma mudança nos rumos da causa.

Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Código de Processo Penal Comentado*, preconiza que “há muito se reclamava que, justamente no processo penal, onde mais importante se dava a vinculação entre julgador e prova, houvesse a consagração legal da identidade física do juiz” (NUCCI, 2016). Claro que nem sempre há a possibilidade de que o juiz presidente da instrução esteja sempre presente no ofício, visto que existem vários expedientes que demandam seu afastamento. Seja em razão de férias, seja em razão das licenças, por variados motivos. É por isso que há algum consenso de que o princípio em tela comporta exceções, do contrário o juiz instrutor ficaria preso ao processo até eventual sentença meritória do caso. Aliás, o próprio Código de Processo Civil, art. 132 traz uma possível solução para o caso:

Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

O dispositivo tem sido aplicado por analogia pelas cortes superiores, conforme se observa na decisão destacada.

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. SENTENÇA ANULADA.** SENTENÇA PROFERIDA QUANDO O MAGISTRADO TITULAR AINDA NÃO HAVIA SIDO REDESIGNADO. 1. **Apesar do entendimento de que a doutrina pátria e a jurisprudência desta Corte Superior são firmes em assinalar que o princípio da identidade física do juiz não pode ser interpretado de maneira absoluta, por admitir exceções, no presente caso, quando proferida a sentença, o magistrado que presidiu a audiência de instrução e julgamento, e colheu a prova testemunhal que serviu de amparo para a sentença, não se teria afastado em razão de férias, licenças, convocações, afastamento, remoções ou promoções.** 2. Embargos de declaração rejeitados (STJ. EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 795932/RJ. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. Julgado em 23 de fevereiro de 2016). (destacou-se).

O julgamento proferido por juiz diferente daquele que presidiu a instrução deve ser visto com reservas, evitando-se que a sentença seja proferida por juiz que não teve contato com a prova. A inobservância do princípio da identidade física sem decisão motivada é motivo para nulidade absoluta. Aliás, o juiz substituto deve, sempre que possível, repetir a produção das provas a que não esteve presente.

A Lei 12.694/2012 traz em seu art. 1, § 3º dispõe que “[a] competência do colegiado limita-se ao ato para o qual foi convocado”. Neste caso, supondo que o juiz convoque o colegiado para ouvir determinada testemunha, mas, logo após, o conselho seja dissolvido, como procederia caso necessitasse suscitar a convocação novamente? O conselho por completo se tornaria preventivo? Apenas o juiz titular se tornaria preventivo? E se o juiz titular entrar de férias, o juiz substituto poderia convocar novamente o colegiado para sentenciar? Caso convocado novamente o colegiado pelo substituto, o sorteio poderia recair sobre outros integrantes que não integraram o primeiro colegiado?

Essa indefinição resultante da sucessão de diversos juízes no órgão colegiado tem recebido ásperas críticas da doutrina, entre eles Lopes Júnior (2014, p. 338-339):

A competência deste órgão colegiado está limitada ao ato para qual foi convocado (art. 1º, §3º, da Lei n. 12694/12), o que acaba gerando um grave problema: ao longo de um mesmo processo, poderá haver diferentes colegiados proferindo decisões interlocutórias e, ao final, um outro colegiado decidindo (ou apenas o juiz singular sentenciado). É, ainda, incompatível com

a regra da Identidade Física do Juiz (art. 399, §2º, do CPP). Para além da violação desta regra, deve-se considerar que a promiscuidade jurisdicional criada acarretará grave prejuízo para a qualidade da decisão. Por elementar que o julgamento colegiado é mais qualificado, mas não desta forma, onde diversos “colegiados” podem atuar no mesmo processo e, no final, o julgamento poderá ser feito por outro grupo de juízes ou apenas pelo juiz singular. Essa oscilação na estrutura do órgão jurisdicional sacrifica a qualidade do julgamento final.

Noutra linha, Pacelli (2013, p. 851), ressalta que o dispositivo em nada ofende o a identidade física do juiz:

[...] que a citada legislação não viola o princípio da identidade física do juiz, atualmente acolhido no art. 399, §2º, do CPP. Em primeiro lugar, porque a matéria não tem fundo constitucional. Aliás, até o ano de 2008, época que se editou a lei nº 11.719/08, não se exigia na ordem processual penal brasileira que o juiz sentenciante fosse aquele que presidiria a instrução. Razões pouquíssimos nobres são responsáveis pelo atraso na mudança ocorrida àquele tempo. Como quer que seja, o tema é de conformação legislativa, nada havendo na Constituição que determine o respeito ao aludido princípio. Ao depois, há que se ressaltar que existem exceções legais à regra do art. 399, §2º, CPP. Com efeito, no caso de promoção, de licença ou de qualquer outro afastamento legal e regulamentar do magistrado, nada impedirá que seu substituto profira sentença no processo, sem a obrigação de repetir a prova até então colhida, Assim como a instauração do Colegiado vem instrumentalizada em Lei Federal – e não em norma de organização judiciária! – não há como se pretender a sua invalidade sob a perspectiva da identidade física.

Já se pode observar que o tema é polêmico, tamanha a quantidade de valorosos nomes que se debruçaram sobre seu estudo, ainda assim em constante divergência. Tentando lançar alguma luz sobre o tema, o STF decidiu, por ocasião da ADIN 4.144/AL, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, por declarar inconstitucional a Lei Estadual nº 6.806, que criou vara criminal composta por 5 juízes com competência para o julgamento de crimes cometidos por organizações criminosas.

