

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

GERSON MENDES JORGE

A INFILTRAÇÃO POLICIAL NO SEIO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

PORTO ALEGRE

2018

GERSON MENDES JORGE

A INFILTRAÇÃO POLICIAL NO SEIO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Trabalho de Conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

PORTO ALEGRE

2018

GERSON MENDES JORGE

A INFILTRAÇÃO POLICIAL NO SEIO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito,
junto à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen
da Silva

Aprovado em 11 de janeiro de 2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Prof. Dra. Vanessa Chiari Gonçalves
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Prof. Dra. Ana Paula Motta Costa
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

AGRADECIMENTOS

A Deus pela sua infinita bondade.

Aos meus pais, Armando Jorge e Helena Mendes, por serem a peça basilar da minha formação e, acima de tudo, pelo amor incondicional. A vocês dedicarei sempre as minhas conquistas, certo de que nenhum texto será o bastante para expressar minha gratidão.

Dongala Mendes e Nájala dos Santos, vocês foram fundamentais para a realização desse feito. São tios que ocupam em meu coração lugar de pais, dedicados desde o acolhimento caloroso, cuidado atencioso e aconselhamentos encorajadores. Obrigado pela dedicação em fazer desse momento uma realidade.

Afonso Pedro, a vida certamente nos guarda mais momentos inesquecíveis como os já vividos. Neste brevíssimo momento de lucidez, convém dizer que sou imensamente grato pela parceria, irmão. Tu fazes jus ao ditado: “amigo melhor que tu, somente Jesus o é”.

No exato momento em que dois personagens importantes da minha trajetória se mudaram para Angola, surgiu você, Ana Cristina, para, presencialmente, preencher o vazio. Sou grato pelo amor e dedicação que demonstras; pela companheira que és; por sempre me incentivar a seguir em frente; por entender quando precisei me afastar para estudar; e por sempre acreditar que sou capaz de grandiosos feitos bem mais do que eu mesmo sou. De coração, muito obrigado.

Agradeço aos meus amigos – de Angola e do Brasil, aos colegas de trabalho e aos familiares que de algum jeito contribuíram para a conclusão deste percurso. Agradeço aos colegas de faculdade – em especial, Douglas Fernandes, Lucia Sansone e Romulo Volnei –, que comigo trilhamos a caminhada rumo à colação de grau. Obrigado por existirem e fazerem da faculdade um momento de experiências agradáveis – sem vocês, a faculdade seria, sem dúvida, um lugar caótico.

E, finalmente, agradeço ao meu orientador, prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva, por ter aceitado o pedido de orientação e, principalmente, pelas sugestões de temas e delimitações possíveis para o trabalho de conclusão do curso. O meu *muy* obrigado.

“Organização é virtude que nos permite muito realizar, ainda que tenhamos em nosso poder um segundo apenas”.

RESUMO

A modernização da sociedade, em face dos avanços na tecnologia e na comunicação e processamento de dados, potencializou a evolução de uma criminalidade, agora, mais organizada e tão globalizada quanto à sociedade. Em razão da ameaça que representa às instituições estatais e à sociedade em geral, a criminalidade organizada assumiu um papel de destaque, tanto na criação de política criminal dos países ocidentais quanto nos debates acadêmicos - sociológicos e criminológicos. Para um enfrentamento eficiente do fenômeno, o Estado brasileiro criou mecanismos especiais de controle e investigação das organizações criminosas, valendo-se da inserção de meios extraordinários de obtenção de provas do crime organizado. Nesse contexto, o presente trabalho tem como objeto central o estudo acerca da infiltração de agentes policiais, técnica especial de colheita de prova, atualmente regulada pela Lei 12.850, de 2013. Para o alcance desse propósito, este trabalho, por meio de pesquisa bibliográfica, aborda, no primeiro momento, o surgimento das organizações criminosas no cenário mundial desde os tempos remotos, para, posteriormente, concentrar-se no âmbito interno brasileiro. Na sequência, após um esboço histórico a respeito do crime organizado no Brasil, trata da legislação sobre o assunto, em destaque a Lei 12.850/13, nominada Lei das Organizações Criminosas. Até que, no ápice da monografia, analisa a sistemática da técnica da infiltração policial, os limites de atuação e a responsabilidade penal do agente infiltrado, bem como a conformação do instituto em face de um Estado Social, Democrático e de Direito.

