

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DA INTERPRETAÇÃO  
EXTENSIVA DO §9º DO ART. 2º DA LEI 12.850/13,  
INTRODUZIDO PELA LEI “ANTICRIME”**

**RODRIGO SARAIVA DE FIGUEIREDO**

**Rio de Janeiro  
2020/2º SEMESTRE**

**RODRIGO SARAIVA DE FIGUEIREDO**

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO §9º DO ART. 2º  
DA LEI 12.850/13, INTRODUZIDO PELA LEI “ANTICRIME”**

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito,  
apresentado como pré-requisito à obtenção do título  
de Bacharel em Direito na Universidade Federal do  
Rio de Janeiro, sob a orientação e supervisão do  
professor Francisco Ortigão.

**Rio de Janeiro  
2020/2º SEMESTRE**

### CIP - Catalogação na Publicação

SF475( Saraiva de Figueiredo, Rodrigo  
A (IN)ADMISSIBILIDADE DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA  
DO §9º DO ART. 2º DA LEI 12.850/13, INTRODUZIDO  
PELA LEI "ANTICRIME" / Rodrigo Saraiva de Figueiredo.  
-- Rio de Janeiro, 2020.  
66 f.

Orientador: Francisco Ortigão.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Organizações Criminosas. 2. Lei 13.964/19. 3.  
Execução Penal. I. Ortigão, Francisco, orient. II.  
Título.

**RODRIGO SARAIVA DE FIGUEIREDO**

**A (IN)ADMISSIBILIDADE DA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO §9º  
DO ART. 2º DA LEI 12.850/13, INTRODUZIDO PELA LEI  
“ANTICRIME”**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. FRANCISCO ORTIGÃO.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Francisco Ortigão  
Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

“Também a pausa faz parte do ritmo,  
E toda interrupção da produção, tanto por motivos externos  
quanto íntimos, acaba sendo criativa.”

Stefan Zweig

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, como não poderia ser diferente, agradeço aos meus pais, Eduardo de Figueiredo e Fátima Saraiva. Além do incentivo e apoio em tudo que faço, são responsáveis pela família incrível e amorosa que tenho, junto com meu irmão, Alexandre. Nesse sentido, aproveito para agradecer às minhas avós, tios e tias, primos e primas, pessoas incríveis que são exemplo de cumplicidade e carinho.

Agradeço também às minhas amigadas que me acompanharam por todos esses anos, desde tempos antes de ingressar na Nacional. A vida fica infinitamente mais fácil e mais leve com pessoas verdadeiramente boas que, pela simples companhia, já te dão conforto e alegria.

Não poderia deixar de agradecer a todos aqueles que fizeram parte da minha caminhada pela faculdade, sejam pessoas que conheci nos primeiros períodos e perdi o contato, sejam pessoas que fizeram um ou outro trabalho comigo ao longo do curso ou pessoas que não lembro como conheci, mas que são amigadas que carrego até hoje. Sem elas, não chegaria até aqui e não olharia para trás com satisfação e saudade.

Aproveito para agradecer à Atlética da Nacional, responsável por momentos únicos na minha vida. O Esporte sempre fez parte de mim e durante a faculdade não poderia ser diferente. Sou grato por todas as experiências proporcionadas por ser parte da instituição e estar dentro das quadras e campos, defendendo suas cores.

Cabe também agradecer àqueles com quem dividi conhecimentos práticos ao longo dos últimos cinco anos. Todas as equipes as quais integrei me fizeram crescer profissional e pessoalmente, desde os primeiros escritórios até a atuação junto à Defensoria Pública do Estado.

Por fim, agradeço à Faculdade Nacional de Direito, minha segunda casa ao longo dos últimos cinco anos. Infelizmente, ao longo do meu último período, em razão da pandemia do COVID-19, não foi possível estar dentro dessa instituição que me viu e me fez crescer. No entanto, guardo com enorme carinho e sou grato por tudo que vivi ali dentro, seja pelas pessoas que conheci, pelas festas, das conversas na varanda ou no Cauby ou pelas aulas com incríveis professores. Obrigado, Nacional.

## RESUMO

A inovação legislativa trazida pela Lei 13.964/19, inserindo o § 9º ao art. 2º da Lei 12.850/13, trouxe modificação para o cumprimento de pena daquele apenado condenado pela prática de crimes envolvendo organizações criminosas. O dispositivo, por sua vez, veda a progressão de regime e concessão de demais benefícios para aqueles que apresentarem indícios de manutenção de vínculo com a organização pela qual restaram condenados. Organização criminosa é instituto definido e tipificado pela Lei 12.850/13, mas, realizada interpretação ampla, outros institutos do ordenamento pátrio podem ser considerados organizações criminosas, como a associação criminosa, a milícia privada e a associação para fins de tráfico. A problemática trabalhada no presente texto acadêmico versa sobre a possibilidade da interpretação extensiva do termo organização criminosa e a consequente aplicação analógica da norma inserida pela Lei 13.964/13 quando diante do instituto trazido pela Lei de Drogas, qual seja a associação para fins de tráfico de drogas.

**Palavras-chave:** organizações criminosas; lei anticrime; execução penal; associação para fins de tráfico; interpretação extensiva; aplicação analógica; doutrina; jurisprudência.

## ABSTRACT

The legal innovation brought by law 13.964/19, inserting § 9º in article 2º of law 12.850/13, brought modification to the serving prison sentences those who convicted of joining criminal organizations. The norm, in this turn, prohibited progression regime and others benefits when the prisoner keeps a relation with the criminal organization for which he was convicted. The criminal organization is defined and typified by the law 12.850/13. However, doing an expansive interpretation, other institutes can be qualified by criminal organization, like the criminal association, the privative militia or drug trafficking groups. The mean problem is the questionable possibility of an expansive interpretation of the term “criminal organization” and, if it possible, an analogical application of the new norm, especially when facing prisoners convicted under the drug law.

**Keywords:** organized crimes; against crime law; penal execution; drug trafficking groups; expansive interpretation; analogical application; doctrine; jurisprudence.



## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>10</b> |
| <b>CAPÍTULO I – AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS .....</b>  | <b>12</b> |
| 1.1 Crimes contra a paz pública (Código Penal) .....  | 12        |
| 1.1.1 Associação Criminosa (Art. 288 do CP).....  | 13        |
| 1.1.2 Constituição de Milícia Privada (Art. 288-A do CP).....   | 13        |
| 1.2 Organização Criminosa (Lei 12.850/13) .....   | 14        |
| 1.2.1 Evolução legislativa.....   | 15        |
| 1.2.2 Conceito, características e objetivo.....   | 17        |
| 1.3 Associação Para Fins de Tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) .....  | 19        |
| <b>CAPÍTULO II – A NOVA NORMA E O PACOTE ANTICRIME .....</b>  | <b>21</b> |
| 2.1 O Novo § 9º do Art. 2º da Lei 12.850/13 .....   | 21        |
| 2.1.1 Dispositivo e cabimento.....  | 21        |
| 2.1.2 Hipóteses de cabimento .....  | 24        |
| 2.1.3 Visão crítica: o Pacote Anticrime .....   | 25        |
| 2.1.4 Visão crítica: a norma inserida na LCO e sua discutível constitucionalidade.....  | 26        |
| <b>CAPÍTULO III – APLICABILIDADE DA NOVA NORMA .....</b>  | <b>30</b> |
| 3.1 Argumentos favoráveis à utilização da nova norma de forma ampla.....  | 32        |
| 3.1.1 Aplicação extensiva da Lei 12.850/13 .....  | 32        |
| 3.1.2 Utilização dos mecanismos previstos na Lei 12.850/13 no âmbito de incidência do art. 35 da Lei de Drogas.....   | 33        |
| 3.1.3 Utilização do termo “organização criminosa” na Lei de Drogas (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 – Lei de Drogas) .....  | 39        |
| 3.1.4 Utilização do termo “organização criminosa” pela Jurisprudência que versa sobre as facções criminosas do tráfico e tratam de condenações pelo art. 35 da Lei 11.343/06..... | 43        |
| 3.2 Argumentos contrários à utilização da nova norma de forma extensiva e favoráveis à sua incidência apenas no âmbito da Lei 12.850/13.....                                      | 46        |
| 3.2.1 Vedação ao uso da analogia <i>in malam parten</i> .....   | 46        |
| 3.2.2 Princípio da taxatividade (decorrente do princípio da estrita legalidade).....  | 51        |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>  | <b>53</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>   | <b>63</b> |

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico foi desenvolvido a partir de uma observação cautelosa e reflexiva de uma das alterações promovidas pelo pacote anticrime (Lei 13.964/19), qual seja a alteração promovida no artigo 2º da Lei 12.850/13 – Lei do Crime Organizado - LCO, com a inserção do § 9º, que diz respeito às Organizações Criminosas e à Execução Penal.

De uma forma geral, a norma inserida na Lei 12.850/13 passou a impedir a concessão de praticamente todos os direitos e garantias ao apenado condenado por integrar organização criminosa ou por praticar crime por meio de organização criminosa.<sup>1</sup>

Como se sabe, as organizações criminosas são atualmente disciplinadas pela Lei 12.850/13, havendo sido incrementada pelo pacote anticrime (Lei 13.964/19) e seus anseios punitivistas. No entanto, o termo organização criminosa possui certa amplitude e em nosso próprio ordenamento jurídico existem figuras análogas, como a associação criminosa prevista no art. 288 do CP, as milícias privadas trazidas pela Lei 12.720/12 e inseridas no Código Penal em seu artigo 288-A e, por fim, mas não menos relevante, a figura da Associação Para Fins de Tráfico, conduta tipificada no art. 35 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas).

Nesse sentido, diante da pluralidade de figuras análogas que muitas vezes se confundem e a própria amplitude de alcance da figura da organização criminosa, surge o questionamento acerca da aplicabilidade das normas que disciplinam determinado instituto para com os demais.

Por esse motivo e diante da *novatio legis* já mencionada, o presente trabalho se propõe a discutir a (im)possibilidade da aplicação da norma trazida pelo pacote anticrime e agora prevista na Lei do Crime Organizado aos demais tipos penais análogos ao crime previsto no art. 1º da Lei 12.850, sobretudo ao tipo trazido pela Lei de Drogas (associação para fins de tráfico de drogas).

Para chegar ao debate de forma clara, de início, faz-se necessário analisar o que a doutrina entende acerca das organizações criminosas de modo geral (incluindo seus tipos

---

<sup>11</sup> “§ 9º O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.”

análogos). Para isso, analisarei o local onde cada tipo mencionado está inserido, além de trazer o que se entende por cada um deles, traçando também uma evolução histórico-normativa para entender as circunstâncias e as modificações terminológicas que ocorreram em um passado recente.

Nesse viés, após visualizar os conceitos e suas diferenças e semelhanças, analisar-se-á a nova normativa trazida pelo pacote anticrime, seu contexto, suas críticas, suas principais características, bem como buscar visualizar seus efeitos práticos.

Em seguida, buscar-se-á entender qual seria a margem de aplicação da nova norma, se seria restrita ao conceito de organização criminosa trazido pela Lei 12.850/13 (um conceito *stricto sensu*, digamos) ou se restaria aplicável às demais formas de associação (ampliando o que se diz por organização criminosa na Lei 12.850/13).

Por fim, serão analisadas de forma crítica as consequências práticas caso se adote determinada linha de interpretação e aplicação da norma.

Resumindo, buscaremos analisar o contexto em que a nova norma trazida pelo pacote anticrime está inserida, os institutos versados por ela e os tipos penais envolvidos. Ainda, prospectar sua aplicação e suas possíveis consequências práticas junto ao sistema penal brasileiro, sobretudo na execução penal e no sistema prisional.

## **CAPÍTULO I – AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS**

### **1.1 Crimes contra a paz pública (Código Penal)**

Os crimes contra a paz pública nada mais são do que aqueles crimes em que o bem tutelado no dispositivo é essencialmente a paz pública<sup>2</sup>. O Código Penal Brasileiro traz um pequeno rol dessas práticas em sua parte especial, especificamente no título IX (do artigo 286 ao art. 288-A). No entanto, existem tipos penais que se encaixam nesta tipologia de crime e que estão disciplinados em leis especiais, como é o caso da Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13), que consagra a prática de integrar organização criminosa, e a Lei de Drogas (Lei 11.343/06), trazendo a prática de associação para fins de tráfico de drogas, ambas consideradas crimes contra a paz pública, por mera analogia.

Tendo em vista o objeto do presente trabalho monográfico e o fato deste objeto estar inserido nesse rol de prática de crimes contra a paz pública, faz-se necessário compreender alguns dos demais tipos penais análogos.

A análise dos demais tipos penais análogos e a comparação entre eles é importante justamente para diferenciá-los e evitar qualquer tipo de confusão. Como veremos mais adiante, o próprio judiciário, não raras vezes, comete tal confusão, nomeando um instituto pelo nome do outro, dificultando uma consolidação jurisprudencial e não alcançando a almejada segurança jurídica.

Assim, passemos a análise não de todos os institutos considerados crimes contra a paz pública, haja vista os crimes previstos nos arts. 286 e 287 do CP (incitação ao crime e apologia de crime ou criminoso, respectivamente) não nos interessam na presente análise, mas sim daqueles que integram o mesmo gênero das organizações criminosas, ou seja, a associação criminosa (art. 288 do CP), a constituição de milícia privada (art. 288-A do CP), a organização criminosa em sentido estrito (arts. 1º e 2º da Lei 12.850/13) e, por fim, a associação criminosa para fins de tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06).

---

<sup>2</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Especial (arts. 121 ao 361). 12. Ed. Salvador: JusPodivm. 2020. p. 737 e seguintes.

### 1.1.1 Associação Criminosa (Art. 288 do CP)

A Associação Criminosa está prevista no artigo 288 do Código Penal e somente recebeu tal nome com o advento da Lei 12.850/13. Antes, o *nomen iuris* era quadrilha ou bando.<sup>3</sup>

Seguindo a literalidade da norma, trata-se de uma associação entre 3 ou mais pessoas para o fim específico de cometer crimes (indeterminados). O número mínimo de 3 integrantes também foi uma das modificações trazidas pela Lei 12.850/13, feita justamente para diferenciar a prática aqui tratada daquela trazida nos artigos 1º e 2º da LCO. Antes, para se enquadrar na prática de associação criminosa, era necessária a associação de mais de 3 agentes, ou seja, 4 agentes ou mais. Hoje, com a vigência da LCO, a prática lá tipificada, qual seja a de integrar organização criminosa, prevê a associação de 4 ou mais agentes.

O destaque a ser feito por ora é o caráter genérico da norma trazida no art. 288 do CP, tendo como consequência a sua não utilização diante de casos em que se aplicam normas especiais, seguindo o princípio da especialidade, como nos casos de incidência da Lei de Drogas ou da Lei de Segurança Nacional. Tais normas se diferenciam daquela trazida pelo art. 288 do CP por especificar o crime praticado pela *Societas Sceleris*.

### 1.1.2 Constituição de Milícia Privada (Art. 288-A do CP)

A norma trazida pelo Art. 288-A do CP tipifica a conduta de, *ipsis litteris*, constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal.

O artigo em questão foi inserido no Código Penal Brasileiro através da Lei 12.720/12, oriunda de um projeto de lei datado do ano de 2007, época em que as milícias privadas cresceram de forma exponencial nos centros urbanos, sendo inclusive objeto de uma CPI em 2008, tratando em específico das milícias do estado do Rio de Janeiro, presidida pelo então Deputado Marcelo Freixo.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> CUNHA. Op. Cit. p. 741.

<sup>4</sup> FREIXO, Marcelo. Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do estado do rio de janeiro. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, Sala das Comissões, 14 de novembro de 2008.