A Lei 12.694/2012 não cria um tribunal *ad hoc*. Os juízes que comporão o conselho em 1º grau pertencem a uma vara especializada, criada de acordo com as regras de organização judiciária do respectivo estado. Aliás, já julgou o STF, por ocasião do julgamento da ADIN 4.144/2012, no sentido de que os tribunais de justiça estadual podem dispor sobre a criação de varas judiciárias especializadas. A finalidade da Lei 12.694/2012 é dar ao julgador maior segurança para decidir com imparcialidade os crimes cometidos por organizações criminosas. É possível conciliar o combate ao crime organizado e o princípio da identidade física do juiz, sem que maiores transtornos afetem a celeridade do processo.

Como bem exposto pela lei em tela, o juiz natural do processo pode convocar o colegiado para a prática de apenas um ato do processo. Mas nada impede que o conselho seja suscitado para a prática de todos os atos do processo, haja vista que a enumeração do art. 1º é meramente exemplificativa. A dúvida seria se, em caso de formação, o colegiado se tornaria preventivo para a prática dos demais atos do processo. Entre os que compartilham desta ideia está Távora e Alencar (2013, p. 272):

Se a decisão do juiz pela formação do órgão colegiado for ampla, isto é, para todos os atos processuais, sem exceção, a atuação colegiada perdurará até o encerramento das funções jurisdicionais de primeiro grau. Caso seja restrita – por exemplo, para prolatar sentença –, a competência para condução do processo pelo colegiado estará exaurida com a prática deste único ato.

Na mesma linha segue Lima (2014, p. 619):

[...] preferimos entender que, se houver necessidade, é plenamente possível – e até recomendável – a formação do colegiado para acompanhamento de toda persecução em relação a determinado crime praticado por organização criminosa. A uma, porque a instauração do colegiado para a prática de cada ato processual, é claramente incompatível com o princípio da celeridade, o que, evidentemente contraria um dos objetivos da própria Lei nº 12.694/12, qual seja, o de viabilizar uma prestação jurisdicional mais justa e eficaz para os crimes praticados por organizações criminosas. Em segundo lugar, fosse necessária a convocação do colegiado para cada ato processual, ter-se-ia evidente prejuízo à busca da verdade, escopo fundamental do processo penal. Afinal para cada novo juiz que passasse a fazer parte do colegiado, seria necessário a reabertura da instrução, de modo a permitir que este magistrado tomasse conhecimento dos elementos informativos e probatórios constantes dos autos do processo.

Para se ter celeridade processual, a convocação do colegiado deve ser uma exceção. Entretanto, seria ideal que, uma vez formado o conselho, este se tornasse preventivo para os demais atos do processo, sem a necessidade de formação de um outro órgão com uma configuração totalmente diferente da anterior. Se o juiz titular convoca o conselho apenas para a formatação da decisão que encerra o processo, fica prejudicado o princípio da identidade física do juiz, visto que dois dos julgadores não estiveram presentes na instrução.

4.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O direito de defesa, em sua significação mais ampla, está latente em todos os preceitos emanados do Estado.

Como substractum da ordem legal o direito de defesa é o fundamento primário da segurança jurídica na vida social organizada. Nesse sentido é

essencial à defesa plena que não se rebaixe o indiciado à condição inferior de simples material de investigações (MARQUES, 1960, p.301).

Conforme Nucci (2011), a ampla defesa gera inúmeros direitos exclusivos do réu, como é o caso de ajuizamento de revisão criminal – o que é vedado à acusação – bem como a oportunidade de ser verificada a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode desconstituir o advogado escolhido pelo réu, fazendo-o eleger outro ou nomeando-lhe dativo, entre outros. No mesmo sentido, Portanova (2001, p. 125), aduz que “[a] Ampla Defesa não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático”.

A ampla defesa diz respeito à possibilidade de o acusado alegar e provar os fatos constitutivos do seu direito, de maneira a evitar uma futura condenação. Divide-se em duas maneiras: a autodefesa, que se manifesta com o direito de permanecer calado em seu interrogatório, bem como não fazer prova contra si; e a defesa técnica exercida por seu procurador constituído nos autos e regularmente habilitado no órgão competente (Ordem dos Advogados), em respeito à paridade de armas.

Pode-se afirmar que enquanto o contraditório exige a garantia de participação do defensor nos autos, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização dessa participação, sob pena de nulidade, quando prejudicado o acusado (OLIVEIRA, 2015, p. 61).

A ampla Defesa garantia prevista constitucionalmente prega a possibilidade e o direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material. Greco Filho (2012) assegura que são aspectos estruturalmente ligados à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art. 133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável.

O princípio do contraditório teve previsão já na Constituição do Império de 1824 e nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969, chegando à CF de 1988 (artigo 5.º, inciso LV). Notadamente, o artigo 153 da Constituição Federal de 1969 previa o contraditório apenas nos processos criminais, *in verbis*:

Art. 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes [...];16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu. (BRASIL, 1969, *on-line*).

Também encontra respaldo no artigo 8.1 da Convenção americana sobre os direitos humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 27, de 26 de maio de 1992. Segundo Foster (2007), alguns autores consideram o contraditório como um dos princípios mais antigos e está intrínseco na própria concepção de direito. Remetem seu nascimento ao Rei Salomão em seus julgamentos relatados em escritos bíblicos. Na Constituição Federal de 1988, tal princípio, bem como o da ampla defesa é considerado cláusula pétrea, determinação constitucional rígida e permanente, insuscetível de ser objeto de qualquer deliberação e/ou proposta de modificação, ainda que por emenda à Constituição.

No mesmo sentido:

O princípio do contraditório é clara manifestação do Estado Democrático de Direito, e que também é pautado pelo princípio da isonomia, isonomia essa substancial, destaca-se que as partes litigantes, em geral, assistentes e até mesmo o MP, ainda que como custos legis, também tem o direito de se fazer ouvir e se manifestar para influenciar na convicção do julgador (NERY JUNIOR, 2013, p. 221).