Palavras-chaves: Criminalidade Organizada. Meios extraordinários de investigação. Infiltração Policial. Estado Social.

ABSTRACT

The modernization of society, in the face of advances in technology and communication and data processing, has potentiated the evolution of crime, now more organized and globalized as it is society. Because of the threat posed to state institutions and society at large, organized crime has played a prominent role both in the creation of Western criminal policy and in sociological and criminological academic debates. For effective coping with the phenomenon, the Brazilian State created special mechanisms for the control and investigation of criminal organizations, using special means of obtaining evidence of the organized crime. In this context, the main objective of this work is to study the infiltration of police officers, a special technique for collecting evidence, currently regulated by Law 12.850, of 2013. In order to achieve this purpose, this work, through the bibliographical research, address, in the first moment, the appearance of the criminal organizations in the world stage from the earliest time, and, later, to focus on the Brazilian internal field. Then, after a historical review on organized crime in Brazil, it deal with the legislation on the subject, in particular Law 12.850/13, named the Criminal Organizations Law. At the apex of the monograph, it analyzes the systematic of the police infiltration's technique, the action's limits and the criminal responsibility of the undercover agent, as well as the conformation of the institute in the face of a Social, Democratic and Right State.

Keywords: Organized crime. Extraordinary means of investigation. Undercover Operation. Social State.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO CENÁRIO MUNDIAL	12
2.1 ANTECEDENTE HISTÓRICO	12
2.2 CONCEITO E PARADIGMAS DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	16
2.2.1 EM BUSCA DE UM CONCEITO IDEAL	16
2.2.2 PARADIGMAS OU TIPOS DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	21
2.3 CARACTERÍSTICAS DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	28
2.3.1 ESTRUTURA PLÚRIMA, HIERARQUIZADA E PERMANENTE	30
2.2.2 FINALIDADE DE LUCRO OU PODER	31
2.2.3. UTILIZAÇÃO DE MEIOS TECNOLÓGICOS	32
2.3.4 TRANSNACIONALIDADE OU INTERNACIONALIZAÇÃO	32
2.3.5 ORGANIZAÇÃO	33
2.3.6 CONEXÃO COM O ESTADO	34
3 O CRIME ORGANIZADO NO DIREITO BRASILEIRO	35
3.1 HISTÓRICO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA NO BRASIL	35
3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL	38
3.2.1 LEI 9.034/95 (E ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 10.217/01)	38
3.2.2 CONVENÇÃO DE PALERMO. DECRETO PRESIDENCIAL 5.015/2004	42
3.2.3 LEI 12.850/2013 – NOVA LEI DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA	44
3.2.4 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA	50
4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: INFILTRAÇÃO POLICIAL	53
4.1 O AGENTE INFILTRADO NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	53
4.2 CONCEITO DE AGENTE INFILTRADO	56
4.2.1 AGENTE INFILTRADO <i>VERSUS</i> AGENTE PROVOCADOR	58

4.2.2 OUTROS INSTITUTOS CORRELATOS.....	59
4.3 PROCEDIMENTO LEGAL.....	61
4.4 VALOR PROBATÓRIO DA PROVA COLHIDA PELO AGENTE.....	65
4.5. RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO	66
4.6 AGENTE INFILTRADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	69
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

1 INTRODUÇÃO

Se, por um lado, a criminalidade organizada tem capturado a atenção dos estudiosos do campo sociológico e jurídico, em razão de sua configuração complexa e difícil conceituação que permanece polêmica desde o século XIX, por outro lado, sendo de extrema relevância ainda, representa um desafio para os órgãos estatais, expandindo-se ao longo dos anos, na mesma rapidez em que ocorre a expansão e o desenvolvimento da própria sociedade, nos variados aspectos.

Como reflexo de uma sociedade de massa, própria da era pós-industrial, e, portanto, globalizada, a criminalidade, aproveitando os espaços abertos em razão dessa globalização, passou a atuar em larga escala, lançando seus “tentáculos”, também, além-fronteiras, de forma racionalizada, planejada e organizada. O perfil do criminoso sofisticou-se.