A norma não traz, diferentemente das demais tratadas aqui, um número mínimo de integrantes em seu texto. No entanto, trata especificamente das milícias, tanto por definição legal quanto por uma análise teleológica da norma. Nesse sentido, a subsunção deve ser guiada pelo princípio da especialidade levando tais fatores em conta.

Vale destacar ainda a posição do ROGÉRIO GRECO<sup>5</sup> quanto à finalidade da conduta, no sentido de que, por mais que a finalidade trazida na norma seja a de “*praticar qualquer dos crimes previstos neste Código*”, tais condutas devem ser compreendidas como aquelas tipicamente praticadas por milícias, não sendo crimes indeterminados como na Associação criminosa.

## 1.2 Organização Criminosa (Lei 12.850/13)

Entrando de fato em um dos temas focais do presente trabalho monográfico, passemos a uma introdução do que se constitui as ditas organizações criminosas definidas pela Lei 12.850/13, seu histórico legislativo, suas características, objetivos e, mais a frente, as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), alvo primeiro do presente estudo.

Discute-se, antes de qualquer coisa, a origem das Organizações Criminosas. É bem verdade que, a nível mundial, seria bastante arriscado dizer quando as organizações criminosas de fato começaram a ser constituídas – temos exemplos delas desde as primeiras sociedades modernas. No entanto, a nível Brasil, a discussão fica menos complexa, mas ainda assim persistem divergências.<sup>6</sup>

Há quem diga que a origem do crime organizado no Brasil teve início no fenômeno do cangaço, tratado como um movimento organizado, do século XIX, no sertão nordestino, no qual seus integrantes, divididos hierarquicamente e por funções, liderado por Lampião, cometiam os mais diversos crimes, subvertendo a ordem (por mais controversa que essa ordem fosse).<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 13ª. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

<sup>6</sup> MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Caldeira Nunes. A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. São Paulo: Todavia, 2018

<sup>7</sup> ROBERTO GURGEL DE OLIVEIRA FILHO. O Tratamento Jurídico Penal Das Organizações Criminosas No Brasil. Cap. 2.

Eduardo Araújo da Silva, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, entende o jogo do bicho como a primeira infração penal organizada cometida no Brasil<sup>8</sup>. Por mais nobre que tenha sido sua finalidade primeira (imputam sua origem ao Barão de Drumond que, com esse jogo, buscava capital para salvar os animais do zoológico do Rio de Janeiro – por isso “jogo do bicho”), logo tornou-se popular e gerenciada por grupos organizados, com apoio de políticos e policiais corruptos.

Outra corrente entende sua origem contemporânea nos grupos organizados surgidos nos cárceres, durante o período do regime militar<sup>9</sup>. Tais grupos teriam surgido em razão do contato entre presos comuns e presos políticos durante o mencionado período. O conhecimento e as táticas organizacionais dos presos políticos se tornaram a arma principal de um movimento que se fortalecia dentro do cárcere, combatendo as péssimas condições dos presídios e que se expandiu para além destes.

### **1.2.1 Evolução legislativa**

Independentemente da origem das organizações criminosas, fato é que estas somente foram contempladas pelo nosso ordenamento jurídico como tais já na última década do século XX.<sup>10</sup>

O primeiro marco legal que tratou do tema foi a Lei 9.034/95, dispondo sobre a utilização de meios e procedimentos investigatórios para a repressão e prevenção de crimes resultantes de ações de organizações criminosas – naquela lei também chamadas de quadrilhas ou bandos, seguindo o antigo texto legal do art. 288 do CP.

Ocorre que, por mais que tenha tratado das ações praticadas por organizações criminosas, a Lei foi silente em relação à definição de organização criminosa. Assim, tínhamos uma norma que versava sobre as organizações criminosas, mas não se tinha uma definição legal do termo.

---

<sup>8</sup> Ibidem. Cap. 2, Pág. 13.

<sup>9</sup> Ibidem. Cap. 2, Pág. 14

<sup>10</sup> MASSON, Cleber. MARÇAL, Vinícius. Crime Organizado. 4ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2018. Pág. 20.

Defendia-se, diante da ausência de definição legal das organizações criminosas, sendo, portanto, um conceito vago, a perda de eficácia dos meios de prova e procedimentos investigatórios previstos naquela lei no que tange sua aplicabilidade para com os crimes cometidos através das ditas organizações criminosas<sup>11</sup>. Estes meios e procedimentos seriam eficazes apenas em relação aos crimes cometidos através de quadrilha ou bando (antigo art. 288 do CP) ou associação criminosa para fins de tráfico (art. 14 da antiga Lei de Drogas – atual art. 35 da Lei 11.343/06), tipos já existentes naquela época.

Já em 2004, incorporou-se ao ordenamento pátrio a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transacional – Convenção de Palermo, promulgada internamente pelo Decreto 5.015/2004. A convenção trouxe um conceito de grupo criminoso organizado<sup>12</sup>, mas, após calorosas discussões sobre a utilização do conceito trazido no ordenamento pátrio, a 1ª Turma do STF, nos autos HC 96.007, publicado no DJe em 08.02.2013 decidiu que o conceito ali trazido não seria aplicável por ter sido introduzido através de simples decreto, sob pena de violação à garantia fundamental do direito penal trazida no art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88, qual seja: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”.

Seguindo, no ano de 2012 entra em vigor a norma 12.694, trazendo, enfim, um conceito do que seria a organização criminosa<sup>13</sup>, mas não tipificou a conduta dita violadora da paz pública.

Por fim, veio a chamada Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13) que, além de conceituar organização criminosa, tipificou a conduta de integrar, constituir, promover ou financiar aquelas organizações, dentre outras disposições. Destaca-se que a referida lei revogou a Lei 9.034/95 que mencionava o termo organização criminosa, mas não o conceituava ou tipificava a conduta. No entanto, não houve a revogação expressa da norma antecedente (Lei 12.694/12) que havia conceituado o termo, gerando certa controvérsia.

---

<sup>11</sup> GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei n.º 10.217/01? (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, abr. 2002.

<sup>12</sup> GOMES, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Disponível em: [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print) . Acesso em: 01 nov. 2020

<sup>13</sup> “Art. 2º da Lei 12.694 - 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.”



Assim, teríamos então dois conceitos de organização criminosa vigentes? É o que parte da doutrina entende.<sup>14</sup> Essa corrente caminha no sentido de que o conceito trazido no art. 2º da Lei 12.694 se aplica restritamente a essa lei, enquanto o conceito trazido na LCO teria abrangência geral.

Não é assim que se entende majoritariamente. O que prevalece é o entendimento de que o art. 1º da Lei 12.850/13 revogou, ainda que tacitamente, o art. 2º da Lei 12.694/12, havendo, portanto, somente um conceito de organização criminosa vigente em nosso ordenamento pátrio. Nesse sentido, Bittencourt, Luiz Flávio Gomes, Renato Brasileiro, entre outros.<sup>15</sup>

### 1.2.2 Conceito, características e objetivo

Visualizada a evolução legislativa das organizações criminosas, entremos a fundo no atual conceito vigente e na norma na qual o conceito está inserido.

Conforme dispõe o § 1º do art. 1º da Lei 12.850 em sua literalidade, considera-se organização criminosa a associação criminosa constituída por 4 (quatro) ou mais integrantes, de maneira estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que definidas informalmente, com o objetivo de obter vantagem ilícita mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Destaca-se, de início, a alteração quanto ao número de integrantes previstos, lembrando que a norma anterior previa o número de três ao invés de quatro. Tal alteração gerou críticas por, de certa forma, ser considerado um retrocesso, além do fato de caminhar na contramão da tendência legislativa internacional<sup>16</sup>. No entanto, claro é o intuito do legislador de diferenciar a organização criminosa das demais *societas sceleris* nesse aspecto quantitativo, senão vejamos:

Enquanto a LCO prevê, para as organizações criminosas, a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, a associação criminosa prevista no art. 288 do CP prevê o número mínimo de 3 (três) integrantes. Por sua vez, a associação criminosa para fins de tráfico de drogas, nos termos

---

<sup>14</sup> MASSON, Cleber. MARÇAL, Vinicius. Crime Organizado. 4ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2018. Pág. 22.

<sup>15</sup> Ibidem. Pág. 22.

<sup>16</sup> Ibidem. Pág. 43.

do art. 35 da Lei 11.343/06, prevê o número mínimo de 2 (dois) integrantes, ao passo que a prática tipificada no art. 288-A não prevê número mínimo (fato que levanta certa discussão doutrinária, mas que não convém ser aprofundada aqui).

Trata-se, portanto, de clara intenção do legislador de demonstrar que a prática prevista no art. 2º da LCO é, de certa forma, mais complexa e mais grave em relação às demais. Ao determinar um número mínimo de integrantes maior do que as demais práticas, certo é que a estrutura organizacional deve ser mais complexa e, por consequência, por mais complexa e organizada, maior perigo é gerado ao bem tutelado pela norma, qual seja a paz pública, traduzida pela segurança e ordem social.

Além do número de integrantes, outra questão que merece atenção na diferenciação é o fator estrutural. Para ser enquadrada no art. 2º da LCO, a sociedade criminosa precisa ser estruturada e possuir uma divisão de tarefas, ainda que informalmente. Por sua vez, a associação criminosa, prevista no art. 288 do CP, dispensa tal estrutura<sup>17</sup>. Nesse sentido, diante de uma sociedade criminosa constituída de forma estável e permanente, com mais de 4 (quatro) integrantes, mas sem hierarquia e divisão de tarefas, ainda temos a associação prevista no Código Penal.<sup>18</sup>

Nesse sentido, pune-se com mais severidade aquela prática mais estruturada e elaborada. A LCO prevê 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão para a prática prevista em seu art. 2º, enquanto o Código penal dispõe que a pena será de 1 (um) a 3 (três) anos para quem integra associação criminosa, nos termos do art. 288.

Por outro lado, a Lei 12.850/13, além de tipificar e conceituar organização criminosa, traz procedimentos de investigação e meios de obtenção de prova, dentre elas o instituto da colaboração premiada.

O §2º do artigo 1º da referida lei, por sua vez, traz, explicitamente, a aplicação extensiva da lei e de seus procedimentos a outros institutos do direito penal, quais sejam: (i) infrações penais previstas em tratados ou convenções internacionais que tiverem seu início da execução no Brasil e o resultado ocorrido no exterior, ou o contrário; e (ii) as organizações terroristas,

---

<sup>17</sup> CUNHA. Op. Cit. Pág. 747 e 748.

<sup>18</sup> Idem. Pág. 752.

não tipificadas na época da promulgação da lei, mas que passou a ser tipificada e definida na Lei 13.260/16.

No entanto, é sabido que a LCO é aplicada extensivamente não só àquelas práticas previstas no rol trazido acima. É o caso, por exemplo, da utilização das regras procedimentais de colaboração premiada previstas na Lei 12.850/13 quando diante de práticas previstas em leis que falam sobre colaboração e prêmios legais.

Nesse sentido, como já brevemente exposto na introdução desse trabalho monográfico, levanta-se então o questionamento acerca da aplicação das normas trazidas na LCO quando diante de outros modos de *societas sceleris*, ou seja, quando diante de associação criminosa para fins de tráfico, associação criminosa ou milícia privada. Tal discussão será aprofundada nos capítulos a seguir.

### **1.3 Associação Para Fins de Tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06)**

Para finalizar o capítulo introdutório e entrarmos nos capítulos quentes, temos a associação criminosa para fins de tráfico de entorpecentes, prevista no art. 35 da Lei de Drogas (Lei 11.343/06).

Trata-se, juntamente com os demais tipos penais trazidos na lei de Drogas, do grupo de normas que mais encarcera no Brasil. De acordo com o levantamento do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional<sup>19</sup>, um quinto (1/5) dos crimes praticados no Brasil está previsto Lei 11.343/06.

Nos termos da lei, considera-se associação criminosa para fins de tráfico de drogas a associação, de duas ou mais pessoas, para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34, da referida lei.

Estamos diante de um crime contra a paz pública, similar aos demais tipos penais que trazem sociedades criminosas, mas que apresenta peculiaridades que o diferenciam. É o caso, por exemplo, do número de integrantes. Para que seja constituída tal associação, basta que estejam associadas duas pessoas ou mais, número inferior aos demais tipos de *societas sceleris*.

---

<sup>19</sup>DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em 05/10/2020.

Destaca-se também que a norma não menciona a questão da estrutura ordenada ou da divisão de tarefas, como faz a norma que prevê a organização criminosa (art. 2º da Lei 12.850/13). Basta, para que seja constituída a associação prevista na Lei de Drogas, o vínculo estável e permanente de duas ou mais pessoas.<sup>20</sup>

Por fim, há de se atentar ao aspecto finalístico da norma. Ao contrário das demais normas que tipificam as sociedades do crime, o art. 35, por estar inserido em uma lei de caráter especial, dispõe que essa associação seja constituída para a prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 34, chamados de forma geral de tráfico de drogas.<sup>21</sup>

Aqui, importante diferenciação se faz. A associação criminosa prevista no art. 288 do CP prevê que devem se associar para prática de crimes, mas não especifica quais ou suas penas.<sup>22</sup> Por sua vez, a LCO dispõe que é constituída a organização se para prática de infrações penais (englobando inclusive contravenções) cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos.

Assim, percebe-se que cada norma tem características de acordo com sua própria razão de ser. A norma do CP apresenta caráter genérico, enquanto a LCO foca nos crimes de maior gravidade (medida pelas penas cominadas) e complexidade organizacional. Por sua vez, a Lei de Drogas é específica, tratando somente de um nicho de crimes.

Um último importante destaque acerca da Lei 11.343/06 é a previsão trazida no art. 33, § 4º - o tráfico privilegiado. A norma em questão prevê uma causa específica de diminuição de pena para o crime de tráfico de drogas (art. 33 caput e § 1º), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Nota-se que o artigo utiliza do termo “organização criminosa”, ao invés de associação, como o art. 35 da mesma lei o faz. Questionou-se, diante da divergência terminológica, a possibilidade do agente ser beneficiado pela causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 se estivesse associado para o fins de tráfico, uma vez que organização criminosa e associação

---

<sup>20</sup> SILVA, César Dario Mariano da. Lei de drogas comentada. 2. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016. Pág. 117.

<sup>21</sup> Ibidem. Pág. 118.

<sup>22</sup> CUNHA. Op. Cit. Pág. 744.

criminosa para fins de tráfico seriam espécies distintas. Ocorre que o entendimento que se sedimentou nos tribunais superiores foi de que a associação criminosa para fins de tráfico é um tipo de organização criminosa.

Como veremos em capítulo específico, tal confusão terminológica é comum nos mais diversos julgados, seja nos tribunais de justiça quanto nas cortes superiores. Nesse sentido, uma vez considerada como uma espécie de organização criminosa, as normas previstas na Lei do Crime Organizado seriam aplicáveis quando o agente restasse condenado pela prática do art. 35 da Lei de Drogas? É o que se pretende discutir aqui.

O Pacote Anticrime (Lei 13.964/19) inseriu, na LCO, uma norma que interfere no cumprimento de pena daqueles que foram condenados por integrar organizações criminosas ou praticar crimes através de organizações criminosas. A seguir, analisaremos a nova norma, o pacote anticrime de forma sucinta e discutiremos a aplicabilidade da norma quando estivermos diante de outras espécies de organizações criminosas, como a prevista no art. 35 da Lei 11.343/06.