Carrazza (2009) comenta que os princípios relacionados à dignidade da pessoa humana não podem ser suprimidos ou restringidos porque atrelados à técnica da cláusula pétrea constitucional. Do ponto de vista existencial, a constitucionalização dos princípios da cidadania e dignidade da pessoa humana é capaz de protegê-los da restrição ou supressão por meio da técnica da cláusula pétrea (art. 60, § 4º da CF/88), por meio da qual se retira da alçada do legislador ordinário, e até mesmo do poder constituinte derivado ou reformador, a possibilidade de tratar da matéria, salvo para ampliá-la.

Assim, toda e qualquer corrente política que venha a ser democraticamente eleita, seja qual for seu programa político, terá sua ação subordinada juridicamente a esses princípios fundamentais, pois o próprio Estado brasileiro está a eles vinculado (Carrazza, 2009, p. 464).

Comenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007) que o princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo.

[...] quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se a oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita (DI PIETRO, 2007, p. 367).

Eugênio Pacelli Oliveira (2008) comenta que o contraditório, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. O princípio do contraditório é um corolário do princípio do devido processo legal, e significa que todo acusado terá o direito de resposta contra a acusação que lhe foi feita, utilizando, para tanto, todos os meios de defesa admitidos em direito.

E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal (OLIVEIRA, 2008, p.28).

A doutrina, segundo Bastos (2010), em geral trata o contraditório e a ampla defesa conjuntamente. Pode-se dizer que o contraditório está contido na ampla defesa, e que esta assegura aquele. Nesse sentido:

O contraditório não é apenas 'dizer' e 'contradizer' sobre matéria controvertida, não é apenas o debate que as partes realizam no processo sobre a relação de direito material, mas principal e exclusivamente, é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É a simétrica paridade de participação no processo, entre as partes (RANGEL, 2011, p.17).

Por sua vez, conforme Lopes (2005), a investigação criminal é uma fase de cognição sumária, ou seja, a atividade instrutória está limitada à obtenção dos elementos indispensáveis para a comprovação do *fumus commissi delicti*, sob pena de retardar indefinidamente a apuração dos fatos e levar à posterior repetição de atos probatórios prematuramente realizados na investigação. Todavia, por ser meramente informativo, o inquérito não possui o atributo do contraditório.

A regra do contraditório, inseparável da administração de uma justiça bem organizada, exige, na sua concretização de garantia inerente ao devido processo penal.

Ao inquérito policial não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF/88), considerando que, nesta fase, ainda não há acusação em sentido técnico-jurídico, nada impedindo, contudo, que sejam

produzidas provas requeridas pelo investigado, a critério da autoridade presidente, bem como que sejam manejados, pelo interessado, todos os meios de impugnação cabíveis contra quaisquer dos atos praticados no curso desse procedimento que venham a caracterizar uma lesão ou ameaça de lesão a direito, como o habeas corpus e o mandado de segurança (CALBRICH, 2007, p. 88).

Veja que não existem lide e partes, logo, não há conflito de interesses no inquérito policial. Machado (2012) enfatiza a constatação empírica de que a investigação policial é tendencialmente acusatória e, em certa medida, restringe a participação da defesa. Decorre daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos estados Unidos. Trata-se de assunto que, com o avanço do Ministério Público para a investigação também passará a ser objeto de maior atenção.

Assim, como forma de garantir a efetiva isonomia entre as partes na persecução penal e o direito de defesa do imputado, a investigação defensiva pode perfeitamente ser admitida tanto nos ordenamentos que adotam a investigação ministerial, quanto nos ordenamentos que adotam a investigação policial (MACHADO, 2012, p. 46).

Para Nardelli (2015), por não possuir os princípios do contraditório e da ampla defesa, inevitavelmente, os elementos do inquérito podem, subjetivamente, influenciar a formação do convencimento, em prejuízo da defesa.

Cria-se e se mantém uma espécie de reserva inquisitorial, em flagrante desrespeito à Constituição da República. O resultado disso pode ser observado na perpetuação da 'opacidade' do inquérito policial, na permanência do in dubio contra reum, disfarçado do menos agressivo in dubio pro societate e da cristalização da desconfiança acerca do papel da defesa no processo penal (PRADO, 2014, p.718).

Segundo o mesmo autor, o cenário que se verifica na prática acaba sendo o do sacrifício de importantes garantias fundamentais do imputado, mormente o do contraditório e ampla defesa, sem falar no prejuízo à paridade de armas (NARDELLI, 2015). E continua:

A investigação defensiva se mostraria interessante mecanismo para prestigiar o direito do acusado a colher seus próprios elementos informativos, que viriam a ser reunidos aos da investigação oficial e estariam igualmente à disposição do juiz (NARDELLI, 2015, p.42).

À mesma maneira, manifesta-se Ferrajoli (2002) no sentido de que, para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária a perfeita igualdade entre as partes. No dizer do autor:

Em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditório seja admitido em todo o estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações (FERRAJOLI, 2002, p.490).

Tanto a ampla defesa como o contraditório devem estar presentes em qualquer forma de acusação, pois o acusado possui o direito de se defender ou de ser defendido pelos meios legais. Complementa Andrade (2007) no sentido de que, se este não possuir advogado, o Estado deverá nomear defensor público para que não se configure violação dos direitos subjetivos daquele a quem se imputa a autoria do crime.

Mais do que acolher as razões das partes, o contraditório preocupa-se com o fato de estas influírem efetivamente no convencimento do juiz [...]. O processo civil cada vez mais se aproxima do processo penal na medida em que se preocupa também com a qualidade da defesa da parte. (Portanova, 2003, p. 161).