Nesse contexto, à medida que os criminosos transformaram seu *modus operandi*, tornando-o mais eficiente – muitas vezes por meio da criação de redes de informação, de estrutura organizacional hierarquizada, de recrutamento de agentes especializados com objetivos delimitados –, os órgãos estatais viram-se compelidos a também tomar medidas e criar métodos efetivos para o enfretamento desta nova roupagem da criminalidade, pois, para fazer face às organizações criminosas é necessário, além da união de órgãos estatais, uma atividade de inteligência e meios extraordinários e efetivos para um enfretamento paritário do problema.

Desse modo, o Brasil, seguindo os passos de outras nações, teve que aperfeiçoar as formas de repressão, sobretudo no que diz respeito às técnicas de investigação e colheita de dados probatórios do crime organizado. Nessa conjuntura, inseriram-se certos institutos de investigação criminal, tais como a delação premiada, a entrega vigiada, a ação controlada, as interceptações telefônicas e quebra de sigilos bancários e fiscais, a cooperação internacional no âmbito da investigação, assim como a técnica da infiltração policial, ou simplesmente “agentes infiltrados”.

Aliás, este último instituto – infiltração policial – constitui o objeto central desta monografia. Para tanto, partiremos, inicialmente, de uma resenha histórica acerca

das organizações criminosas de modo geral, abordando, na sequência, a problemática conceitual e dos elementos caracterizadores do crime organizado.

Na segunda parte, centralizaremos o estudo no âmbito nacional, analisando o crime organizado no direito brasileiro, a partir do surgimento das primeiras formas da criminalidade organizada até o cenário atual e, por fim, descrever a evolução do tratamento legislativo conferido à matéria. Na terceira e derradeira parte, focalizaremos os instrumentos de investigação criminal da delinquência organizada, tendo como foco neste trabalho de conclusão a compreensão acerca da infiltração policial nas organizações criminosas. Nesse momento específico, trataremos da sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, do regramento dado pela legislação, através da novel Lei 12.850/2013, denominada Lei das Organizações Criminosas. Ao final, buscaremos analisar a valoração da prova colhida pelo agente infiltração e conformação do instituto à luz de um Estado que se pretende Democrático e de Direito.

Assim, para o alcance do desiderato proposto, foi adotado o método dedutivo na elaboração deste trabalho, desenvolvido mediante o aporte de vasto conteúdo teórico-doutrinário sobre o tema tratado, bem como de pesquisa documental e jurisprudencial.

2 ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO CENÁRIO MUNDIAL

2.1 ANTECEDENTE HISTÓRICO

A evolução histórica das organizações criminosas está intrinsecamente relacionada à própria evolução natural da humanidade. A modernização da sociedade, por meio de grandes avanços em tecnologias, meios de comunicação e de transporte, bem como por meio da descoberta das mais sofisticadas técnicas de processamento de dados, se, por um lado, trouxe benefícios imensuráveis para a sociedade, por outro, deu ensejo ao surgimento e/ou evolução de um modelo específico de criminalidade: a *criminalidade organizada*, a qual põe em xeque (não raras vezes com sucesso) a eficiência do aparato de “controle” estatal.

Em relação ao seu surgimento, não se encontra na doutrina precisão unânime quanto à origem das organizações criminosas. Essa dificuldade na identificação do marco inicial se deve à própria natureza dessas organizações, bem como em razão das diversas formas de manifestação em variados países ao longo dos tempos.¹

Conforme ensina Eduardo Araujo da Silva, no entanto, em que pese a dificuldade de se rastrear o ponto de partida da criminalidade organizada, “a raiz histórica é traço comum de algumas organizações criminosas”, com destaque especial para “as Máfias italianas, a *Yakuza* japonesa e as Tríades chinesas”².