## **CAPÍTULO II – A NOVA NORMA E O PACOTE ANTICRIME**

### **2.1 O Novo § 9º do Art. 2º da Lei 12.850/13**

#### **2.1.1 Dispositivo e cabimento**

O Pacote anticrime, promulgado com alterações através da Lei 13.964/19, promoveu uma série de alterações no Direito Penal e Processual Penal, aparentemente buscando um endurecimento da legislação penal brasileira.<sup>23</sup>

Dentre as alterações promovidas pela nova lei, está a inserção do §9º ao artigo 2º da Lei 12.850/13 (LCO) que, como já visto acima, trata das organizações criminosas. O artigo em análise, além de tipificar a conduta de integrar, promover, constituir ou financiar organização criminosa (art. 2º, *caput*), traz, em seus parágrafos, causas especiais de aumento de pena e medidas procedimentais consequentes da condenação pelo tipo previsto no *caput*.

---

<sup>23</sup> LIMA, Renato Brasileiro. Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 Artigo Por Artigo. 1ª ed. Salvador, Editora Juspodivm, 2020. Pág. 19.

Em sua literalidade, o parágrafo inserido pelo pacote anticrime dispõe que o condenado expressamente por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo (§9º do art. 2º da Lei 12.850/13).

Percebe-se, da leitura do dispositivo, a alteração promovida no que diz respeito ao cumprimento de pena daqueles condenados por integrar organizações criminosas ou praticar crimes no âmbito das ditas organizações. Trata-se, justamente como dito antes, de medida que busca o endurecimento da legislação penal, em específico no que tange à execução penal, buscando manter o apenado por mais tempo no cárcere.

No dia a dia da prática forense, percebe-se que o apenado condenado por integrar organização criminosa responde, em regra, também por crimes cometidos através desta, como é o caso das organizações voltadas para o desmonte de automóveis frutos de roubo e venda das peças oriundas destes – respondem por constituir e integrar organização criminosa e pelo delito de receptação (art. 158 do CP). Assim, diante do concurso de crimes e da consequente pena elevada, fixa-se o regime fechado ou semiaberto para o cumprimento de pena. Com o advento da norma, o apenado que cumprir os requisitos exigidos ficará restrito ao regime inicialmente imposto.

No entanto, não basta ter integrado organização criminosa ou praticado crimes no âmbito de organizações para que incida a referida norma. Além disso, é necessário haver indícios, ou melhor, nos termos da norma: “elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo”.

Repara-se que a norma não exige nova condenação ou condenações reiteradas (reincidência específica), mas apenas um *standard* probatório mínimo capaz, em tese, de indicar que o apenado mantém o vínculo associativo com a organização criminosa a que fez parte e levou à sua condenação.<sup>24</sup>

Logicamente, é competente para decidir se existem elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo com a organização criminosa o Juízo da Vara de Execuções Penais,

---

<sup>24</sup> LIMA. Op. Cit. Pág. 513

haja vista o momento em que ocorre a concessão dos ditos benefícios ou a própria progressão de regime. Desse modo, pode-se questionar qual seria a base probatória razoável para a aplicação da vedação versada na norma aqui debatida.

Rogério Sanches, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, em sua recente obra sobre o pacote anticrime, entende que somente seria necessário um *standard* probatório intermediário, devendo haver um grau de probabilidade capaz de fundar suficiente suspeita de que o apenado ainda mantém vínculo com a organização. Compara a carga probatória a ser utilizada nesse caso com a necessária nos demais incidentes executivos da pena.<sup>25</sup>

Por sua vez, Renato Brasileiro compara a análise proposta pela nova norma com aquela realizada para aferição de bom comportamento carcerário, quando requerida progressão de regime, nos termos do art. 112 da LEP.<sup>26</sup>

Assim como boa parte das medidas inseridas pela Lei 13.964/19, trata-se de análise que foge da razoabilidade quando enxergada em conjunto com os demais institutos do direito penal, em especial a execução penal. Basta compararmos com a progressão de regime para os crimes hediondos com resultado morte que, por mais que seja vedada a concessão do Livramento Condicional, é possibilitada se alcançado determinado percentual de cumprimento de pena – 50% quando primário, 70% quando reincidente.

Ora, resta clara a desproporcionalidade da medida proposta pelo § 9º inserido no art. 2º da LCO, uma vez que pune de forma mais rigorosa condutas que, de forma geral, são menos gravosas do que praticar de forma reiterada crimes hediondos com resultado morte.

E não é só. Para que seja vedado o livramento condicional e aplicado o percentual alto previsto para a progressão quando praticado crime hediondo com resultado morte, se faz necessária a condenação final, com o devido exaurimento da cognição. Por outro lado, na situação prevista pelo § 9º aqui analisado bastaria apenas uma análise superficial, com base em um *standard* probatório mínimo. Em outras palavras, pune-se mais com menos provas. Nada mais absurdo e desproporcional.

---

<sup>25</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime - - Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. 1ª Edição, Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. Pág. 372.

<sup>26</sup> LIMA. Op. Cit. Pág. 513 e 514.

Enfim, analisado o dispositivo, passemos a discutir sua aplicação.

### 2.1.2 Hipóteses de cabimento

O dispositivo em questão, como já analisado acima, está inserido na Lei 12.850/13 que possui como temática central as organizações criminosas e os meios investigatórios, obtenção de provas e infrações penais correlatas.

Nesse sentido, resta claro que a §9º será aplicado no âmbito da Lei do Crime Organizado, quando o apenado houver sido condenado pelo delito tipificado no art. 2º da referida lei que criminaliza os atos de promover, integrar, financiar ou constituir organização criminosa.

Por outro lado, a própria lei traz previsão, nos termos do § 2º do artigo 1º, sobre a possibilidade da aplicação extensiva da norma por completo. A primeira hipótese prevista, nos termos da lei, são os casos em que as infrações penais previstas em tratados ou convenções internacionais, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. Em segundo, quando se está diante de organizações terroristas, previstas a partir de 2016 na lei 13.260/16.<sup>27</sup>

Por certo o § 9º inserido no art. 2º da LCO pelo dito Pacote Anticrime se aplica às duas situações acima descritas, justamente pela expressa previsão legal. No entanto, veremos mais adiante que os institutos previstos na referida lei não possuem sua aplicabilidade restrita ao crime previsto no art. 2º ou aos demais casos previstos no art. 1º, § 2º.

Ainda, faz-se necessário retornar à discussão sobre a terminologia das organizações criminosas para decifrar e antever a aplicação da nova norma, haja vista haver, na jurisprudência pátria, um mal uso do termo ou, em outras palavras, um descuido com a tecnicidade.

À primeira vista, parece certo que a aplicação do §9º esteja restrita aos casos em que o preso tenha sido condenado pelos crimes previstos na LCO, por mera análise sistemática do local onde a norma está inserida. No entanto, como veremos mais adiante, existem razões para acreditar que o judiciário brasileiro, com certo histórico recente conservador e punitivista,

---

<sup>27</sup> MASSON, Cleber. MARÇAL, Vinicius. Crime Organizado. 4ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2018. Pág. 47



intérprete de forma diversa e amplie sua aplicação, fazendo-o incidir sobre os demais tipos de *societas sceleris*, como quando os presos tenham sido condenados nos termos do art. 35 da Lei de Drogas – Associação para fins de tráfico.

### 2.1.3 Visão crítica: o Pacote Anticrime

O Pacote Anticrime, promulgado com modificações através da Lei 13.964/19, trouxe inúmeras alterações no direito penal e processual penal. Para compreender a norma, devemos primeiro analisar o cenário social, econômico e político no qual o dito pacote foi proposto pelo ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro.

O pacote de medidas foi proposto pelo ex-Ministro no início do segundo mês de governo do então Presidente da República Jair Messias Bolsonaro e vai na direção do que o que fez alcançar o cargo de Ministro da Justiça. Trata-se de pacote de medidas para buscar combater, principalmente, a corrupção, praticada muitas vezes por organizações criminosas. Ora, trata-se de uma das principais bandeiras que fizeram Jair Bolsonaro ser eleito.<sup>28</sup>

O pacote nada mais faz do que reforçar o senso comum de que se deve punir de forma mais severa e manter no cárcere por mais tempo quem comete crime, como se tais medidas fossem de fato resolver o problema instaurado na segurança pública no Brasil.

Conforme explicação de Renato Brasileiro, em sua obra sobre o Pacote Anticrime<sup>29</sup>, e nos termos do projeto apresentado pelo ex-juiz Federal e Ministro da Justiça Sérgio Moro, - visava-se, ao menos inicialmente, estabelecer medidas que de fato fossem efetivas no combate à corrupção, o crime organizado e os delitos praticados com grave violência a pessoa.

Além disso, Moro afirmou, nas razões do projeto de lei, que a razão de ser do § 9º, inserido no art. 2º da LCO, é fazer com que condenados por integrar organização criminosa ou por cometer crime através de organizações “*se sintam desestimulados a manter vínculo, com as organizações criminosas, visto que estarão impedidos de receber benefícios.*”<sup>30</sup>. Percebe-se que se admite uma falha no sistema prisional e, ao invés de corrigi-la, busca-se apenas remediá-la.

---

<sup>28</sup> DATAFOLHA. Razões De Voto Para Presidente Da República – Instituto Datafolha - outubro de 2018.

<sup>29</sup> LIMA. Op. Cit. Pág. 19.

<sup>30</sup> BRASIL. Projeto de Lei nº 882/2019. Câmara dos Deputados.

Sabe-se que no Brasil (e em outros países) os presos são alocados de acordo com a sociedade criminosa a qual pertencem (facções criminosas dominam os presídios, havendo verdadeira divisão entre as maiores – Comando Vermelho, Terceiro Comando da Capital, PCC, ADA, dentre outras).<sup>31</sup>

Por mais que haja presídios ditos “seguros”, ou seja, locais em que não há domínio de determinada facção, é bem verdade que são minoria e, nesses locais, se admite condutas não toleradas, em regra, nos presídios de facção, como o estupro. Nesse sentido, caso se entenda que estar alocado em um presídio de facção seja um indício de que o apenado mantém vínculo com organização criminosa, deve-se se atentar ao fato de que são nesses presídios que o apenado tem proteção contra os “incidentes” do cárcere. Nessa hipótese, estaríamos diante de uma decisão complicadíssima do preso, entre cumprir sua pena de forma razoavelmente segura no presídio de sua facção ou ser alocado em um local sem proteção.

#### **2.1.4 Visão crítica: a norma inserida na LCO e sua discutível constitucionalidade**

Como já debatido nos tópicos acima, a norma inserida na LCO pelo Pacote Anticrime determina que o cumprimento integral da pena seja realizado no regime fixado inicialmente que, em regra, é o regime fechado ou semiaberto. Além disso, veda também a concessão de demais direitos do apenado durante a execução de sua pena, tais como a visita periódica ao lar (visita à família, prevista no art. 122 da LEP) ou o trabalho extramuros, nos termos do art. 36 e 37 da LEP.

Nesse sentido, percebe-se que existe uma imposição prevista em lei ao julgador no momento da execução da pena. Ora, por mais que o juiz competente pela execução da pena possa analisar o conjunto probatório e entender se há ou não indícios de que o apenado ainda está vinculado à organização criminosa, estando, ele não tem escolha: tem de vedar a progressão de regime e a concessão dos demais direitos da execução penal.

Trata-se de verdadeira violação à individualização da pena, princípio do direito penal brasileiro previsto no art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso XLVI, o qual impõe que a

---

<sup>31</sup> JORNAL O GLOBO. “O poder das facções nos presídios | VIOLÊNCIA ENCARCERADA”. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=w5b-M8lz0b0> . Acesso em 02 de nov. 2020.

pena deve ser estabelecida pelo Estado-Juiz, no momento de sua fixação, sendo observadas as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que restavam presentes à época do processo criminal. Em outras palavras, determina que o legislador não possa impor regra ao julgador que o impeça de individualizar a execução da pena caso a caso.<sup>32</sup>

A pena nesse momento não deve ser compreendida como o *quantum* temporal fixado, mas também todo o arcabouço de medidas impostas pelo Juiz no momento de determinar a sanção. É o que entendeu Marco Aurélio, Ministro do STF, em seu voto, no julgamento do HC 82.959-7/SP, de sua relatoria, em que se discutiu a constitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90):

Daí cogitar o artigo 59 do Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, a personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade - e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) - e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.<sup>33</sup>

O Referido julgamento, ocorrido em sessão plenária, discutiu a constitucionalidade de uma norma que vedava a progressão de regime para aqueles condenados por praticar crimes considerados hediondos, previstos naquela Lei, mais precisamente o § 2º do art. 1º. O Ministro Relator, assim como a maioria do Supremo, entendeu pela violação ao princípio da individualização da pena.<sup>34</sup>

Além disso, considerou-se a inconstitucionalidade com base na vedação de penas cruéis e o respeito à dignidade humana, nos termos dos respectivos artigos 5º, XLVII, e 1º, III, ambos da Constituição Federal).<sup>35</sup>

Importante destaque foi feito pelo então Ministro Eros Grau, em seu voto acompanhando a relatoria, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da referida lei não se trata de afrouxar a execução penal ou abrir as portas do presídio, mas atribuir ao julgador sua correta função. É ver:

---

<sup>32</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal – Parte Geral, 10ª Edição, Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. Págs. 494 e 495.

<sup>33</sup> STF. HC 82.959-7/SP. Relator Min. Marco Aurélio. DJE 1º de set. de 2006.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*. Pág. 685.

A declaração de inconstitucionalidade, por este Tribunal, da proibição da progressão de regime na referida lei, em acatamento a princípios basilares da boa execução penal, não configurará, de modo algum, a abertura de portas dos presídios. A decisão final sobre a progressão do regime do apenado é tarefa do Juízo de Execução Penal [art. 66, III, "b" da Lei de Execuções Penais - LEP; Lei n. 7.210/84], precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário [art. 112 e parágrafo único da LEP]. 10. Esse é o ponto que eu queria enfatizar; quer dizer, a decisão final sobre a progressão é sempre do juiz.<sup>36</sup>

Portanto, no mesmo sentido questiona-se a constitucionalidade da norma inserida na LCO pelo Pacote Anticrime aqui analisada.<sup>37</sup>

Assim como na discussão trazida acima, a norma inserida pelo § 9º do art. 2º da Lei 12.850/13 é medida legislativa que restringe a individualização da pena a ser realizada pelo julgador.

Por mais que no caso das organizações criminosas haja uma prescrição de indícios de uma conduta no cárcere (manutenção do vínculo com as organizações) para que seja vedada a progressão de regime a concessão dos demais direitos da execução, ainda assim existe uma violação. O Juiz responsável pela execução está completamente vinculado a essa norma.

Em outras palavras, retira-se a autonomia do julgador que conhece o caso concreto, com seus aspectos objetivos e subjetivos, e aplica-se a vedação da progressão de regime de forma irrestrita e sem a análise caso a caso.

Este entendimento predominou e foi reconhecida a inconstitucionalidade da norma que vedava a progressão para os apenados que praticaram crimes hediondos, por maioria de seis votos a cinco, chegando à seguinte ementa, além culminar na súmula vinculante nº 26 do Supremo:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÔBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da

---

<sup>36</sup> Ibidem. Pág. 685.

<sup>37</sup> LIMA. Op. Cit. Pág. 513.

individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.<sup>38</sup>

Súmula Vinculante nº 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.<sup>39</sup>

No entanto, tratou-se de julgamento apertado, haja vista os cinco votos pela constitucionalidade da vedação da progressão para os crimes hediondos.