Segundo Portanova (2003), o contraditório tem duplo fundamento, afigurando-se tanto em seu sentido lógico, quanto político. O lógico é justamente a natureza bilateral da pretensão que gera a bilateralidade do processo. No político, tem-se, simplesmente, o sentido comum de que ninguém poderá ser julgado sem ser ouvido. Por sua vez, comenta Prado (2014) que o regime jurídico-constitucional do processo penal, erguido em torno da ideia central da presunção de inocência, cobra que se permita à defesa atuar desde o primeiro momento, como exigem os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, estabelecendo o equilíbrio entre a investigação que fornece lastro à acusação e as pesquisas que podem revelar a impropriedade ou temeridade dela.

Conforme José Lebre de Freitas (1996), não se entende mais na atualidade o contraditório como a mera e limitada necessidade de ouvir-se a parte sobre o pedido inicialmente deduzido pelo autor. O contraditório é, no seu verdadeiro e pleno sentido, mais do que isso. É também a prerrogativa de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (fatos, provas, questão de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa. Desse modo, entende-se que somente se considerará atendido o princípio se propiciada às partes a participação real e efetiva na realização dos atos preparatórios da decisão judicial.

Pelo contraditório, uma das partes sempre terá o direito de se manifestar sobre qualquer alegação fática feita pela outra no processo (NUCCI. 2016. p. 80). Assemelha-se neste aspecto muito ao princípio da paridade de armas, segundo o qual as partes devem ter as mesmas oportunidades de se manifestar no processo, pelos meios igualmente disponibilizados para ambas. Portanto, em se tratando de decisão que instaura o colegiado previsto na Lei 12.694/2012, deve o juiz oportunizar a manifestação dos demais atores processuais, tanto o acusado e quanto o Ministério Público, para que possam contraditar as circunstâncias e provas apresentadas pelo juiz, inclusive produzindo provas.

O contraditório é muito ligado à discussão de questões fáticas no processo. Todavia, especialmente, pode estar presente também por ocasião de questionamento que envolva puramente matéria de direito. É o que acontece, por exemplo, em caso de *abolitio criminis*, ocorrendo a extinção da punibilidade, quando a parte contrária deve ser ouvida (NUCCI, 2016, p. 80).

Não nos parece muito condizente com o contraditório a imputação prévia de facção ao indivíduo alvo do processo descrito na Lei 12.694/2012, ainda que possa partir de uma decisão motivada. Tal lei sequer disponibilizou qualquer meio de recurso contra a decisão que instaura o colegiado. Viola, portanto, o direito ao duplo grau de jurisdição, a ampla defesa e o contraditório.

O próprio CPC/15, em seu art. 9º, *caput*, diz que “[n]ão se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” e, em seu art. 10, que “[o] juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Tal garantia se estende não apenas ao direito de defesa do réu, mas também ao Ministério Público ou a quem quer que ocupe a condição de acusador.

Neste sentido o STF possui jurisprudência consolidada, conforme se pode inferir no julgado seguinte:

É possível assegurar, também no âmbito da Lei 8.038/1990, o direito ao órgão acusador de réplica às respostas dos denunciados, especialmente quando suscitadas questões que, se acolhidas, poderão impedir a deflagração da ação penal. Só assim se estará prestigiando o princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CF), que garante aos litigantes, e não apenas à defesa, a efetiva participação na decisão judicial. De outro lado, configura mera irregularidade a apresentação dessa peça pelo Ministério Público após o transcurso dos cinco dias prescritos no art. 5º da Lei 8.038/1990, uma vez que tal prazo é impróprio, de modo que sua inobservância não gera vício

processual. (Inq 3.990, rel. min. Edson Fachin, j. 14-3-2017, 2ª T, DJE de 2-6-2017).

4.4 Princípio da publicidade dos atos processuais

O princípio da publicidade encontra-se na Constituição Federal de 88, arts. 5º, XXXIII, LX e 93, IX:

Art 5º. [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem

Art. 93, IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Trata o presente princípio da mais pura expressão do Estado Democrático de Direito, permitindo ao administrado saber informações que digam respeito à sua própria pessoa ou de interesse geral. Permite ao indivíduo posição de sujeito ativo de direitos, na medida que lhe possibilita a intervenção por meio de vários institutos de participação popular, de que são exemplos a ação popular e o mandado de segurança coletivo.

No âmbito do processo judicial, e especificamente o processo penal, a publicidade ganha ainda maior importância, permitindo ao réu não apenas tomar conhecimento de qualquer ato do processo, mas também assumir postura ativa no andamento deste, apresentando questionamentos e produzindo provas. O princípio da publicidade permite o controle popular dos atos judiciais (NUCCI, 2016, p. 84). A doutrina costuma classificar a publicidade em mediata, quando se toma conhecimento por meio de publicação do ato, e imediata, quando o interessado toma conhecimento e participa do ato ao mesmo tempo. Pode também ser geral e restrita, quando o ato é de conhecimento público ou apenas às partes, respectivamente.