As Tríades chinesas, segundo a doutrina majoritária, constituem um marco possível do surgimento das formas do crime organizado. Essa organização teve origem no ano de 1644, cuja finalidade inicial era a de expulsar os invasores do império Ming.³ No entanto, com o desenrolar dos fatos, as Tríades chinesas passaram a agir de forma secreta na comercialização do ópio, principalmente em

¹ A obra de GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl menciona que o estudo das organizações criminosas “não é um assunto de fácil compreensão, mesmo porque, em cada país, em razão de peculiaridades locais ou regionais, ele se desenvolve de maneira distinta. Em cada lugar e em cada setor, de outro lado, o crime organizado já alcançou um estágio diferente”. (Cf. GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 73).

² SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado – Procedimento Probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 19.

³ SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 4.

razão da adesão de camponeses ao grupo. Aliás, segundo a descrição de Eduardo Araujo da Silva:

Com a declaração de Hong Kong como colônia britânica em 1842, seus membros [*das Tríades*] migraram para essa colônia e posteriormente para Taiwan, onde não encontraram dificuldades para incentivar os camponeses para o cultivo da papoula e exploração do ópio. Em 1880, quando a Companhia Britânica das Índias Orientais decidiu engajar a população chinesa para a produção do ópio, até então trazido da Índia e pago com produtos chineses (chá, algodão e arroz), 20 milhões de chineses se dedicavam ao seu cultivo. Um século mais tarde, quando foi proibido o comércio do ópio em todas as suas formas, as Tríades passaram a explorar solitariamente o controle do próspero mercado negro da heroína.⁴

Outra organização antiga apontada como raiz histórica das organizações criminosas foi a *Yakuza*, que remonta ao período feudal no Japão. Diferentemente do que sucedera com as Tríades, a organização *Yakuza* já detinha como objetivo inicial a prática de atividades consideradas ilícitas. De acordo com Eduardo da Silva, a organização criminosa *Yakuza* “se desenvolveu nas sombras do Estado para a exploração de diversas atividades ilícitas (cassinos, prostíbulos, turismo pornográfico, tráfico de mulheres, drogas e armas, lavagem de dinheiro e usura)”.⁵ Ainda, conforme o mesmo autor:

[...] com o desenvolvimento industrial do Japão durante o século XX, seus membros também passaram a dedicar-se à prática das chamadas ‘chantagens corporativas’, pela atuação dos sokaiya (chantagistas profissionais) que, após adquirirem ações de empresas, exigem lucros exorbitantes, sob pena de revelarem os segredos aos concorrentes”.⁶

Renato Brasileiro de Lima, ao retratar a sociedade *Yakuza*, assim a descreveu:

⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: Procedimento Probatório*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 5.

⁵ SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 20. Nesse sentido, como obra de referência sobre o tema, vide: MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 173-180.

⁶ SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado – Procedimento Probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 20. Em sentido oposto ao texto, Mendroni refere que “diferentemente da *Yakuza*, *Sokaya* é resultado do moderno desenvolvimento econômico capitalista no Japão, produto da subcultura, crescido em circunstâncias especiais, já existentes no decorrer do século XIX e adaptadas e afirmadas para o presente”. (Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 181).

Geralmente, seus membros têm tatuagens de samurais, dragões e serpentes, que servem não apenas para identificar seus integrantes, mas também para estabelecer um grau de liderança por eles exercido dentro da organização.

Essa instituição demonstra toda sua organização, deixando clara que possui estrutura bem definida, tendo em vista possuir um rígido código interno, devendo ser severamente punido quem infringir tal regimento. Além de possuir obviamente uma hierarquia bem definida, que deve ser rigidamente seguida e respeitada, conta também com um sistema de identificação e subordinação de acordo com a tatuagem que cada membro carrega”.⁷

Por fim, surgindo na Itália na primeira década do século XIX, a *Máfia*⁸ desempenhou um papel fundamental na gênese e evolução das organizações para o crime tal como conhecidas hoje. Em 1812, surgiu inicialmente como um movimento de resistência (composto pelos *uomini d'onore*) contra o rei de Nápoles, em razão de um decreto real que, mudando a estrutura agrária da região, acabou reduzindo os privilégios feudais e limitando os poderes dos príncipes. Com a unificação da Itália, e, conseqüentemente, com o declínio da realeza, os *uomini d'onore* passaram a fazer parte das forças que resistiram às invasões estrangeiras, na luta pela independência da região. Essa situação facilitou a obtenção da simpatia popular pela atitude patriótica. De todo modo, já a partir da segunda metade do século XX, a Máfia passou a dedicar-se à atividade criminosa⁹.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. p. 473.