A divergência, aberta pelo então Ministro Carlos Veloso e acompanhada pelo Ministro Celso de Mello, caminhou no sentido de entender que não há relação contrária entre a vedação da progressão prevista no então §2º do art. 1º da Lei de Crimes Hediondos e a Constituição Federal. O Argumento que predominou nos votos contrários foi de que o princípio constitucional da individualização da pena é mandamento apenas para o legislador. Veja-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello naquele julgamento:

Impõe-se ressaltar que esse postulado tem por exclusivo destinatário o próprio legislador, a quem competirá, em função da natureza do delito e de todos os elementos que lhe são circunstanciais - e a partir de uma opção político-jurídica que se submete à sua inteira discricção - cominar, em momento de pura abstração, as penas respectivas e definir os correspondentes regimes de sua execução. O princípio constitucional da individualização das penas, que é de aplicabilidade restrita, concerne, exclusivamente, à ação legislativa do Congresso Nacional. Este, em consequência, constitui o seu único destinatário. O princípio em causa não se dirige a outros órgãos do Estado, pois. No caso, o legislador - a quem se dirige a normatividade emergente do comando constitucional em questão -, atuando no plano normativo, e no regular exercício de sua competência legislativa, fixou em abstrato, a partir de um juízo discricionário que lhe pertence com exclusividade, e em função da maior gravidade objetiva dos ilícitos referidos, a sanção penal que lhes é impositiva. A par dessa individualização *in abstracto*, o legislador - ainda com apoio em sua competência constitucional - definiu, sem qualquer ofensa a princípios ou a valores consagrados pela Carta Política, o regime de execução pertinente às sanções impostas pela prática dos delitos referidos.<sup>40</sup>

Por sua vez, Renato Brasileiro, já em comento à nova vedação trazida pelo Pacote Anticrime, alinha-se ao posicionamento derrotado naquele julgamento sobre a vedação da progressão aos crimes hediondos.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> STF. HC 82.959-7/SP. Relator Min. Marco Aurélio. DJE 1º de set. de 2006.

<sup>39</sup> STF. Aplicação das súmulas no STF. Súmula vinculante nº 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em 02 de nov. de 2020.

<sup>40</sup> STF. HC 82.959-7/SP. Relator Min. Marco Aurélio. DJE 1º de set. de 2006. Pág. 583.

<sup>41</sup> LIMA. Op. Cit. Pág. 513.

O Autor entende não se tratar de vedação absoluta da progressão de regime. Na realidade, a previsão contida no presente artigo nada mais seria do que um reforço à exigência do preenchimento dos requisitos subjetivos para a concessão da progressão de regime ou dos demais direitos da execução:

É dizer, se o agente ainda se mantém associado a uma organização criminosa, possivelmente incorrendo em novo crime do art. 2º da Lei 12.850/13, parece extrema de dúvida que não ostenta boa conduta carcerária. Logo, ainda que sequer existisse a vedação ora introduzida na Lei de Organizações Criminosas, o direito à progressão de regimes já estaria vedado pela própria Lei de Execução Penal (art. 112, § 1º, com redação dada pela Lei n. 13.964/19).<sup>42</sup>

Tal entendimento, por mais que coadunado com o que entende o STJ, como bem traz o autor em sua obra sobre as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime, confronta com uma das vedações basilares do direito penal brasileiro: *O ni bis in idem*.

Ora, caso se esteja diante da manutenção do vínculo com a organização criminosa com a qual pertencia o apenado, tendo em vista a natureza da prática, certo é que o apenado está praticando novo delito e deve responder por ele<sup>43</sup>. No entanto, caso responda por ele e ainda assim sofra a vedação da progressão de regime imposta pela nova norma trazida pelo Pacote Anticrime, restaria duplamente punido pela mesma prática.

Portanto, diante da exposição de motivos que militam (ou podem militar) pela constitucionalidade e pela inconstitucionalidade da norma inserida no art. 2º da Lei 12.850/13, nos resta aguardar a aplicação da nova norma pelos Tribunais do país e, em caso de controvérsia, aguardar a posição do Supremo quanto à constitucionalidade que, diante de sua nova composição, deve ser pela constitucionalidade da referida norma, seguindo o entendimento vencido naquele julgado de 2006.

### **CAPÍTULO III – APLICABILIDADE DA NOVA NORMA**

Superada a discussão quanto à inconstitucionalidade da norma, ou seja, partindo do pressuposto de que ela é constitucional, afinal de contas existe a presunção de

---

<sup>42</sup> LIMA. Op. Cit. Pág. 514.

<sup>43</sup> LIMA. Op. Cit. Pág. 514.

constitucionalidade da norma inserida no ordenamento jurídico pelo poder legislativo<sup>44</sup>, discutiremos então a amplitude de sua aplicabilidade.

Como já discutido em capítulo anterior, o Pacote Anticrime, promulgado com alterações e transfigurado na Lei 13.964/19, inseriu o § 9º ao art. 2º da Lei 12.850/13, lei essa que dispõe sobre as organizações criminosas, trazendo sua definição, tipificando a conduta de integrar uma organização desse tipo, além de trazer medidas de obtenção de provas e questões procedimentais para aplicação no âmbito dos crimes envolvendo as organizações criminosas.

O parágrafo inserido acima mencionado trouxe vedações à execução penal daquele condenado por integrar ou cometer crimes através de organizações criminosas, quais sejam a vedação da progressão de regime e a vedação da concessão dos demais direitos executórios, tais como o trabalho externo e a saída temporária.

Nesse sentido, como já levantado na introdução da presente monografia, existe certa controvérsia acerca dos institutos que versam sobre as *societas sceleris*, ou seja, as organizações criminosas em sentido amplo, incluindo todas as formas previstas de organizações (Associações Criminosas– art. 288 do CP; Milícia Privada -Art. 288-A do CP; e Associação para fins de tráfico de drogas – Art. 35 da Lei 11.343).

O que proponho no presente capítulo, após clarear os institutos acima mencionados e expor brevemente os pontos principais trazidos pela nova norma, bem como as críticas feitas a ela, é trazer os argumentos teóricos e práticos que sustentem tanto pela aplicação extensiva da nova norma quanto pela aplicação restritiva, limitando-se à norma a qual está inserida.

No entanto, limitemo-nos para chegar à profundidade esperada no presente trabalho monográfico. A análise será restringida à aplicabilidade da norma no que tange às associações criminosas para fins de tráfico, prevista na Lei de Drogas, ou seja, buscaremos elucidar se o julgador pode ou não aplicar a nova norma no âmbito da Lei de Drogas.

Como já dito na introdução, parece, ao primeiro olhar, questão pouco complicada a ser elucidada. Porém, como veremos adiante, existem fortes vetores para ambos os lados que merecem ser analisados para que cheguemos a uma posição bem consolidada ao final.

---

<sup>44</sup> NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 15 Ed. Salvador. Juspodivm. 2020. Págs. 189 e 190

Começaremos então pelos argumentos favoráveis à aplicação da norma para além da Lei 12.850/13.

### **3.1 Argumentos favoráveis à utilização da nova norma de forma ampla**

#### **3.1.1 Aplicação extensiva da Lei 12.850/13**

De início, a primeira questão que milita a favor da aplicação ampliada da norma introduzida pelo § 9º do art. 2º da Lei do Crime Organizado é a própria aplicação extensiva da Lei 12.850/13.

Como já discorrido em tópicos acima, a LCO prevê expressamente que sua aplicação não se restringe ao âmbito das organizações criminosas nela tipificadas. O § 2º do artigo 1º da referida lei prevê que os instrumentos e medidas ali previstos podem também ser aplicados nos casos de prática de infrações penais previstas em tratados internacionais ou convenções internacionais, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. Ainda, prevê a aplicação quando diante de organizações terroristas, tipificadas na Lei 13.260/2016.<sup>45</sup>

No entanto, a aplicação e utilização dos institutos trazidos pela Lei de Crime Organizado não se limita aos tipos penais acima citados. É o que entende, por exemplo, Cleber Masson e Vinicius Marçal ao tratar do meio especial de obtenção de prova inserido pelo art. 15 da Lei 12.850. É o texto do artigo:

Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito<sup>46</sup>

Os autores, ao discorrerem sobre o artigo acima, entendem que o comando do dispositivo em alusão pode ser aplicado para qualquer espécie de crime, não se restringindo, portanto, às práticas envolvendo organizações criminosas, nos termos da lei:

---

<sup>45</sup> MASSON. MARÇAL. Op. Cit. Pág. 47.

<sup>46</sup> BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.



A duas, muito embora inserido na Lei 12.850/2013, o comando do dispositivo em alusão parece-nos extensivo à investigação de qualquer espécie de crime, não fazendo sentido sua aplicação restritiva ao campo das organizações criminosas.<sup>47</sup>

Ora, podemos visualizar de antemão um exemplo de possível aplicação extensiva das normativas trazidas pela LCO. E não é só.

Podemos encontrar outras situações em que os meios trazidos na referida lei possam ser utilizados fora de seu âmbito de incidência. É o caso da utilização dos meios de obtenção de provas em casos de competência da Justiça Militar Estadual<sup>48</sup>. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar o Habeas Corpus nº 0003108-76.2016.8.19.0000, manteve validação de acordo de colaboração premiada homologado em sede de crime de competência da Justiça Militar Estadual:

Habeas Corpus. Processo Penal Militar. Pacientes denunciados pela prática dos crimes descritos nos artigos 308, §1.º e artigo 301, §1.º, na forma do artigo 79, todos do CPPM. Colaboração premiada homologada pelo Juízo da Auditoria Militar. Impetrantes que alegam que a prova é absolutamente nula. Eis que incabível tal mecanismo em sede de crime militar. Motivo pelo qual a prisão preventiva imposta aos pacientes deve ser relaxada. Requerem, ainda, o trancamento da ação penal e, também, o desentranhamento do incidente de delação premiada. Constrangimento ilegal não caracterizado. Instituto da colaboração premiada que possui natureza jurídica de “meio de obtenção de prova”. Ademais, a própria Lei n.º 12.850/2013, no §16, do art. 4.º, proíbe que uma eventual condenação seja apoiada unicamente nas declarações do agente colaborador. Nulidade que se afasta. Exordial acusatória que contém os requisitos do artigo 41 do CPP. Decretação da custódia preventiva que se encontra devidamente fundamentada. Presentes os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Demonstrada a necessidade de manutenção da medida excepcional da privação da liberdade. Ordem denegada.<sup>49</sup>

Além dos exemplos acima expostos, podemos verificar, na especificidade do que se pretende discutir no presente trabalho monográfico, a aplicação de institutos da LCO no âmbito da Lei de Drogas. É o que veremos no próximo tópico.

### **3.1.2 Utilização dos mecanismos previstos na Lei 12.850/13 no âmbito de incidência do art. 35 da Lei de Drogas.**

---

<sup>47</sup> MASSON, MARÇAL. Op. Cit. Pág. 271.

<sup>48</sup> FILHO, Brauner Justino Arcaro. TRUPPEL, Fabrício Gilberto. A Lei de Combate ao Crime Organizado e sua Aplicabilidade no Inquérito Policial Militar. Revista Ordem Pública e Defesa Social – v. 10, n.1, jan./jul., 2018.

<sup>49</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HC nº 0003108-76.2016.8.19.0000; TJRJ, Rel. Des. Katya Maria Monnerat. Data de publicação: 28/03/2016.

Sabe-se, como exposto nos capítulos anteriores, que tanto a Lei 12.850/13 (LCO) quanto a Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), tratam, em maior ou menor grau, sobre práticas que envolvem ou podem envolver o crime organizado. Assim, é natural que seus institutos conversem e caminhem em um sentido próximo.

Nesse sentido, levando em consideração o fato de que a Lei de Drogas foi inserida no ordenamento jurídico em 2006 e a Lei do Crime Organizado apenas em 2013, percebemos que a segunda, além de introduzir novos institutos ao direito penal e processual Brasileiro, buscou aperfeiçoar alguns institutos ao gosto do legislador. Isso porque já se tinha certa experiência com os institutos trazidos na Lei de Drogas, além de considerar o momento social e político em que a LCO foi pensada e promulgada.

Ora, diante disso e pela observância do que trouxe a LCO, temos que a referida lei alcançou a Lei de Drogas em diversos aspectos, afetando alguns de seus institutos processuais e executórios.

Inicialmente, podemos tratar de meios investigativos, a começar pela infiltração de agentes.

Trata-se de instituto famoso pelos mais diversos filmes e séries policiais, mas que só foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro na década de 90, pela Lei 9.034/95, lei essa que justamente tratava sobre meios investigatórios no âmbito de organizações criminosas.

Em momento posterior, a Lei 11.343/06, a nova lei de drogas, trouxe, em seu art. 53, inciso I, a previsão da infiltração de agentes:

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:  
I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes.<sup>50</sup>

No entanto, as leis mencionadas não conceituaram o instituto da infiltração de agentes ou trouxeram especificações sobre a aplicabilidade dos institutos, o que somente veio a ocorrer com a introdução da Lei de Crime Organizado, nos termos de seu art. 10:

---

<sup>50</sup> BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. “Lei de Drogas”.

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

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.

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

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.”

Então, diante dessa pluralidade de leis que versam sobre o mesmo instituto, por mais que o âmbito de incidência seja similar, temos de analisar se estas se comunicam e se de fato há a aplicação de normas introduzidas por uma das Leis no âmbito de incidência de outra.<sup>51</sup>

Por sua vez, discute-se a mesma questão quanto ao instituto das delações ou colaborações premiadas.

A colaboração premiada é instituto tratado nas mais diversas leis penais, por mais que, em algumas delas, não seja utilizado exatamente o termo “colaboração premiada” ou “delação premiada”<sup>52</sup>. É o caso, por exemplo, da própria Lei de Drogas que, em seu artigo 41, traz previsão de premiação para aquele que colaborar com a investigação e obtenção de provas:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.<sup>53</sup>

Por sua vez, a Lei 12.850/13 traz, em uma seção inteira, desde a definição do que consiste a colaboração premiada até as formalidades que devem ser atendidas em um instrumento firmado de colaboração, ou seja, introduz, no ordenamento pátrio, a colaboração

---

<sup>51</sup> MASSON. MARÇAL. Op. Cit. Pág. 310.

<sup>52</sup> Ibidem. Pág. 172.

<sup>53</sup> BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. “Lei de Drogas”.

premiada que temos em vigência na atualidade. Isso porque, por mais que já mencionado em outras normas, somente nesse momento ganha corpo legal.

Nesse sentido, questiona-se se seria possível então a utilização das normas introduzidas pela LCO que, em tese, são aplicáveis no âmbito do que se define como organizações criminosas em seu art. 1º, § 1º, no âmbito da Lei de Drogas, quando diante dos crimes ali previstos e, em específico, quando diante da prática prevista no art. 35 da referida lei (associação criminosa para fins de tráfico).

Entende-se que tais normas trazidas pela LCO são plenamente aplicáveis quando diante de práticas previstas na Lei de Drogas.<sup>54</sup> Os argumentos para legitimar a aplicação são diversos.

Antes de trazer os argumentos, cabe destaque ao fato de que a LCO, ao esmiuçar o instituto da colaboração premiada, se torna, conforme ensinamentos dos professores Cleber Masson e Vinicius Marçal (2018), verdadeira lei geral procedimental:

Noutro vértice, em qualquer caso que envolver a delação, afigura-se conveniente a aplicação da sistemática (diálogo das fontes) inaugurada pela Lei 12.850/2013, nos seus arts. 4.º a 7.º, até porque este foi o único diploma normativo que delineou um procedimento a ser trilhado para a corporificação do acordo de colaboração premiada, razão pela qual temos a Lei do Crime Organizado como uma espécie de lei geral procedimental. Dessarte, é sempre recomendável a formalização adequada do pacto premial e a sua homologação judicial, providências que se prestam a conferir mais segurança jurídica às partes – sobretudo ao delator – e transparência ao jurisdicionado.<sup>55</sup>

Sendo, portanto, lei geral procedimental e, em análise conjunta com a previsão de colaboração contida na Lei 11.343/06, podemos enxergar um possível conflito aparente de normas entre ambas, uma vez que os prêmios trazidos são diferentes, bem como as exigências necessárias para que se firme um acordo de colaboração.