Não obstante, a publicidade, como qualquer princípio, não é absoluta. Ela encontra limites em casos que digam respeito à intimidade ou que guardem algum interesse social. Nestes casos o juiz pode limitar às partes a prática de atos processuais ou até mesmo o acesso ao processo. O direito à informação dita que a

publicidade dos atos públicos, sobretudo os judiciais, é a regra, supressão é a exceção. Em despacho bem assertivo, o Ministro Edson Fachin muito bem observou que a supressão da publicidade não pode adentrar o direito do réu à ampla defesa:

A publicidade dos atos processuais, garantida no art. 5º, LX, da CF, constitui verdadeiro instrumento democrático de controle da função jurisdicional, razão pela qual a sua mitigação, embora autorizada de forma expressa pelo Poder Constituinte Originário, deve receber o tratamento peculiar às restrições a qualquer direito fundamental, como a efetiva demonstração da sua necessidade e a maior brevidade possível da intervenção. O aspecto temporal da norma contida no art. 7º, § 3º, da Lei 12.850/2013 tem que ser interpretado essencialmente com relação ao direito à ampla defesa, não tendo o condão de limitar a publicidade dos termos de declaração do colaborador, ainda mais de forma irrestrita e até o recebimento da denúncia, caso a medida não encontre suporte no binômio necessidade e adequação da restrição da garantia fundamental. Ainda que o art. 5º, II, da Lei 12.850/2013 estabeleça como direito do colaborador ter seu nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados, é imperioso que razões de ordem prática justifiquem o afastamento da publicidade dos atos processuais, caso esta seja a medida necessária à salvaguarda de tais bens jurídicos. No caso, o agravante, que concordou com os termos do acordo de colaboração premiada e não impugnou a coleta dos depoimentos somente em áudio e vídeo, não logra êxito no seu dever de apontar qualquer prejuízo concreto com o levantamento do sigilo nos moldes em que determinado, cingindo-se a argumentar, de forma abstrata, que a medida teria impacto direto na sua segurança e de sua família, sem a necessária individualização de qualquer dano ou perigo de sua ocorrência, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito recursal". (Inq 4.419, rel. min. Edson Fachin, j. 13-6-2017, 2ª T, DJE de 26-6-2017).

Interessante no presente despacho é que nem mesmo a argumentação do delator, ante o perigo sofrido por ele e sua família, foram suficientes para convencer o Ministro da supressão de informações presentes no termo de delação. Olhe lá que se trata de um colaborador do processo, desprovido que é de todas as garantias que um magistrado dispõe.

Com efeito, a edição da Lei 12.694/2012 adicionou mais duas hipóteses de restrição da publicidade dos atos processuais. A possibilidade de que as reuniões do órgão colegiado sejam sigilosas sempre que houver riscos à eficácia da decisão judicial (art. 1º, §4º) e a omissão de eventual voto dissidente na formatação da decisão que deferir quaisquer das medidas previstas no rol taxativo do art. 1º (§6º).

A ideia é que o réu não tome conhecimento de eventuais divergências, representando uma garantia de segurança de que o magistrado não venha a ser retaliado ou ameaçado pelo conteúdo de suas decisões. Para Cavalcante (2012), a restrição da publicidade impede que o réu interponha algum recurso contra a decisão, tendo como base argumento presente no voto dissidente. Trata-se, portanto, de cerceamento do direito de defesa do réu.

É importante salientar que o julgamento colegiado nos tribunais e turmas de segunda instância é externado por meio de uma decisão única, na forma de acórdão. Embora todos os integrantes participem da discussão, o voto do ministro que inaugura a tese vencedora é o responsável pela redação da decisão final. Ainda que a votação seja em meio eletrônico, todos os votos, vencedores e perdedores, são de conhecimento ao menos das partes.

No que diz respeito às reuniões sigilosas, não se veem grandes problemas, uma vez que no processo eletrônico não há reuniões para discussão e votação. Cada julgador, analisando os autos, vota de acordo com sua consciência, ainda que possa mudar seu voto antes da prolação da decisão final. Óbvio é que a motivação é sempre externada, com menção a todos os votos, permitindo a interposição de recursos com base em qualquer argumento, sendo inclusive, possível o manejo de arguição de suspeição, a depender do comportamento do magistrado expresso no seu voto.

Não se vê problema algum a reunião secreta para a tomada de decisões no âmbito da investigação criminal. Nenhum juiz singular se reúne com o advogado do réu para avisar que dia, hora e em que lugar será feita uma ação de busca e apreensão pela polícia. Óbvio que também as reuniões do conselho para deliberar sobre a decretação de prisão e medidas assecuratórias também não devem passar pelo acesso às partes.

Também não é de acesso às partes o processo de elaboração de sentenças no juízo singular. Estas passam por um processo complexo de pesquisa e análise jurisprudencial, desenvolvido não apenas pelo juiz, mas por servidores, no interior das varas. Óbvio que a responsabilidade pelo conteúdo e fundamentação é do juiz, mas analistas e técnicos participam também. E em nenhum momento é franqueado às partes o acesso a este processo de fundamentação. Tal acesso nem caberia, visto que o juiz jamais pode se pronunciar sobre o mérito antes da decisão que encerra o processo na primeira instância.

Entretanto, a Lei 12.694/2012 veda a publicação, mesmo que restrita às partes do processo, de eventual voto divergente. Tal disposição enfraquece o princípio da publicidade das decisões judiciais. Apesar de dita como sentença, a decisão que externa a posição do colegiado é fruto do pensamento e reflexão de todos os três integrantes. É interessante para o acusado saber os caminhos percorridos por cada um dos julgadores até se chegar à decisão é decisiva sobre sua liberdade ou prisão. Assim como se observam advogados se excederem no trato com a demora ou

atuação de magistrados em processos diversos, proferindo até mesmo insultos ao juízo, algumas decisões de magistrados também configuram verdadeiras ofensas à pessoa do acusado, sendo passíveis de serem usados como tese de defesa, as vezes configurando até uma eventual suspeição.

Eis aí o porquê de se defender a inconstitucionalidade da Lei neste ponto.