⁸ Segundo Fernandes e Fernandes, a etimologia da palavra “máfia” é duvidosa. De acordo com o dialeto siciliano significa *esperteza, bravata*; para outros a palavra tem origem moura, de “mahyas”, que significa defender alguém de alguma coisa; ainda cogita-se que seja derivação da palavra francesa “meffler”, de “maufe”, o deus do mal. (Cf. FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. *apud* ENDO, Igor Koiti. *Origens das Organizações Criminosas: aspectos históricos e criminológicos*. Revistas Eletrônicas da Toledo Presidente Prudente, 2009. Disponível em: <intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1242/1184>. Acesso em: 29 out 2017). Jean Ziegler, por seu turno, aduz que o termo surgiu pela primeira vez na região meridional da Sicília, no final do século XVI, significando “bravura” e “coragem”, além de “autoconfiança” e “arrogância”. Posteriormente, no final do século XIX, os “homens de honra” contratados pelos senhores feudais para defenderem a ilha do reino de Nápoles criaram sociedades secretas que adotaram o nome *mafia*. Em sentido contrário, Pino Arlacchi entende que a palavra é uma criação literária do século XIX e sequer fazia parte do vocabulário da época do ideal “sicilianista”, pois até hoje os verdadeiros “mafiosos” são conhecidos como *uomini d'onore* (Cf. ZIEGLER, Jean. *Os senhores do crime*. Lisboa: Terramar, 1998. *apud* SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 19).

⁹ Vale registrar o destaque feito por Eduardo da Silva no sentido de que nessa “nova fase de dedicação às atividades criminosas, o movimento popular do sul da Itália se dividiu em vários grupos: a *Cosa Nostra* da Sicília, considerada a organização mais poderosa, agrupa cerca de 180 clãs, 5,550

Como visto, as principais associações que inauguram a conversa da criminalidade organizada da atualidade não surgiram com intenção criminosa. Conforme o relato de Rafael Pacheco a “maioria teve como nascedouro movimentos populares, o que facilitou sobremaneira sua aceitação na comunidade local, assim como o recrutamento de voluntários para o exercício de suas posteriores atividades ilícitas”¹⁰. Rafael Pacheco acrescenta ainda que:

As descrições mais remotas dessas associações podem ser identificadas no início do século XVI e tinham como fundo motivador e organizacional os movimentos de proteção contra as arbitrariedades praticadas pelos poderosos do Estado, em relação a pessoas que geralmente residiam em localidades rurais, menos desenvolvidas e desamparadas de assistência dos serviços públicos.¹¹

Assim, das organizações seculares como as Tríades chinesas, ou os grandes agrupamentos de piratas¹², até as organizações criminosas atuais, importantes transformações tiveram lugar, as quais deram condições, direta ou indiretamente, para a configuração da atual roupagem da criminalidade, mais organizada, modernizada e, sobretudo, internacionalizada.

Nada obstante, embora o conhecimento da gênese de algum fenômeno objeto de estudo seja dotado de certa relevância, de sorte a facilitar, até certo ponto, sua compreensão, é óbvio que, no caso das organizações criminosas, tal relevância não demanda dos estudiosos profundas elucubrações teóricas, vez que pouco ou quase nada acrescentam para o enfretamento da realidade que se apresenta hodiernamente. Isso porque a aparição efetiva desse novo *tipo criminal* é

“homens de honra” e 3.500 soldados (filiados); a *Camorra*, que controla a Campânia, vasta região agrícola e industrial do interior de Nápoles, que agrega 145 clãs e 7.000 membros; a *Sacra Corona Unita*, que atua na região da Apúlia, na costa do mar Adriático, e segundo estimativas conta com 500.000 membros; e a *N'Dranghetta*, que congrega 80 clãs e aproximadamente 5.000 homens (Cf. SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado: Procedimento Probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21).

¹⁰ PACHECO, Rafael. *Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 22.

¹¹ PACHECO, Rafael. *Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 22.