Mais uma vez, Masson e Marçal nos explicam que não há que se falar em revogação da lei posterior, ou seja, da LCO revogando as normas sobre colaboração premiada presentes em outras normas, isso porque se desconsideraria o critério da especialidade, além de impor a concessão daqueles prêmios previstos na LCO, excluindo os demais. Entendem, portanto, pela aplicação da norma específica em conjunto com a LCO, em verdadeira análise conglobada.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> MASSON, MARÇAL. Op. Cit. Pág. 182.

<sup>55</sup> Ibidem. Pág. 183.

<sup>56</sup> Ibidem. Pág. 183.

Assim, no caso concreto, diante de crimes previstos na Lei de Drogas, seria possível conjugar as exigências trazidas na lei específica, qual seja a própria Lei de Drogas, com as benesses previstas ao colaborador na dita lei geral procedimental, ou seja, a Lei do Crime Organizado, a Lei 12.850/13. É como nos apresenta os autores acima mencionados:

Assim, levando em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, poder-se-ia cogitar da aplicação do perdão judicial ao narcotraficante que, sendo primário, colaborasse voluntariamente com a persecução penal de modo a viabilizar a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e a recuperação total ou parcial do produto do crime  
Esse entendimento, leciona Zanella, “privilegia a lei especial relativa ao crime praticado, a qual prevê exigências peculiares para a investigação e a repressão do fato (exemplo: colaboração num crime do art. 33 da Lei 11.343/2006 deve, de fato, ter como objetivo a apreensão do entorpecente)”, e torna possível “a concessão de benesses maiores (exemplo: perdão judicial) que, de um lado, favorecerá o colaborador e, de outro, dará mais instrumentos às autoridades, que poderão oferecer contraprestações maiores ao colaborador em troca de informações mais significativas”.<sup>57</sup>

Ademais, além da abordagem acima, argumenta-se que as normas trazidas na LCO devem ser aplicadas de forma sistemática a ampliada em contraposição ao esvaziamento de sua eficácia. Sustentam que, se o agente souber que os prêmios previstos naquela lei são restritos aos crimes praticados no âmbito das organizações criminosas, dificilmente irão colaborar. Nesse sentido, justificar-se-ia a utilização dos mecanismos e prêmios para outros delitos previstos no nosso ordenamento, fortalecendo o chamado “microssistema de estímulo à verdade”:

A melhor solução parece ser no sentido de que, considerando que as demais leis que preveem a colaboração premiada não foram revogadas, possa se admitir a existência de um microssistema de direito premial, ou ‘microssistema de estímulo à verdade’, nas palavras de Pedro Jorge do Nascimento Costa, devendo o procedimento da Lei n.º 12.850/2013 servir de norte à aplicação do instituto a todos os crimes cujas leis admitem a colaboração do agente, ainda que não praticados por organização criminosa, como, por exemplo, tráfico de entorpecentes e lavagem de capitais.<sup>58</sup>

Portanto, resta demonstrada a aplicação dos institutos previstos na LCO quando diante da prática dos crimes previstos na Lei de Drogas que, em regra, são aqueles previstos no art. 33 e art. 35, respectivamente o tráfico e a associação para fins de tráfico de entorpecentes.

Por fim, temos mais uma hipótese, à título de exemplo, de incidência da LCO no âmbito da Lei de Drogas: a Ação Controlada.

---

<sup>57</sup> Ibidem. Pág. 182.

<sup>58</sup> FONSECA, Cibele Benevides Guedes. Colaboração premiada. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 41.

A Ação Controlada é instituto que, assim como a colaboração premiada, possui previsão tanto na Lei de Drogas quanto na LCO. No entanto, na mesma linha do instituto anterior, é previsto de forma suscinta na Lei de Drogas e de forma mais detalhada na Lei do Crime Organizado.

Em outras palavras, enquanto a Lei de Drogas e outras normas que anteriormente previam o instituto da chamada ação controlada versavam de forma rasa, limitando-se a definir a ação controlada e indicando pouco sobre o *modus operandi*, a LCO traz, nas palavras de Masson e Marçal, uma regulamentação procedimental mais precisa. É nesse sentido, portanto, que se justifica, inclusive, a aplicação dessas normas procedimentais no âmbito da Lei de Drogas:

Contudo, apenas com a edição da Lei 12.850/2013 a ação controlada foi brindada com a regulamentação procedimental mais precisa, que ousou ultrapassar os vagos lindes da definição legal e o arremedo de sistematização verificado na revogada lei das organizações criminosas e na Lei de Drogas, respectivamente. Justamente por isso, parece-nos que, em qualquer caso, convém seja aplicada a sistemática (fixação de limites, sigilo, elaboração do auto circunstanciado etc.) inaugurada pela LCO, nos seus arts. 8.º a 9.º.<sup>59</sup>

E não é só. Os autores ainda entendem que a LCO, no que tange ao instituto da ação controlada, revogou tacitamente a previsão expressa na Lei de Drogas, por ser mais abrangente e completa e, assim, deve ser aplicada no âmbito da Lei de Drogas sempre que se estiver diante dos crimes ali praticados através de organizações criminosas:

Destarte, é forte a compreensão de que “a disciplina da ação controlada constante da Lei n.º 12.850, de 2013, derogou tacitamente a previsão da ação controlada constante da Lei de Drogas, porque, sendo mais abrangente, tratou por completo desse instituto, devendo ser aplicada também nas hipóteses de tráfico de drogas, inclusive sua forma procedimental, sempre e quando o crime de tráfico seja praticado por organizações criminosas.”<sup>60</sup>

Ora, se a norma prevista na LCO deve ser aplicada quando diante do crime de tráfico de drogas praticado através de organizações criminosas, estamos diante de hipótese de incidência do art. 35 da Lei de Drogas, haja vista tratar-se de espécie de organização criminosa com fim específico de agir – o tráfico de drogas.

---

<sup>59</sup> MASSON. MARÇAL. Op. Cit. Pág. 260.

<sup>60</sup> Ibidem.

Portanto, diante do exposto, restou demonstrado que a Lei 12.850/13 – a Lei do Crime Organizado – possui sua aplicabilidade não restrita ao tipo penal previsto em seu art. 2º, *caput*, e às hipóteses previstas no art. 1º, incisos I e II. Concluímos aqui pela aplicabilidade dos institutos previstos na LCO no âmbito da Lei de Drogas – Lei 11.343/06, principalmente quando diante da prática do crime de tráfico de drogas através de organizações criminosas, ou seja, quando estamos diante da aplicação do art. 33 e 35 da Lei de Drogas.

### **3.1.3 Utilização do termo “organização criminosa” na Lei de Drogas (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 – Lei de Drogas)**

Outro ponto que milita a favor da aplicação da LCO no âmbito da Lei de Drogas, especificamente no que tange aos crimes cometidos através de organização criminosa, é a utilização do termo “organização criminosa” na Lei de Drogas, nos termos do art. 33, § 4º, da referida lei.

O artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 traz a previsão do popularmente chamado “tráfico privilegiado”, que nada mais é do que uma causa de diminuição de pena a ser aplicada quando diante do tipo penal previsto no *caput* ou no § 1º do referido artigo:

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.<sup>61</sup>

A causa de aumento de pena acima mencionada exige, para sua incidência, alguns requisitos, quais sejam: a primariedade do agente, bons antecedentes, a não dedicação a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Ora, percebemos que, por mais que a Lei de Drogas não fale em momento algum sobre organizações criminosas, utilizando esse termo em específico, o referido artigo o traz. Questiona-se, portanto, qual seria o objetivo do legislador ao utilizar o termo organização criminosa.

A Lei de Drogas, como vimos anteriormente em tópico específico, é datada do ano de 2006. Como sabemos, a Lei 12.850/13 que define atualmente o que é organização criminosa e

---

<sup>61</sup> BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. “Lei de Drogas”.

tipifica sua formação somente entrou no ordenamento jurídico brasileiro em momento posterior.

Nesse sentido, conforme vimos no capítulo sobre a evolução legislativa das normas que versam sobre organização criminosa, percebemos que, na época da promulgação da lei de drogas, existiam duas normativas que trabalhavam o conceito de organização criminosa, quais sejam a Lei 9.034/95 (antiga lei do crime organizado) e a Convenção de Palermo, promulgada internamente pelo Decreto 5.015/2004.<sup>62</sup>

Sabemos que a Lei 9.034/95, ao contrário da nova lei 12.850/13, não trazia consigo uma definição de crime organizado, tratando somente de aspectos procedimentais de investigação e obtenção de provas. Por sua vez, a Convenção de Palermo até trazia um conceito de organização criminosa, mas restou aplicável em nosso ordenamento por não ter seguido os trâmites procedimentais adequados, sendo introduzido através de simples decreto.<sup>63</sup>

Portanto, com o advento da Lei de Drogas em 2006 e a utilização do termo organização criminosa, poderia se presumir que esta se referia ao termo trazido na convenção de palermo ou ainda aos conceitos trazidos pela doutrina quando trabalhada a lei 9.034/95. Ocorre que não é esse o entendimento que predomina e aqui está um dos pontos centrais da problemática trazida na presente monografia.

A Lei de Drogas, como vimos no primeiro capítulo, possui instituto análogo àquele previsto no art. 1º da Lei 12.850/13, qual seja o crime de associação para fins de tráfico de drogas, previsto no art. 35 da referida lei.

Nesse sentido, muitos defendem que o art. 33, § 4º, ao falar de organização criminosa, utiliza o termo em seu sentido amplo, de forma a englobar todo o tipo de organização criminosa, seja aquela trazida na LCO, no Código Penal ou aquela prevista no artigo 35 da Lei de Drogas. Tal corrente entende que seria desproporcional utilizar a causa de diminuição de pena para determinadas organizações criminosas em detrimento de outras.

---

<sup>62</sup> MASSON. MARÇAL. Op. Cit. Págs. 20, 21 e 22.

<sup>63</sup> BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.



Assim, entramos em uma discussão terminológica e conceitual acerca das chamadas *societas sceleris*, observada não raras vezes em julgados sobre o tema. Comparativamente, a figura associativa presente na Lei 11.343/06 apresenta aspectos muito mais específicos do que a organização criminosa prevista na LCO, como a limitação quanto à prática de delitos. Por outro lado, a prática prevista na LCO não restringe os delitos que podem ser praticados para que seja configurado o tipo penal ali previsto.

Nesse sentido, há quem entenda que aquelas espécies de grupos criminosos trazidos no primeiro capítulo, tais como a associação criminosa (art. 288 do CP, a milícia privada (art. 288-A do C), a associação para fins de tráfico (Art. 35 da Lei de Drogas) e a organização criminosa propriamente dita (art. 2º da LCO), são espécies de *societas sceleris* (ou organizações criminosas em sentido lato).

Haveria então uma utilização ambígua do termo “organização criminosa” pelo legislador brasileiro, usando vezes em seu sentido ampliado, englobando os demais tipos de organização criminosa, e, outras vezes, utilizando em seu sentido restrito, no sentido do que está definido no art. 1º da LCO.

Assim entendeu, por exemplo, a 14ª Câmara Criminal de São Paulo, ao tratar de uma questão peculiar e similar ao problema que se apresenta no presente estudo<sup>64</sup>. Tratou-se, naquele Tribunal, da possibilidade de concessão de progressão de regime especial para uma mulher, mãe de filho menor de idade, diante do adimplemento dos requisitos objetivos e subjetivos listados na Lei de Execução Penal – LEP.

A questão debatida envolve uma modificação na LEP promovida pela Lei 16.769/18, a qual inseriu o § 3º ao artigo 112, que trouxe requisitos mais brandos para que seja concedida a progressão de regime para mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência. Dentre os requisitos, exige-se que a mulher presa não tenha integrado organização criminosa, nos termos do inciso V do referido parágrafo do art. 112 da LEP.

Nesse contexto, temos então a utilização do termo “organização criminosa” na Lei de Execuções Penais, abrindo margem para interpretar o termo em seu sentido lato ou em sentido

---

<sup>64</sup> Agravo em Execução nº 0002816-58.2019.8.26.0496; 14ª Câmara de Direito Criminal do TJSP; Relator Des. Hermann Herschander; Data de julgamento: 06/06/2019; Data de publicação: 04/07/2019.

estrito. O TJSP, conforme julgado abaixo da referida 14ª Câmara Criminal, entendeu que deve ser considerado o sentido lato do termo, abarcando todos os tipos de organizações criminosas.

Vejamos trecho do voto:

A exemplo do que ocorre com a antiga formação de quadrilha, a atual associação criminosa do Código Penal, a formação de milícia, a associação para o genocídio etc., a associação para o tráfico também é espécie de *societas sceleris*. É nessa acepção lata que a expressão “organização criminosa” foi empregada pelo legislador no dispositivo em questão, ou seja, vedar o benefício à condenada que integrou qualquer uma das espécies de *societas sceleris* previstas na legislação penal. De fato, a aplicação restritiva do artigo 112 § 3º inciso V da LEP - limitada a vedação ao crime conceituado no artigo 1º § 1º da Lei n. 12.850/13 - traria consequências injustas, violando os princípios da isonomia e da proporcionalidade.<sup>65</sup>

Ora, para essa corrente, a organização criminosa (ou *societas sceleris*) é gênero que possui as espécies associação criminosa, milícia privada, associação para o genocídio e a associação criminosa, dentre outras que possam surgir.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quando diante do requerimento de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. No julgado abaixo, o Acórdão de Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz caminhou no sentido de que, diante da condenação do acusado pela prática do crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, ou seja, a associação para fins de tráfico, não há que se falar em tráfico privilegiado, pois está evidenciada sua participação em organização criminosa:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA ASSOCIAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. COMPROVAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 4. É inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no art. 35 do mesmo diploma legal, por estar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, especialmente voltada, no caso, para o cometimento do narcotráfico. 5. Não há ilegalidade na imposição do regime inicial fechado à ré se, condenada à reprimenda de 8 anos de reclusão e tecnicamente primária ao tempo do delito, exista circunstância judicial desfavorável (culpabilidade). 6. Recurso especial não provido.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 0002816-58.2019.8.26.0496; 14ª Câmara de Direito Criminal do TJSP; Relator Des. Hermann Herschander; Data de julgamento: 06/06/2019; Data de publicação: 04/07/2019.

<sup>66</sup> STJ. REsp 1408701/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 19/11/2015.

Com base nessa linha de raciocínio, temos que, assim como nesses casos, os tribunais podem vir a aplicar o § 9º do artigo 2º da Lei 12.850/13 considerando a expressão “organização criminosa” ali inserida não como definida em seu artigo 1º, mas sim em seu sentido lato, englobando os demais tipos de organização criminosa, incluindo, assim, a associação para o tráfico de drogas prevista no art. 35 da Lei 12.850/13.

Logo, restaria vedada a progressão de regime e a concessão dos demais direitos da execução penal àqueles que, condenados pela prática prevista no artigo 35, da Lei 11.343/06, ou seja, pela associação para fins de tráfico de drogas, mantivessem o vínculo associativo com a organização criminosa pela qual foram condenados.

### **3.1.4 Utilização do termo “organização criminosa” pela Jurisprudência que versa sobre as facções criminosas do tráfico e tratam de condenações pelo art. 35 da Lei 11.343/06**

Após verificarmos que o termo “organização criminosa” é utilizado como gênero que abarca as demais espécies de grupos criminosos no momento de análise e incidência da causa de diminuição de pena prevista pelo art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, reforça-se o argumento trazido acima pela utilização do mesmo termo pelos Tribunais quando estamos diante de condenações pela prática prevista no artigo 35 da Lei 11.343/06.

Como mencionado na introdução desse estudo, existe uma confusão tanto legislativa quanto jurisprudencial no que diz respeito às organizações criminosas.