4.5 Princípio da fundamentação das decisões judiciais

A título de fundamentação das decisões judiciais, o art. 93, inciso IX, da CF, determina, além de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, que deverão ser fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Tal dever de fundamentação é hoje garantia do indivíduo, inserida no contexto das lutas seculares que assinalaram a história do homem e das sociedades, sendo o diafragma que separa o poder discricionário do arbítrio. Em sendo assim, a quantificação das penas – que se insere como atividade na garantia da individualização da pena – não dispensa detida fundamentação, pois o réu possui o direito de saber por que razão fora condenado e de conhecer os fatores que definiram a sanção que lhe foi imposta, qualitativa e quantitativamente (FRAGOSO, 1985).

No mesmo sentido:

Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. (MENDES; STRECK, 2014, p. 1324).

O que se impõe ao juiz, por exigência do art. 93, IX, da CF, é o dever de expor com clareza os motivos que o levaram a condenar ou a absolver o réu. Havendo condenação, aplicará a pena na medida em que entenda necessária para a prevenção e a repressão do crime, expondo os motivos pelos quais chegou ao quantum aplicado definitivamente, o que ocorreu na hipótese”. (HC 102.580, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 22-6-2010, 1ª T, DJE de 20-8-2010).

A fundamentação das decisões judiciais não é apenas um princípio, é além disso um direito das pessoas em face do Estado, partindo do pressuposto de que é por meio dela que o exercício jurisdicional do Estado pode ser averiguado.

A fundamentação é, em síntese, a justificativa pela qual se decidiu desta ou daquela maneira. É, pois, condição de possibilidade de um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito: a legitimidade da decisão. É onde se encontram os dois princípios centrais que conformam uma decisão: a integridade e a coerência, que se materializam a partir da tradição filtrada pela reconstrução linguística da cadeia normativa que envolve a querela sub

judice. A obrigatoriedade da fundamentação é, assim, corolário do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma obrigação do magistrado ou do Tribunal, trata-se de um direito fundamental do cidadão, de onde se pode afirmar que, em determinadas circunstâncias e em certos casos, uma decisão, antes de ser atacada por embargos declaratórios, é nula por violação do inciso IX do art. 93. (MENDES; STRECK, 2014, p. 1325).

Para Didier (2015), uma fundamentação que não for capaz de justificar racionalmente o resultado da decisão que compõe é inútil ou deficiente e, portanto, também corrompe a decisão.

O art. 381 do CPP e incisos devem ser devidamente observados pelo juiz, pois ele “tem que dizer não somente por que razão condena, mas também por que aplica determinada pena, especialmente no que se respeita à quantidade.” (TORNAGHI *apud* CARVALHO; CARVALHO, 2001, p. 33).

Por meio da fundamentação que se torna possível o controle da atividade do magistrado, evitando-se o arbítrio por parte do julgador (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 413). No mesmo sentido, verifica-se:

As expressões motivação e fundamentação propõem idêntico sentido, pois motivar ou fundamentar é fornecer os motivos, os fundamentos, as razões, ou seja, as bases, os alicerces, as linhas que sustentam a decisão. A decisão sempre precede a fundamentação e esta sempre precede ao discurso motivador, muito embora entre o ato de decidir e o ato de motivar exista uma íntima conexão. (BOSCHI, 2001, p. 60).

Agridem a garantia da individualização das penas as sentenças padronizadas, que servem para "resolver" todos os casos, para quantificar todas as penas, independentemente das peculiaridades do fato e das singularidades de seus agentes. O legislador deve cominar aos delitos penas proporcionais, que sejam coerentes com a gravidade do injusto penal. Em razão disto, o legislador não deve impor pena insuficiente, nem muito menos mais gravosa; ela deve simplesmente ser justa/proportional.

No que tange aos processos regidos pela Lei 12.694/2012, ela é incisiva em dizer que o juiz deve fundamentar a decisão que instaura o colegiado, indicando os motivos e as circunstâncias que acarretam o risco à sua integridade física, inclusive comunicando ao órgão correicional. A decisão não pode se basear em informações imprecisas ou em suposições que possam pôr em dúvida a participação do réu em organização criminosa. O critério para a decisão que instaura o colegiado também é muito vago, haja vista que a ameaça é algo subjetivo, independe de um critério objetivo, por exemplo, o tipo fixado pelo Código Penal. Isso pode dar margem a que alguns juízes tomem declarações em redes sociais como ameaça.

Outro questionamento oportuno é que o réu até possa pertencer a uma organização criminosa, mas não praticou o crime no âmbito daquela organização, não ameaçou de forma alguma o juiz, mas a ele é atribuído um processo mais gravoso, sem que qualquer conduta lhe possa ser atribuída. Nesse sentido, Cavalcante (2012, p. 3) afirma:

Quando o juiz afirma que está instaurando o colegiado por que o processo trata de um grupo criminoso perverso, de alta periculosidade, que já fez várias vítimas, ele já teria prejudicado os envolvidos e não seria mais isento para conduzir a causa.

O que se questiona é que essa medida, bastante gravosa para o réu, possa ser tomada de ofício pelo juiz, sem que as partes sejam ouvidas. Outro aspecto bastante questionado é que, pela simples interpretação literal da Lei, o juiz não está obrigado a provar que o réu participe de organização criminosa, mas apenas provar que sofre algum tipo de risco à sua integridade. Desta conclusão podemos prever como é possível que indivíduos não pertencentes a organizações possam ser processados como tais.

Voltando ainda à omissão de eventual voto divergente na formatação de sentença que externa a opinião do colegiado, entende-se que fica também prejudicado o princípio da fundamentação das decisões judiciais, haja vista que embora a sentença carregue o fruto das discussões feitas no colegiado, a elas, às discussões, o réu não terá qualquer tipo de acesso. Receberá em suas mãos um documento de que saberá o teor, mas jamais saberá o processo de conhecimento e discussão que desenvolveu o colegiado para se chegar a tal. E, vale repetir, sua liberdade ou prisão dependerá disso.