¹² Nesse sentido, Rafael Pacheco aponta que “os piratas, por sua vez, tinham uma organização ainda mais estável, contando com o apoio de algumas nações, e uma estrutura de trabalho que possuía receptadores para as mercadorias roubadas e até portos seguros” (Cf. PACHECO, Rafael. *Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 23).

contemporânea, potencializada pelas circunstâncias próprias da modernização nas sociedades do nosso tempo. E, conforme aduz Zaffaroni, de modo enfático:

O “*organized crime*” como tentativa de categorização é um fenômeno de nosso século e de pouco vale que os autores se percam em descobrir seus pretensos precedentes históricos, mesmo remotos, porque entram em contradição com as próprias premissas classificatórias. É absolutamente inútil buscar o crime organizado na Antiguidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria etc., porque isso não faz mais que indicar que se há olvidado uma ou mais das características em que se pretende fundar essa categoria, como são a estrutura empresarial e, particularmente, o mercado ilícito”.¹³

Com efeito, nem todo tipo de criminalidade contemporânea é organizada, todavia, o raciocínio *contrario sensu* é verdadeiro¹⁴, de modo que a compreensão acerca da natureza, características e conceituação do fenômeno criminoso em destaque é fundamental no estabelecimento de políticas criminais especializadas no combate da delinquência organizada.

2.2 CONCEITO E PARADIGMAS DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

2.2.1 EM BUSCA DE UM CONCEITO IDEAL

A conceituação das organizações criminosas (ou crime organizado¹⁵) é um tema complexo e controverso, sendo considerado pela doutrina uma das tarefas mais hercúleas no estudo sobre o assunto. Enquanto um fenômeno globalizado, encontrando-se instalado em quase todos os países do mundo – com intensidades

¹³ ZAFFARONI, Eugene Raul. *Crime organizado: uma categorização frustrada*. Disponível em: <<https://docslide.com.br/documents/eugenio-raul-zaffaroni-crime-organizado-uma-categorizacao-frustrada.html>> Acesso em: 29 out. 2017.

¹⁴ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 58.

¹⁵ Já no tocante à questão terminológica, merece transcrição a interessante observação feita por Francis Rafael Beck ao justificar a eleição da denominação “criminalidade contemporânea” na sua obra. Segundo o autor “parece pouco adequado que se fale sobre uma ‘velha’ criminalidade (termo deveras subjetivo e de obscuros contornos para delimitar o termo inicial do surgimento de uma ‘nova’ criminalidade). Por outro lado, o termo ‘moderna’ pode causar confusão com a categoria modernidade”. (Cf. BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 58).

variadas em cada um deles, é verdade –, o crime organizado ocupa posição de destaque nos centros acadêmicos, bem como políticos, no concernente à criação de políticas criminais, muito em razão das notórias (ou não tão notórias) consequências que dele podem advir.¹⁶

A depender das condições sociais, políticas, econômicas, territoriais etc., do local em que se manifestar, a criminalidade organizada acaba ganhando certa especificidade ao longo de sua evolução em cada país, moldando suas características e intensidades, por um lado, bem como os modelos, métodos e técnicas de repressão, por outro.

Mas por que conceituar o “crime organizado”? O Direito, assim como qualquer outro conhecimento que se pretende ciência, deve possuir, dentre outros elementos, o que se denomina de *precisão linguística* (linguagem científica). E em relação ao Direito Penal, em face da exatidão terminológica inerente ao ramo, esse elemento se exige *a fortiori*, uma vez que está em jogo um importante (e inegável) direito inerente à própria natureza de ser humano: o *status libertatis*, tanto sob a bandeira de uma maior proteção das garantias individuais quanto sob o ideal de busca da plena eficácia da tutela penal.

Sob esse prisma, Guilherme de Souza Nucci, analisando a legislação brasileira sobre o tema, observa que “é indiscutível a relevância da conceituação de organização criminosa, não somente para fins acadêmicos, mas pelo fato de se ter criado um tipo penal específico para punir os integrantes dessa modalidade de associação”¹⁷. Isso implica dizer que a definição do crime organizado, em última análise, é um imperativo assentado no princípio da legalidade ou da reserva legal.