A confusão legislativa consiste na flagrante desproporcionalidade quando comparamos a organização criminosa em sentido estrito, prevista na Lei do Crime Organizado, e a associação para fins de tráfico, prevista na Lei 11.343/06. Enquanto a primeira prevê como pena 3 a 8 anos de reclusão, a segunda prevê de 3 a 10 anos. No entanto, o primeiro tipo resta configurado com a associação de 4 ou mais pessoas, de forma estruturada, com divisão de tarefas, já a associação para o tráfico exige apenas a associação de duas ou mais pessoas, não exigindo estrutura e divisão de tarefas.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> VIANA, Lurizam Costa. A organização criminosa na lei 12.850/13. Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2017. Pág. 210 e 211.

Portanto, verificamos que há uma situação controversa. De um lado, uma pena menor, com exigências maiores e diversos meios específicos previstos para obtenção de provas. De outro, uma pena maior, com menos exigências e sem a complexidade de meios para a investigação e obtenção de provas.

Retomando a discussão anterior, tomando como ponto de partida a ideia de que a associação criminosa para fins de tráfico está englobada pelo conceito de organização criminosa, vemos que os crimes previstos no art. 33, caput, e 34, da Lei 11.343/06, além de estarem abarcados pelo art. 35 da mesma lei, são também abarcados pelo art. 2º da Lei 12.850/13, uma vez que este não delimita quais delitos engloba, possuindo apenas como requisitos a pena máxima maior do que quatro anos.

Imaginemos, então, a situação das principais facções criminosas do Brasil que nada mais são que verdadeiras organizações criminosas, estruturadas, com divisões de tarefas e tudo mais que se exige para que seja configurado o tipo previsto no art. 2º da LCO, mas que, pelo crime praticado, restam tipificadas no art. 35 da Lei de Drogas. Assim, poder-se-ia concluir, por esse raciocínio, que o crime de tráfico de drogas não estaria abarcado pelo projeto delinquencial das organizações criminosas. Ora, tal interpretação não nos parece correta pela leitura da Lei do Crime Organizado, bem como por visualizar a aplicação prática de institutos de investigação previstos na LCO quando diante de práticas previstas na Lei de Drogas.<sup>68</sup>

Nesse sentido, diante da confusão legal promovida ao longo dos últimos anos, é de se observar também as consequências práticas nos Tribunais pátrios. Assim como no tópico anterior, quando se constatou o uso do termo “organização criminosa” de forma ampla quando da incidência do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas e na aplicação do art. 112, §3º, da LEP, com a nova redação conferida pela Lei 16.769/18, temos mais um exemplo em que se trata organização criminosa como termo geral, sem distinções entre suas espécies.

É o caso das decisões que versam sobre as principais facções criminosas do Brasil, verdadeiras organizações muito bem estruturadas que dominam as ações criminosas e, principalmente, o tráfico de drogas no território brasileiro.

---

<sup>68</sup> Ibidem.

A despeito da origem das grandes facções criminosas, como o Primeiro Comando da Capital – PCC, o Comando Vermelho – CV, o Terceiro comando – TC, o Amigos dos Amigos – ADA, dentre muitos outros, sabe-se que são organizações criminosas que dominam o tráfico de drogas e estão presentes nas principais capitais do país.

Não à toa, encontramos, por diversas vezes, decisões que tratam do tema, vez que grande parte dos presos que integram o sistema penitenciário brasileiro são condenados por tráfico de drogas ou por integrar as tais facções criminosas (inclusive, muitas vezes pelos dois).

Nesse sentido, ao tratar do tema, os Tribunais falam das facções como verdadeiras organizações criminosas, mesmo quando diante da aplicação do art. 35 da Lei de Drogas. É o que vemos, por exemplo, no julgado do STF de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, HC nº 118.551, do Estado do Pará. Na ementa abaixo, vemos a utilização do termo como aqui mencionado, ou seja, de forma ampla, como se o art. 35 fosse uma espécie de organização criminosa, mas com fins específicos:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DEMORA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. NÚMERO ELEVADO DE RECORRENTES. IMPETRAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADA A ORDEM. I – A alegação de falta de fundamentação da sentença condenatória que vedou ao paciente recorrer em liberdade não foi suscitada na instância de origem, o que impede seu conhecimento, por indevida supressão de instância. II – Não há flagrante ilegalidade na prisão cautelar, que foi decretada ante o paciente integrar organização criminosa voltada para o tráfico de drogas, exercendo papel importante na disseminação do entorpecente no Estado do Pará, o que demonstra a necessidade da medida para a garantia da ordem pública, de molde a evitar a reiteração delitiva. III – Considerando que o réu permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não se afigura plausível, ao contrário, revela-se um contrassenso jurídico, sobrevindo sua condenação, colocá-lo em liberdade para aguardar o julgamento do apelo. IV - A demora no julgamento se deve ao elevado número de apelantes, num total de doze, com patronos diversos. Independentemente desse fato, o acórdão do STJ já determinou que o TJ do Pará julgue a Apelação Criminal 2010.3.015427-7. V – Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem.<sup>69</sup>

E não é só. Assim também o faz o Superior Tribunal de Justiça quando diante de situações envolvendo a prática prevista no art. 35 da Lei 11.343/06:

AGRAVO REGIMENTAL MINISTERIAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES DA ASSOCIAÇÃO. LOCALIDADE DOMINADA POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRESUNÇÃO DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA.

<sup>69</sup> STF. 2ª Turma: HC 118551/PA – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 01.10.2013.

IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DO VÍNCULO E ESTABILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Firmou-se neste Superior Tribunal de Justiça entendimento no sentido de que indispensável para a configuração do crime de associação para o tráfico a evidência do vínculo estável e permanente do acusado com outros indivíduos. 2. Ainda que seja de conhecimento o domínio da localidade por facção criminosa e a quantidade de drogas denotem envolvimento com atividades criminosas, não há na sentença ou no acórdão qualquer apontamento de fato concreto a caracterizar, de forma efetiva, o vínculo associativo estável e permanente entre o paciente e a organização criminosa, requisito necessário para a configuração do delito de associação para o tráfico, imperiosa é a absolvição. 3. Agravo regimental improvido.<sup>70</sup>

Logo, podemos concluir que a situação não é clara tanto pela legislação vigente quanto pela aplicação dessa legislação, gerando certo receio quanto a aplicação dessa mesma legislação diante das alterações promovidas pela Lei 13.964/19.

### **3.2 Argumentos contrários à utilização da nova norma de forma extensiva e favoráveis à sua incidência apenas no âmbito da Lei 12.850/13.**

Vistos os fatores que nos levam a crer ser possível uma aplicação da norma introduzida pelo §9º do art. 2º da Lei 12.850/13 de forma extensiva, ou seja, para além da norma em que está inserida, alcançando, por exemplo, a Lei 11.343/06, vejamos, agora, as razões que militam em sentido contrário, ou seja, pela impossibilidade da aplicação extensiva da norma e pelo dever de se restringir somente à lei em que está inserida.

#### **3.2.1 Vedação ao uso da analogia *in malam partem***

Começemos, então, por uma das ideias principais do direito penal brasileiro, qual seja a vedação à analogia ou interpretação *in malam partem*. Ora, trata-se de verdadeiro princípio do direito que veda a aplicação e interpretação da norma de forma a prejudicar o agente do delito, quando há outra interpretação ou aplicação que seja mais benéfica a este.

A vedação à analogia *in malam partem* nada mais é que um desdobramento dos princípios da reserva legal e da legalidade. Este, por sua vez, nas palavras de BITENCOURT, “*constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal*”, sendo “*necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas*”<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> STJ. AgRg no HC 471.155/RJ. Rel. Ministro Nefi Cordeiro. Sexta Turma, julgado em 13/08/2019. DJe 22/08/2019.

<sup>71</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Pág. 50 e 51.

Muito embora o princípio da legalidade, consagrado no brocardo “*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*” e em tantos outros, determine a necessária previsão legal e certa para cominação de sanções, certo é que não é possível prever todas as condutas sociais e antecipá-las no texto legal. Nesse sentido, não há como a norma ser estritamente determinada, devendo haver certo grau de indeterminação, como também pontua Bitencourt:

Não se desconhece, contudo, que, por sua própria natureza, a ciência jurídica admite certo grau de indeterminação, visto que, como regra, todos os termos utilizados pelo legislador admitem várias interpretações.<sup>72</sup>

Então, diante da indeterminação natural de termos e normas no ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, no direito penal e processual penal, temos então como meio para solucionar essa indeterminação nos casos concretos a ferramenta da analogia, não raramente empregada em todos os ramos do direito. No Direito Civil, por exemplo, a própria Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro faz a recomendação pelo uso da analogia para solucionar a omissão da lei:

Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.<sup>73</sup>

No entanto, no direito penal, em razão dos princípios já mencionados da legalidade e da reserva legal, tendo em vista a peculiaridade da área, há uma verdadeira limitação ao uso da analogia, principalmente no que tange à criação de crimes e a cominação de penas.

Nessa linha o princípio da vedação à analogia *in malam parten* se faz presente. Nilo Batista, em sua obra *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, trazendo a vedação como um desdobramento da legalidade vista como garantia, entende justamente nesse sentido:

Salta aos olhos a total inaplicabilidade da analogia, perante o princípio da legalidade, a toda e qualquer norma que defina crimes e comine ou agrave penas, cuja expansão lógica, por qualquer processo, é terminantemente vedada, já havendo neste ponto unanimidade na doutrina brasileira.<sup>74</sup>

Nessa linha, o ilustre professor traz ainda em sua obra diversos exemplos de aplicação da analogia no direito penal no contexto histórico recente, demonstrando que, em regra, tende

---

<sup>72</sup> Ibidem. Pág. 51.

<sup>73</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Leis de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

<sup>74</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Pág. 72 e 73.

a ser usada de forma perversa em regimes totalitários, como no regime nazista alemão e no período de ditadura militar no Brasil.

Tendo em vista a natural indeterminação das normas penais e a vedação da utilização da analogia *in malam partem*, a qual estaria em clara desconformidade com a garantia fornecida pelo princípio da legalidade frente ao poder estatal temos como solução para os casos de indeterminação a utilização da analogia, mas em benefício da parte afetada. Nas palavras do Professor Nilo:

(...) segue-se que é possível formular um critério prático e constatável para essa analogia admitida: é aquela que favorece o acusado, é a analogia *in bonam partem*. Há quase unanimidade nos autores brasileiros quando ao acolhimento da analogia *in bonam partem*, com a exceção, que resulta de imperativo lógico, de normas excepcionais.<sup>75</sup>

Portanto, diante da constatação da vedação ao uso da analogia *in malam partem* e, a contrário senso, da possibilidade da utilização em favor do acusado, analisemos a norma objeto do presente estudo.

A discussão que se apresenta trata da interpretação extensiva do termo organização criminosa e a consequente aplicação extensiva das normas previstas na Lei 12.850/13 às demais normas que versem sobre as ditas *societas sceleris*, em especial ao tipo previsto no art. 35 da Lei 11.343/06.

Ora, conforme já se discutiu no presente trabalho, em capítulos anteriores, há, de fato, divergência quanto ao uso da terminologia “organização criminosa”, gerada tanto pelo legislador quanto pelos julgadores.

Assim, para alguns julgadores, a associação criminosa para fins de tráfico de drogas seria espécie do gênero organização criminosa, possibilitando, inclusive, segundo alguns autores, a aplicação extensiva de determinados institutos previstos na Lei 12.850/13.

Ocorre que a norma introduzida pela Lei 13.964/19, ou Lei Anticrime, traz evidente malefício para a parte envolvida, qual seja a vedação à progressão de regime e a impossibilidade de obter quaisquer dos direitos pertinentes à execução penal, desde que preenchidos os requisitos lá listados.

---

<sup>75</sup> Ibidem. Pág. 74.



Nesse sentido, por mais que a aplicação das normas trazidas pela Lei 12.850/13 seja realizada de forma extensiva quando diante dos crimes previstos na Lei de Drogas, em especial quando diante de facções criminosas do tráfico de drogas, sendo verdadeira utilização da ferramenta da analogia, chegamos à conclusão que, no caso específico da norma introduzida no § 9º do art. 2º da Lei 12.850/13 não deve incidir quando no âmbito da Lei 11.343/06.

Isso se deve porque, ao contrário das demais normas trazidas pela LCO e aplicadas no âmbito da Lei de Drogas, não se trata de norma procedimental, mas sim de norma que agrava a pena. É que, ainda seguindo o que entende o professor Nilo, citando Aníbal Bruno, a vedação do uso da analogia se restringe à aplicação das normas que criam crimes e cominam penas, podendo ser utilizadas nos demais casos:

Vedado o acesso da analogia naquilo que Aníbal Bruno chamava de “direito penal restrito”, ou seja, o direito penal criador de crimes e cominador de penas, tem elas as portas abertas para cumprir suas funções integrativas em todo o restante ordenamento jurídico-penal.<sup>76</sup>

Assim, tendo em vista que a interpretação extensiva nada mais é do que um desdobramento da analogia e que, no caso em tela, interpretar o tipo previsto no art. 35 da Lei 11.343/06 como uma espécie de organização criminosa ao ponto de aplicar a nova normativa trazida pelo § 9º do art. 2º da Lei 12.850 seria verdadeira interpretação extensiva *in malam partem*, deve-se afastar sua aplicação, mantendo-a apenas quanto ao tipo penal da organização criminosa previsto no caput do art. 2º da referida lei.

Inclusive, é justamente nessa linha que entende o Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do HC nº 522.651 – SP, discutia-se a inovação legislativa trazida à Lei de Execução Penal pela Lei 16.769/18, qual seja a inserção do § 3º ao artigo 112 que prevê a progressão de regime especial para mulheres grávidas ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.

Rememorando, a previsão ali contida, além de exigir prazo menor de cumprimento de pena para que seja alcançada a progressão, exige certas condições cumulativas e, dentre elas, apresenta-se a figura da organização criminosa, devendo a mulher não ter integrado tal tipo de organização.

---

<sup>76</sup> Ibidem.

Assim, tal inovação levou a discussão, já trazida em tópico anterior, sobre o termo “organização criminosa”, se este estaria restrito ao tipo penal previsto na Lei 12.850/13 ou se abarcaria os demais tipos de sociedades do crime, como a associação criminosa, a milícia privada e associação para fins de tráfico.

Também foi visto que os tribunais *a quo*, exemplificativamente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, possuem julgados que caminham no sentido de interpretar a utilização do termo de forma extensiva, considerando, portanto, a associação para fins de tráfico, prevista no art. 35 da Lei 11.343/06, uma espécie de organização criminosa, devendo haver o afastamento da progressão de regime especial caso a mulher fosse condenada por essa prática criminosa.

Ocorre que o STJ vai em direção oposta e, ao julgar o referido HC, afastou a interpretação extensiva no termo, para que seja considerado, portanto, somente o tipo penal previsto no art. 2º, caput, da Lei 12.850/13 para fins de análise do requisito trazido pelo § 3º do art. 112 da LEP. Vejamos então a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME ESPECIAL. REQUISITO CONTIDO NO INCISO V DO § 3º DO ART. 112 DA LEP. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXISTÊNCIA DE COMPLEMENTO NORMATIVO NA LEI N. 12.850/2013. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO PARA TODAS AS ESPÉCIES DE SOCIEDADES CRIMINOSAS. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE (DECORRENTE DO PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE). VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA IN MALAM PARTEM DE NORMAS PENAIIS. TELEOLOGIA DA LEI N. 13.769/2018. O LEGISLADOR, QUANDO TEVE O INTUITO DE ESTENDER PARA OUTRAS FORMAS DE SOCIETAS SCLETERIS, O FEZ EXPRESSAMENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. Na esteira da decisão proferida pela Suprema Corte no Habeas Corpus Coletivo n. 143.641/SP, que abrangeu somente hipóteses de prisões cautelares, o Legislador foi além e editou a Lei n. 13.769/2018, promovendo alterações não somente no Código de Processo Penal, mas também na Lei de Crimes Hediondos e na Lei de Execuções Penais, com a finalidade de ampliar a proteção dada às mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência que se encontram reclusas no sistema prisional.