5 CONCLUSÃO

A Lei 12.694, de 24 de julho de 2012, conhecida como Lei Patrícia Acioli, dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. A edição da referida Lei veio em um momento de perplexidade social, em que uma categoria importante de agentes de Estado, nunca tão ofendida antes em sua segurança, sentiu-se ameaçada.

O novo diploma trouxe à legislação brasileira, finalmente, um conceito legítimo acerca das organizações criminosas, suprimindo uma lacuna que perdurou por muitos anos. Foi introduzida no ordenamento jurídico com o objetivo de trazer mais segurança à vida dos magistrados bem como dar maior proteção aos familiares dos juízes que julgam casos que envolvam organizações criminosas e que se encontrem ameaçados. Prevê a possibilidade de se formar um colegiado para proferir decisões, de modo que não seja revelado qual deles veio a definir seu desfecho. Objetiva ainda assegurar melhores condições de trabalho aos magistrados, permitindo outros artifícios voltados à segurança e exposição da figura pública.

A Lei flexibiliza as garantias de publicidade das audiências, da fundamentação das decisões judiciais e o princípio da identidade física do juiz. Entretanto, tais flexibilizações não devem ser vistas como a inserção de um direito processual penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição acolhe flexibilizações de direitos quando em confronto com outros, cabendo ao legislador e ao aplicador da lei a qual deles deve atribuir maior valor.

Nesse sentido, o júízo colegiado será instaurado com o juiz natural da causa e outros dois juízes de competência igualmente criminal, atuando em primeira instância, a serem sorteados pela via eletrônica, assegurando assim a imparcialidade na escolha dos magistrados que irão compor a formação, estando em plena conformidade com o princípio do juiz natural.

A lei determina que o juiz só irá se utilizar de formação colegiada se houver indícios de que corre risco de ter sua integridade violada. Entretanto, indícios não devem servir de motivação para a atribuição de tipicidade e materialidade. A instauração do colegiado carece de elementos robustos de prova para caracterizar o acusado como integrante de organização criminosa. Ademais, de tal decisão, deve-se oferecer indivíduo a oportunidade para recorrer, em respeito ao duplo grau de jurisdição.

A omissão a eventual voto dissidente é justificada, ainda que flexibilize a garantia da fundamentação das decisões judiciais e de publicidade. A publicidade da opinião individual de um magistrado poderia pôr em risco a sua segurança e de seus familiares. Eventuais ameaças em decorrência de sua opinião prejudicariam, inclusive, a sua imparcialidade.

Independentemente de quem irá julgar, deverá fazê-lo de maneira imparcial, sem levar em consideração qualquer característica das vítimas ou acusados, mas, sim, pelos fatos que serão apresentados. E, dessa forma, qualquer juiz que seja anteriormente investido poderá julgar os processos posteriores que lhe sejam atribuídos por lei, estando em acordo com o juízo natural, que veda tribunais de exceção criados para o fato. Cria, porém, um colegiado para fatos posteriores à sua instauração, ocorrendo por meio da investidura anterior no cargo ou vara e a respectiva competência jurisdicional,

Ademais, o próprio Órgão Fiscal de constitucionalidade (STF) reconhece que a prática da formação de juízo colegiado em primeira instância, criticada por muitos doutrinários, não é inconstitucional. Nesse sentido, pode-se concluir que a decisão do Supremo Tribunal Federal, em declarar constitucional a formação de um juízo criminal colegiado de 1º grau para os crimes praticados por organizações criminosas, criou um precedente favorável que a Lei nº. 12.694/12 fosse promulgada no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 7. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2009

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Primeiras Reflexões sobre Organização Criminosa, **JusBrasil**, em 12 dez. 2013; Disponível em: <<https://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121936003/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de** Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

BOTELHO, Carlos Felipe Costa. Traços do direito penal do autor no ordenamento jurídico brasileiro, **Âmbito Jurídico**, em 1º fev. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/tracos-do-direito-penal-do-autor-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>>. Acesso em: 24 nov. 2020

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. DECRETO Nº 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. Brasília: Diário Oficial da União, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1941.

_____. LEI Nº 12.694, DE 24 DE JULHO DE 2012. Brasília: Diário Oficial da União, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm>. Acesso em> 23 set. 2020.

_____. LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013. Brasília: Diário Oficial da União, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art26>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. LEI Nº 9.034, DE 3 DE MAIO DE 1995. Brasília: Diário Oficial da União, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9034.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. PODER JUDICIÁRIO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A g .reg. No recurso ordinário em *habeas corpus* n. 121.835/Pernambuco, Rel. Min. Celso de Mello, 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9832750>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRAUN, A.; HOSKINS, K. Policy Subjects and policy actors in schools: Some necessary but insufficient analyses. **Discourse: Studies in the Cultural Politics of Education**. 2013. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01596306.2011.601564>>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRITO, Jean Pierry. Flexibilização de direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro e sua relação com o direito processual penal do inimigo, **Jus**, Artigos, em 1º set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51929/flexibilizacao-de-direitos-e-garantias-individuais-no-processo-penal-brasileiro-e-sua-relacao-com-o-direito-processual-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Direito penal do inimigo e Günther jakobs, **JusBrasil**, em 6 dez. 2012. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937787/direito-penal-do-inimigo-e-Günther-jakobs>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. **Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONHEÇA os perfis das facções que atuam no Ceará, **O Povo** [on-line], Notícias, em 23 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2018/03/conheca-os-perfis-das-faccoes-que-atuam-no-ceara.html>>. Acesso em: 3 nov. 2020.

EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GOMES, Alice Maria de Menezes; SÁ, Catharine Fonseca de. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais, **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 8, junho 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/Lilian.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2020.

FELLET, João. PCC financia igrejas e pode influenciar eleição, diz ex-desembargador, **BBC Brasil**, em 11 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-42643310>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

FERNANDES, A. R.; OLIVEIRA, A. R.; LEBARCKY, F. da V.; PENHA, P. X. da.; MARTINS, S. Avaliação de desempenho organizacional no Terceiro Setor: um estudo sobre a viabilidade de aplicação do Balanced Scorecard. **Anais do XXXIII Encontro da Anpad**, São Paulo, 2009. Disponível em:

<http://www.anpad.org.br/diversos/down_zips/63/2012_ESO2444.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Julio Romero. Política Educacional e Inclusão, **Revista de Educação do Cogeime**, ano 11, n. 021, dez. 2002. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-cogeime/index.php/COGEIME/article/download/581/527>>. Acesso em: 30 out. 2020.

FOSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTR, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral, volume 1: introdução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação**: questões controversas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**. Vol 1. Reason and the rationalization of society. Boston: Beacon Press, 1984.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 2. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

_____. _____. **Manual de Derecho penal del enemigo**. Madrid: Editora Thosomcivitas, 2005.

JESUS, Damasio E. de. **Revista de Direito Militar – AMAJME**, 2002.

LEITE, C.; FERNANDES, P. A avaliação da aprendizagem: da pluralidade de enunciações à dualidade de concepções, **Estudos em Avaliação Educacional**, São Paulo, v. 4, n. 55, p. 304-334, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciEduc/article/view/21018>>. Acesso em: 29 set. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 1. ed., São Paulo : Saraiva, 2014.

MADEIRO, Carlos. STF declara constitucional criação de vara colegiada para julgar organizações criminosas, **UOL Notícias**, em 31 maio 2012. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/05/31/stf-declara-constitucional-criacao-de-vara-colegiada-para-julgar-organizacoes-criminosas.htm>>. Acesso em: 20 set. 2020.

MALAN, Diogo Rudge. Investigação defensiva no processo penal, **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/661>>. Acesso em: 12 out. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**. São Paulo: RT, 2011.

MAPA das facções criminosas no Brasil, **Gazeta do Povo** [*on-line*], Infográficos, Segurança Pública, em 3 jan. 2019, atual. em 9 ago. 2019. Disponível em: <<https://infograficos.gazetadopovo.com.br/seguranca-publica/mapa-das-faccoes-criminosas/>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1.ed., Rio de Janeiro, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, v. I, n. 62, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio: Editora Forense, 1960.

MARTINS, E.; ROCHA, W. **Métodos de custeio comparados**. São Paulo: Atlas, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo, Atlas, 2015

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. Tese (doutorado), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo: USP, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: H. Cahen, 1947. vol. 4.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. I, 4º ed., 1990; vol. II.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A nova Lei de Organização Criminosa, **Debate Virtual**, Direito UNIFACS, n. 160, 2013. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2799/2039>>. Acesso em: 16 out. 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 13. ed., ver., atual., ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NIKITENKO, Viviani Gianine. Funcionalismo-sistêmico penal de Günther Jakobs: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista, **Direito em Debate**, ano XIV nº 25, jan./jun. 2006.

NUCCI, G. D. S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**, 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA. Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OS DONOS do crime, **Isto É** [on-line], ed. 04/12, n. 2456, Brasil, em 6 jan. 2017. Disponível em: <<https://istoe.com.br/os-donos-do-crime/>>. Acesso em: 20 out. 2020.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal**. 10ª Ed. Editora Lumen Juris, 2014.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. *In*: **Hermenêutica Plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. BOUCAULT, Carlos E. A e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 161.

PAÚL, Paulo Ricardo. **Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa**. Blogpost. Rio de Janeiro. Março, 2009.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. CONOLLY, Ricardo. Democracia e juiz sem rosto: Problemas da Lei 12.694/2010, **Libertas: Revista de Pesquisa em Direito**, v. 1, n. 1, 31 dez. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufop.br:8082/pp/index.php/libertas/article/view/251>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

PRAZERES, Leandro. Facção que comanda tráfico no Norte tem conexões com as Farc, diz MPF, **Uol Notícias** [on-line], Contidiano, em 4 jan. 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1847000-faccas-que-comanda-trafico-no-norte-tem-conexoes-com-as-farc-diz-mpf.shtml>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

SODRÉ, M. **A comunicação do grotesco: introdução à cultura de massa brasileira**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 1978.

TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**. Madrid. Marcial Pons, 2012.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. Ed. Salvador-BA: JusPodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VEIGA JUNIOR, Edvaldo dos Santos. O direito penal do inimigo: suas influências no ordenamento jurídico brasileiro e a revelação do verdadeiro inimigo, **Âmbito Jurídico**, 1º ago. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-a-revelacao-do-verdadeiro-inimigo/>>. Acesso em: 24 nov. 2020.

VEIGA, Edson. Organização do PCC segue lógica de empresa, irmandade e igreja, diz dupla que estuda facção há 2 décadas. **BBC Brasil**, em 8 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45095399>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

VILARDAGA, Vicente; LAVIERI, Fernando. A facção que mais cresce no mundo, **Isto É** [on-line], Comportamento, em 3 ago.2018. Disponível em: <<https://istoe.com.br/a-faccas-que-mais-cresce-no-mundo/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Breves comentários à 2.^a fase da reforma do Código de Processo Civil (LGL\1973\5)**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. 7^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007