2. Na LEP foi incluído o § 3º no art. 112, prevendo progressão de regime especial. A norma exigiu a presença de cinco requisitos cumulativos para a concessão do benefício executório, dentre eles, o de "não ter integrado organização criminosa". O argumento de que o termo organização criminosa não se refere ao crime previsto na Lei n 12.850/2013, tratando-se, na verdade, de uma expressão genérica, a qual abrange todas as espécies de sociedades criminosas, não se coaduna com a correta exegese da norma. Com efeito, a referida regra tem conteúdo material (norma híbrida), porquanto trata de progressão de regime prisional, relacionado com o *jus libertatis*, o que impõe, ao intérprete, a submissão a todo o conjunto de princípios inerentes às normas penais.

3. O inciso V do § 3º do art. 112, da LEP, é um exemplo de norma penal em branco com complemento normativo, pois o próprio Legislador, respeitando o princípio da taxatividade (decorrente do princípio da estrita legalidade), desincumbiu-se do ônus de apresentar, expressamente, a definição de organização criminosa ao editar a Lei n. 12.850/2013 (art. 1º e § 1º).

4. Não é legítimo que o julgador, em explícita violação ao princípio da taxatividade da lei penal, interprete extensivamente o significado de organização criminosa a fim de abranger

todas as formas de *societas sceleris*. Tal proibição fica ainda mais evidente quando se trata de definir requisito que restringe direito executório implementado por lei cuja finalidade é aumentar o âmbito de proteção às crianças ou pessoas com deficiência, reconhecidamente em situação de vulnerabilidade em razão de suas genitoras ou responsáveis encontrarem-se reclusas em estabelecimentos prisionais. A teleologia da norma e a existência de complemento normativo impõem exegese restritiva e não extensiva.

5. Se a mencionada interpretação ampliativa de organização criminosa fosse legítima, também deveria ser, por exemplo, que o julgador, ao deparar-se diverso do previsto nos arts. 63 e 64 do Código Penal, que definem seu significado. Do mesmo modo poderia o órgão do Poder Judiciário considerar hediondo crimes diversos daqueles previstos no art. 1º da Lei n. 8.072/1990 – o qual elenca, em rol taxativo, os crimes considerados hediondos. Não há controvérsia sobre a impossibilidade de proceder de tal maneira, em razão, justamente, da vedação à interpretação extensiva *in malam partem* das normas penais.

6. O Legislador, quando teve o intuito de referir-se a hipóteses de sociedades criminosas, o fez expressamente, conforme previsão contida no art. 52, § 1º, inciso I, § 3º, § 4º, inciso II, e § 5º, da Lei n. 7.210/1984, que distinguem organização criminosa de associação criminosa e milícia privada.

7. Na mesma linha, o Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) concedeu a ordem no julgamento do HC n. 541.619/SP (DJe 26/02/2020), afastando a extensão da proibição contida no inciso V do § 3º do art. 112, da LEP, a Paciente condenada por crime de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes.

8. Ordem de habeas corpus concedida para determinar que o Juízo das Execuções Penais retifique o cálculo de penas da Paciente, abstendo-se de considerar a condenação pelo crime de associação para o tráfico ilícito de drogas para fins de análise do requisito contido no inciso V do § 3º do art. 112 da Lei n. 7.210/1984.<sup>77</sup>

O entendimento trazido acima corrobora e segue o princípio da legalidade, externado nesse caso pelo prisma da garantia da vedação do emprego da analogia *in malam partem* no âmbito do “*direito penal estrito*”.

Então, aplicando a linha de raciocínio utilizada pelo STJ na ementa do julgamento acima colacionada, mais uma vez restar corroborada a tese de que a nova norma introduzida pela Lei Anticrime no art. 2º, § 9º, da Lei 12.850/13, deve ser aplicada somente no âmbito das organizações criminosas, tipificadas no art. 2º, caput, da mesma lei.

### **3.2.2 Princípio da taxatividade (decorrente do princípio da estrita legalidade)**

O princípio da taxatividade ou determinação é também um desdobramento do princípio da legalidade e, assim como a vedação à utilização da analogia *in malam partem*, é argumento que sustenta a não aplicação da norma trazida no § 9º do artigo 2º da Lei 12.850/13 no âmbito da associação criminosa para fins de tráfico, prevista no art. 35 da Lei 11.343/06.

---

<sup>77</sup> STJ. HC nº 522.651 – SP; Min. Rel. Laurita Vaz. Dje.: 18 de agosto de 2020.

O princípio, consagrado no brocardo “*nullum crimen nulla poena sine lege certa*”, exige que o legislador, ao exercer sua função principal de legislar, possua clareza, buscando ao máximo a determinação das normas. Assim entende Nilo Batista, ao tratar desse desdobramento do princípio da legalidade como função de garantia:

A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos” equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso.<sup>78</sup>

Nessa linha seguiu o professor Rogério Sanches, em seu Manual de Direito Penal, ao dizer que:

O princípio da taxatividade ou da determinação é dirigido mais diretamente à pessoa do legislador, exigindo dos tipos penais clareza, não devendo deixar margens à dúvidas, de modo a permitir à população em geral o pleno entendimento do tipo criado.<sup>79</sup>

À luz do exposto, analisemos a aplicação da norma em destaque. Como se sabe, trata-se de uma norma penal em branco com complemento normativo, ou seja, que precisa de complementação por trazer conceitos que precisam de definição legal.

Nesse sentido, o legislador, diante do princípio da taxatividade, não definiu organização criminosa novamente, haja vista haver expressa conceituação no art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/13.

Portanto, sendo uma norma penal em branco e restando devidamente complementada por outra norma proferida pela mesma instância legislativa e, diga-se, no mesmo diploma legal, não há que se trazer novas interpretações ao termo.

É nesse sentido que, mais uma vez, entendeu o STJ no julgamento do HC nº 522.651 – SP, já bem detalhado na presente monografia. Em trecho do voto, a Min. Rel. Laurita Vaz trabalha o princípio da taxatividade à contrário *sensu*, demonstrando que houve, por parte do legislador, o devido respeito ao princípio e, assim, não poderia o julgador trazer nova interpretação divergente quanto ao que está previsto em lei com o devido grau de clareza exigido:

---

<sup>78</sup> BATISTA. Op. Cit. Pág. 75.

<sup>79</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal – Parte Geral, 10ª Edição, Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. Pág. 107.

Mais especificamente quanto ao objeto do presente habeas corpus, verifica-se que o inciso V do § 3º do art. 112, da LEP, é um exemplo de norma penal em branco com complemento normativo, pois o próprio Legislador, respeitando o princípio da taxatividade (decorrente do princípio da estrita legalidade), desincumbiu-se do ônus de definir organização criminosa ao editar a Lei n. 12.850/2013, que prevê em seu art. 1º, § 1º, expressamente: (...) A mencionada norma, reitere-se, já dispõe de complemento normativo, não sendo legítimo que o julgador, em explícita violação ao princípio da taxatividade da lei penal, interprete extensivamente o significado de organização criminosa a fim de abranger todas as formas de *societas sceleris*, como, por exemplo, a associação criminosa ou a associação para o tráfico ilícito de drogas.<sup>80</sup>

É ver então que se, no julgamento acima, estava-se diante do termo “organização criminosa” em outro diploma normativo e, ainda assim, não se possibilitou sua interpretação extensiva para abarcar os demais tipos de *societas sceleris*, não seria no caso objeto do presente trabalho que assim seria.

Deve-se então, por essa razão, restringir a utilização do § 9º do art. 2º da Lei 12.850/13 ao tipo previsto em seu caput, ou seja, somente no que se entende por organização criminosa ali descrita, não englobando os demais tipos análogos previstos no Código Penal e na Lei de Drogas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico propôs uma análise crítica sobre a nova normativa prevista no art. 2º, § 9º, da Lei 12.850/13, inserida pela Lei Anticrime – Lei 13.964/19, oriunda do projeto de lei apresentado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro.

Trata-se, assim como boa parte das normas trazidas pela Lei Anticrime, de norma que almeja atender os anseios punitivistas da sociedade, buscando solucionar o problema da criminalidade através do hiper encarceramento.

A norma trazida no § 9º do art. 2º da LCO traz previsão que veda a progressão de regime e a concessão dos demais direitos atinentes à execução penal, quando houver indícios de que o agente condenado por integrar organização criminosa ou por praticar crimes através de organização criminosa ainda mantém vínculos com aquela organização.

---

<sup>80</sup> STJ. HC nº 522.651 – SP; Min. Rel. Laurita Vaz. Dje.: 18 de agosto de 2020.

Fez-se necessário, diante da norma em análise, dividir o trabalho monográfico para que pudéssemos destrinchar as questões relevantes por ela trazidas e focar, por fim, no que considero relevante para a prática penal nos dias de hoje.

De início, coube tratar da organização criminosa e suas figuras similares, como a milícia privada – prevista no art. 288-A do CP, a associação criminosa – prevista no art. 288 do CP e a associação criminosa para fins de tráfico de drogas, - prevista no art. 35 da Lei de Drogas. Por fim, mergulhou-se a fundo no conceito de organização criminosa, nos termos da Lei 12.850/13.

Compreender as tantas figuras que versam sobre o crime organizado é fundamental para entender a aplicabilidade da norma introduzida pela Lei Anticrime. Ora, tal lei está inserida em lei de extrema relevância no que tange às organizações criminosas de modo geral, haja vista prever o conceito de organização criminosa, seu tipo penal e, ainda, os mais diversos meios de investigação e obtenção de provas.

Ainda, nesse momento preliminar, compreender a evolução legislativa e as diversas leis penais que tratam do tema do crime organizado nos capacita para enxergar as problemáticas por elas geradas.

A imprecisão terminológica e normativa, por mais que inevitável, sendo oriunda da própria natureza da ciência jurídica<sup>81</sup>, nos traz uma determinada insegurança jurídica que, a depender da sua força, gera aos aplicadores do direito e, conseqüentemente, à sociedade, um desequilíbrio na relação para com os Estado.

O princípio da legalidade e seus demais desdobramentos, principalmente em seu aspecto garantidor frente ao poder Estatal, exige que o poder legislativo busque ao máximo formular normas certas, sem ambigüidades que possam gerar a já mencionada insegurança jurídica.<sup>82</sup>

Nessa linha, diante da natural indeterminação das normas penais e da garantia gerada pelo princípio da legalidade, faz-se necessário vedar a utilização da analogia que prejudique o agente do crime quando diante de normas ambíguas. Trata-se, é verdade, de uma “metanorma” que busca reparar a situação inevitável da indeterminação. Assim, quando diante de uma lacuna

---

<sup>81</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Pág. 52 e 197.

<sup>82</sup> Ibidem. Pág. 51.

legal, a solução que se apresenta é, dentre outras, a utilização da analogia, mas sempre de uma forma benéfica ao agente da prática criminosa.<sup>83</sup>

Podemos perceber que essa linha de raciocínio muito se parece com aquela que justifica o princípio do *in dubio pro reo*, outro princípio basilar do direito penal brasileiro e, ainda, fundamental para que se possa haver um Estado Democrático. Ora, como sabemos, o Estado possui o monopólio do poder de punir, bem como possui a seu favor toda uma máquina pública, sendo certo que há um desequilíbrio frente aos cidadãos. Nesse sentido, apresentam-se as normas que limitam o poder de agir do Estado, bem como os princípios constitucionais fundamentais para garantia de um Estado justo. Por isso, entendendo ainda o direito penal como a *última ratio*, deve-se sempre analisar suas normas de uma forma que o Estado interfira o menos possível na vida nos indivíduos, somente quando é extremamente necessário e quando não há outros meios de solucionar os problemas apresentados.

No caso aqui discutido, temos então a norma introduzida no art. 2º da Lei 12.850/13, prevendo consequências drásticas ao cumprimento de pena para aqueles que integraram ou praticaram crime através de organizações criminosas e que, durante o cumprimento de pena, ainda mantém vínculos com aquela organização.

Existem três pontos fundamentais a serem discutidos na referida norma, analisados aqui na presente monografia, mas que somente foi possível destrinchar um deles: as organizações criminosas, suas figuras similares e as divergências quanto à aplicação das normas da Lei 12.850/13.

No entanto, antes de tratar das organizações criminosas e da aplicação extensiva das normas a elas referentes, foi possível trazer, de forma sucinta, os dois outros pontos que considero fundamental. São eles a (in)constitucionalidade da norma inserida na Lei 12.850/13 pelo Pacote Anticrime e a problemática da necessidade de apenas indícios de que o agente mantenha vínculos com a organização criminosa pela qual foi preso e condenado.

A discussão quanto à constitucionalidade da nova norma se dá em virtude de possível violação ao princípio da individualização das penas. Seguiu na linha da mesma discussão travada no plenário do Supremo Tribunal Federal, quando foi vedada a progressão de regime

---

<sup>83</sup> Ibidem. Pág. 197.

para aqueles condenados por praticar crimes considerados hediondos. Naquela ocasião, visto que se vedava a progressão de forma abstrata, sem observar cada caso concreto e suas especificidades, como predetermina a necessária individualização das penas, foi declarada a inconstitucionalidade daquela norma.

Portanto, é possível afirmar que estamos em situação bem próxima àquela versada no caso acima. Trata-se de norma que veda a progressão e a concessão dos demais direitos oriundos da execução penal para determinado grupo de apenados. Ora, o legislador, ao impor tal restrição, retira por completo do julgador a possibilidade de, analisando a situação do apenado, decidir pela progressão ou não, ou pela concessão dos demais direitos.

Ainda quanto a discussão da constitucionalidade, outra questão interessante é necessidade apenas de indícios para que seja vedada tal progressão e concessão de demais direitos. Ora, de fato o julgador competente em fase de execução não raras as vezes se baseia apenas em indícios para vedar progressões ou conceder direitos, como o trabalho externo e a visita periódica ao lar. No entanto, em nenhum desses casos se está diante de indícios de novas práticas criminosas, mas apenas de uma análise da vida progressa do apenado e do comportamento carcerário.

Imagina-se, então, que o apenado, preso por integrar organização criminosa ou por praticar crime através de organização criminosa, ao solicitar a progressão de regime quando alcançado o lapso temporal exigido, tenha sua progressão vedada com base no art. 2º, § 9º, da Lei 12.850/13. Em seguida, é de fato constatado que manteve vínculos com a organização criminosa e o apenado é então novamente condenado. Nessa hipótese, estamos diante de um evidente *bis in idem*. O apenado será duplamente punido pela mesma conduta, faltando inclusive o respeito à individualização da pena aqui. Veja-se que antes mesmo de constatada a prática do novo crime e antes de uma nova condenação, o apenado já cumpre pena por essa condenação futura, muito embora não haja prisão preventiva decretada. Enfim, estamos diante de uma situação que, no mínimo, caminha na linha tênue do tolerável por um Estado Democrático de Direito.

Retomando então o tema focal do presente trabalho monográfico, a nova norma, como visto, é cheia de problemáticas nada fáceis de serem solucionadas, mas que, através de estudos de casos similares, bem como uma análise geral da doutrina e jurisprudência pátria sobre o tema



do crime organizado, é possível provisionar a aplicação da norma e de seus institutos pelos Tribunais brasileiros.

Inicialmente, através de análise doutrinária e de diversos julgados dos Tribunais Estaduais e Superiores, foi possível verificar a aplicação analógica das normas presentes na lei 12.850/13 quando diante dos demais institutos similares à organização criminosa definida no art. 1º da referida lei.

Por mais que seja possível enxergar sua aplicação para os institutos previstos no Código Penal e outras Leis Penais Especiais, aqui foi restringida a análise da aplicação extensiva quanto ao tipo previsto no art. 35 da Lei de Drogas, ou seja, às associações criminosas que possuem como fim o tráfico de drogas, normalmente imputada juntamente com o art. 33 da mesma lei.

Ora, foi possível constatar que a Lei 12.850/13, entrando em nosso ordenamento jurídico sete anos após a entrada em vigor da Lei 11.343/06, trouxe diversas inovações quanto ao crime organizado, seja em razão de trazer definição legal quanto em razão de trazer inúmeros meios de investigação e obtenção de provas. Tais inovações, justamente por surgirem em um momento posterior, podem ser consideradas verdadeiras aprimorações dos institutos que já existiam, inclusive porque a antiga lei do crime organizado datava do século passado, não abarcando situações modernas que, diante da revolução tecnológica que se vive no atual século, nem poderia ser abarcadas.

Portanto, a Lei 12.850/13 é lei específica quanto ao crime organizado e a Lei 11.343/06 é direcionada à prática de tráfico de drogas e afins. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência, no que tange à prática de crime da Lei de Drogas envolvendo grupos criminosos organizados, caminhou no sentido de ser possível a aplicação dos institutos trazidos na Lei do Crime Organizado no âmbito da Lei de Drogas.

Seja no que tange à infiltração de agentes ou às colaborações premiadas, fato é que resta consolidada a aplicação dos institutos trazidos pela LCO no âmbito da Lei de Drogas, quando diante de organizações criminosas voltadas para o tráfico. No entanto, importante destacar que a Lei 12.850/13 é lei que não só traz institutos da investigação policial, mas também define crimes, penas e versa sobre a execução penal dos indivíduos condenados por práticas envolvendo organizações criminosas.

Nesse sentido, é importante, ao falar sobre a LCO, entender que não deve ser feita uma prospecção generalista, de forma a englobar todos os institutos, devendo separar o que é norma procedimental do que se chama “direito penal estrito”<sup>84</sup>, ou seja, aquelas normas que tipificam condutas e cominam penas.

Essas últimas precisam ser debatidas e aplicadas seguindo ao máximo todas as cautelas e princípios do direito penal e processual brasileiro, haja vista serem responsáveis por retirar, em maior ou menor grau, direitos fundamentais de indivíduos.

Logo, por mais que seja possível aplicar os institutos procedimentais de meios de obtenção de prova e investigação no âmbito da Lei de Drogas, entendo que não deva ser o mesmo caminho quando diante de normas do “direito penal estrito”.

O direito penal brasileiro, sendo parte de um Estado Democrático de Direito, possui inúmeras garantias legais e constitucionais que, como já visto, buscam resguardar o indivíduo frente ao poder punitivo estatal. Nesse sentido, por mais que o Código Penal Brasileiro seja oriundo de um código nada democrático e extremamente fascista e perigoso, a Constituição Brasileira de 1988 irradia sobre a codificação, trazendo garantias como a que se sustentou na presente monografia e que entendo ser a razão pela qual não é possível aplicar a nova norma fora do âmbito de incidência da LCO: O princípio da legalidade e seus desdobramentos.

O princípio da legalidade é basilar não só do direito penal, mas também da ciência jurídica como um todo. No entanto, no direito penal é onde ele possui maior relevância. Enquanto, por exemplo, no direito administrativo somente se pode fazer o que está previsto na lei, no direito penal é justamente o contrário, seguindo os brocardos famosos do direito penal, como o consagrado “*nullum crimen sine lege*”.

Assim, diante do caso trazido aqui, o princípio da legalidade incide de forma geral, mas, especialmente, incide através de seus desdobramentos<sup>85</sup>. De início, a vedação da utilização da analogia *in malam partem* se faz presente quando, diante de institutos do mesmo grupo de

---

<sup>84</sup> BATISTA. Op. Cit. Pág. 74.

<sup>85</sup> BATISTA. Op. Cit. Capítulo II. § 9º.

crimes, qual seja o crime organizado, questiona-se a aplicação de uma norma prevista na Lei que trata de um tipo específico no âmbito dos demais tipos de organizações.

Ora, por mais que seja possível, como já vimos, a aplicação de normas de cunho procedimental, que versam sobre a obtenção de provas e meios investigativos, a norma prevista no § 9º do art. 2º é norma que comina uma sanção ao apenado, possuindo verdadeira natureza de pena. Nesse sentido, sendo parte do chamado direito penal estrito, a interpretação extensiva da norma para considerar o termo “organização criminosa” em seu sentido lato, ao invés de restringir sua leitura com base na definição trazida no art. 1º da LCO, é contrária ao princípio da legalidade e trata-se, na realidade, de analogia que causa malefícios ao apenado, devendo não ser realizada quando há interpretação mais favorável ao apenado.

Discutiu-se, nessa linha, o emprego do termo “organização criminosa” no ordenamento jurídico e nas mais diversas decisões de diversos tribunais, podendo-se concluir que há, de fato, uma confusão em seu emprego, não se restringindo a isso. Existe um sério problema quanto a desproporcionalidade dos institutos que versam sobre as organizações em comparação com o instituto trazido no art. 35 da Lei de Drogas. Enquanto a LCO exige, para que se configure uma organização criminosa, toda uma estrutura e um número maior de integrantes em relação à associação criminosa para fins de tráfico, essa possui pena máxima maior do que aquela e não dispõe, em sua lei, de tantos meios de obtenção de provas e de investigação.

Por outro lado, importante destaque se faz aos julgados que compreendem o termo “organização criminosa” como verdadeiro gênero que possuiria os demais tipos organizacionais como espécies. Assim, por exemplo, compreendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao analisar a modificação trazida pela Lei n. 13.769/2018, que inseriu possibilidade de progressão de regime em caráter especial para mulheres grávidas ou responsáveis por crianças ou deficientes.<sup>86</sup>

A referida lei inseriu o § 3º no art. 112 da LEP, trazendo tal possibilidade de progressão especial, exigindo uma série de requisitos a serem preenchidos para que se possa progredir em tais termos. Dentre tais exigências, consta a necessária não integração a organizações criminosas. Diante, então, de tal exigência, o TJSP entendeu que utilização do termo

---

<sup>86</sup> AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 0002816-58.2019.8.26.0496; 14ª Câmara de Direito Criminal do TJSP; Relator Des. Hermann Herschander; Data de julgamento: 06/06/2019; Data de publicação: 04/07/2019.

“organização criminosa” na referida lei não foi utilizado em seu sentido estrito, mas sim como se fosse um gênero que englobaria as demais espécies de criminalidade organizada.<sup>87</sup>

É justamente tal entendimento que entendo ir de encontro ao princípio da legalidade e é justamente tal princípio e seus desdobramentos que sustentaram a recente decisão do STJ que anulou o mencionado julgado acima. Como já bem explicitado na presente monografia, nos autos do HC nº 522.651 – SP, de relatoria da Min. Laurita Vaz, sustentou-se que, nesse caso, não pode o julgador dar sentido diverso do que aquele previsto em lei.<sup>88</sup>

Trata-se, assim como no caso discutido aqui, de norma penal que precisa de uma complementação e, não por outra razão, assim o fez o legislador ao editar a Lei 12.850/13, definido no que consistem as organizações criminosas, não dando margem para interpretação diversa, por mais que, no dia a dia, muitos juízes não tomem a devida cautela para utilizar os termos jurídicos aqui discutidos.

Ora, se existe então uma definição legal quanto às organizações criminosas e o legislador, em momento posterior, escolheu mencioná-las e não tratar dos demais tipos de sociedades do crime, não há que se questionar a possibilidade de englobá-las ou sustentar que a intenção do legislador seria outra. Nesse sentido, basta observar que, em outros momentos, o legislador tomou a devida cautela e falou de todos os tipos, ao invés de tentar englobá-las através de um único termo.

Portanto, se, no caso acima narrado, decidiu-se pela não possibilidade da interpretação extensiva do termo “organização criminosa” por todos os motivos acima descritos, no caso em tela, ou seja, na aplicação da norma inserida pela Lei anticrime no art. 2º da LCO, não há que se falar em aplicação extensiva ao demais tipos de sociedades criminosas.

Por fim, considero ser necessária uma análise contextualizada das consequências práticas que uma interpretação extensiva causaria e, justamente por isso, entendo necessário o presente trabalho monográfico.

---

<sup>87</sup> Ibidem.

<sup>88</sup> STJ. HC nº 522.651 – SP; Min. Rel. Laurita Vaz. Dje.: 18 de agosto de 2020.

É notório que o Pacote Anticrime, editado com alterações e transfigurado na Lei 13.964/19, busca saciar os anseios punitivistas de uma sociedade que enxerga a criminalidade crescer frente ao crescente desemprego, à crescente desigualdade social e a deficiência dos serviços públicos essenciais.

A sociedade brasileira (ou grande parte dessa) enxerga o encarceramento em massa, o aumento das penas e outras medidas paralelas como verdadeira solução de todos os problemas que permeiam nossa vida. Nesse sentido, buscou-se, através de uma série de medidas trazidas no dito pacote, aumentar penas e manter o apenado no estabelecimento prisional o máximo de tempo possível.

Assim como a medida inserida no § 9º do art. 2º, o Pacote aumentou a quantidade de pena máxima, aumentou o lapso temporal necessário para progressão de regime e concessão de demais direitos da execução, dentre outras medidas.

Vemos, então, que o Pacote do então Ministro Sérgio Moro não busca melhorar os estabelecimentos penais ou proporcionar novas oportunidades àqueles que, por diversas razões, acabaram por cometer crimes. Trata-se somente de aumentar a punição e excluir aqueles já excluídos,

Logo, tomando tal ponto de partida, não surpreenderia uma interpretação extensiva justamente para contemplar os anseios de quem promoveu tal mudança.

Imaginemos que, ao aplicar a norma, os tribunais interpretassem-na de forma extensiva, de modo a incidir sobre os demais institutos similares à organização criminosa e, em especial, no âmbito das associações criminosas para fins de tráfico.

Como se sabe, o sistema carcerário brasileiro é dividido entre as facções criminosas existentes, havendo poucos presídios ditos “seguros”, nos quais não há um controle das facções, em pleno acordo o Estado e seus agentes. Assim, tomando como base que muitos daqueles presos alocados nos “presídios de facção” estão ali por condenações oriundas da lei de drogas, muitas vezes por integrar a facção, sendo condenados pelo art. 35 da referida lei, a interpretação extensiva da norma do § 9º do art. 2º da LCO incidiria para todos aqueles.

Caso assim fosse, considerando que aqueles presos estão alocados em presídios dominados pela facção e, necessariamente, estes estão ali porque integraram ou integram a facção em questão, fácil seria para o julgador competente afastar os direitos da execução e a progressão de regime para aqueles presos com base na nova norma. Como antes dito, a necessidade de que seja visualizado apenas indícios de que o apenado mantém vínculos com a organização criminosa torna o juízo de valor do julgador temerário e, caso admitida a interpretação extensiva e aplicada no âmbito da Lei de Drogas e dos presos alocados nos presídios de facção, o simples fato do apenado restar preso em um presídio de facção poderia ser considerado como indício de manutenção de vínculo, afastando todo e qualquer direito do apenado, mantendo aquele preso em regime normalmente fechado até o final de seu cumprimento de pena.

Dentre as muitas críticas que se faz às medidas trazidas pela Lei Anticrime, o aumento do custo do sistema carcerário com certeza é aquela que tende a incomodar mais aqueles defensores do projeto. Certamente as medidas encarceradoras como a discutida aqui aumentam o custo com o sistema carcerário como nunca se fez e, muito embora a crítica quanto ao uso de recursos tenha recaído exclusivamente sobre o juiz de garantias, o real impacto orçamentário foi deixado de lado pela grande mídia. Caso admitida a interpretação extensiva da norma aqui tratada então, o aumento de custos seria estratosférico, para buscar uma solução que, como vemos no dia a dia, não produz resultados efetivos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **O conceito de organização criminosa e crime institucionalizado**. Revista Consultor Jurídico – Conjur. 27 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-27/conceito-organizacao-criminosa-crime-institucionalizado#author>. Acesso em: 28 de set. de 2020

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm).

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm).

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Leis de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm).

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 882/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em 02 de nov. de 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm).

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm).

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem

dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm).

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm).

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SISDEPEN - plataforma de estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 1º de out. de 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC nº 118.551-PA. Relator Min. Ricardo Lewandowski. 2ª Turma, julgamento em 01.10.2013

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 522.651 – SP. Relatora Min. Laurita Vaz. 6ª Turma. Julgamento em 19.08.2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Incidente em execução penal nº. 0006110-44.2017.8.26.0026. Juiz de direito Dr. José Roberto Bernardi Liberal. Julgado em 20.03.2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus nº 0003108-76.2016.8.19.0000. Rel. Des. Katya Maria Monnerat. Data de publicação: 28/03/2016

\_\_\_\_\_. Agravo em execução nº 0002816-58.2019.8.26.0496. Relator Des. Hermann Herschander. 14ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 06.06.2019

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime -- Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. 1ª Edição, Salvador: Ed. JusPodivm, 2020

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal – Parte Especial**, 12ª Edição, Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, 10ª Edição, Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

DATAFOLHA. **Razões De Voto Para Presidente Da República** – Instituto Datafolha - Outubro De 2018. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2018/10/22/86573009cfde5a6de64bd00cc1bd94a3.pdf>. Acesso em 02 de nov. de 2020



FILHO, Brauner Justino Arcaro. TRUPPEL, Fabrício Gilberto. **A Lei de Combate ao Crime Organizado e sua Aplicabilidade no Inquérito Policial Militar**. Revista Ordem Pública e Defesa Social – v. 10, n.1, jan./jul., 2018. Disponível em: <https://rop.emnuvens.com.br/rop/article/view/146> . Acesso em: 22 de out. de 2020.

FILHO, Roberto Gurgel de Oliveira. **O Tratamento Jurídico Penal Das Organizações Criminosas No Brasil**. [s. l.]: MAXWELL, 2013. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ir01054a&AN=max.21215&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site> . Acesso em: 1 nov. 2020.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes. **Colaboração premiada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FREIXO, Marcelo. **Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do estado do rio de janeiro**. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, Sala das Comissões, 14 de novembro de 2008. Disponível em: <https://www.marcelofreixo.com.br/cpi-das-milicias>. Acesso em: 28 de set. de 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01?** (Apontamentos sobre a perda de eficácia de grande parte da Lei 9.034/95). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2919> . Acesso em: 28 de set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. Disponível em: [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print) . Acesso em: 01 nov. 2020

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 13<sup>a</sup>. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 Artigo Por Artigo**. 1<sup>a</sup> ed. Salvador, Editora Juspodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury, **Direito Processual Penal**, 15<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 2018.

MASSON, Cleber. MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 4ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2018.

PORTAL DO STF. **Aplicação das súmulas no STF. Súmula vinculante nº 26**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271> . Acesso em 02 de nov. de 2020.

VIANA, Lurizam Costa. **A organização criminosa na lei 12.850/13**. Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2017. Disponível em: [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASHGA3/1/a\\_organiza\\_o\\_criminosa\\_na\\_lei\\_12.850\\_13\\_disserta\\_o\\_lurizam\\_costa\\_viana\\_.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASHGA3/1/a_organiza_o_criminosa_na_lei_12.850_13_disserta_o_lurizam_costa_viana_.pdf).