Na lição de Gamil Föppel El Hireche, temos que:

¹⁶ O crime organizado é “silencioso”. Não afeta sujeitos determinados em suas individualidades, e sim uma coletividade, sem, ainda assim, deixar vestígios facilmente detectáveis. Conforme refere Mauro Viveiros “[...] ao contrário do que ocorre com um crime de homicídio, por exemplo, em que se tem a prova da materialidade (o corpo da vítima), a partir do que se pode formular hipóteses e chegar ao criminoso, no crime de organização criminosa – crime formal – não há materialidade propriamente; é preciso primeiro apurar os crimes fim para só depois saber se o material recolhido satisfaz, ou não, as exigências que a lei estabelece para caracterizar o crime de organização criminosa”. (Cf. VIVEIROS, Mauro. *Crime Organizado: Desafios e consequências*. Ponto na curva 2016. Disponível em: <<http://www.pontonacurva.com.br/opiniao/crime-organizado-desafios-e-consequencias/1078>>. Acesso em: 10 de nov. 2017.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Forense, 2015. p. 19. Sobre o assunto, ainda, vide: ANARTE BORRALLÓ, Enrique. *Conjeturas sobre la Criminalidad Organizada*. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ANARTE BORRALLÓ, Enrique (Coord). *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, 1999. pp. 20-22.

A legalidade, enquanto princípio, não é apenas e tão-somente o enunciado de um crime com uma pena. Para que se fale, corretamente, em legalidade, é necessário que a lei seja certa, precisa, com interpretação, inclusive, taxativa, cerrada. O legislador penal não faz, nos tipos, recomendações para que, depois, a doutrina conceitue. As normas penais não podem ser incertas, imprecisas, vagas, pois, do contrário, estar-se-ia a sepultar o princípio da reserva legal”.¹⁸⁻¹⁹

Mas, para se alcançar um conceito que assuma as características da *precisão linguística*, da exatidão conceitual exigida no âmbito do Direito Penal, tal conceito teria que abranger todas as formas e espécies de crime organizado.²⁰

Num primeiro momento, nota-se a criminalidade organizada sendo indistintamente categorizada como gênero do qual são espécies diversos crimes. Segundo Francis Rafael Beck, seriam espécies do gênero “crime organizado” certos crimes monetários (em especial, a falsificação de moedas e títulos públicos), a lavagem de dinheiro, as fraudes nos sistemas financeiros, os crimes de extorsão, corrupção, concussão, contrabando de mercadorias, de tecidos humanos, o comércio de armas, o tráfico ilícito de drogas, a prostituição, o tráfico de mulheres, o terrorismo, a pirataria, dentro outros.²¹

Em um segundo plano, sem adentrar exatamente na problemática do conceito do crime organizado, a doutrina costuma apontar para existência de uma classificação possível em torno do fenômeno, segregando-o em dois grandes tipos:

¹⁸ EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Análise criminológica das organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 63.

¹⁹ Entendimento contrário ao disposto no texto é veiculado por alguns autores, como Vicente Greco Filho e Adhemar Ferreira Maciel. Segundo Greco Filho “não é adequado que a lei dê os requisitos para que uma associação ou grupo se constitua em organização criminosa, uma vez que as organizações são muito diferenciadas e uma definição redigida restringiria o conceito, tornando impossível, em princípio, a sua identificação em face de exigências rígidas e expressas. Assim, entendemos que o conceito deva ser fluido, como fluido é o próprio modo de ser de uma *societatis sceleris* (cf. p. ex., nosso *Tóxicos – prevenção e repressão*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 178). Isso porque é certo que a criminalidade organizada é, antes de tudo, um *fenômeno* social, econômico, político, cultural etc., fruto da sociedade contemporânea, como afirma Figueiredo Dias, e como tal é dinâmico (cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, mar.-abr./2008, p. 11-30)”. (Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 17-18; MACIEL, Adhemar Ferreira. *Observações sobre a lei de repressão ao crime organizado*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: 1995, ano 3, nº 12, p. 97.

²⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 8.

²¹ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 63.

o territorial (também, tradicional, mafioso) e o empresarial. O primeiro tem sua atuação restrita em áreas determinadas, cobrando pedágios (e outros valores, numa espécie de “tributos”) e, em geral, fazendo uso da violência e intimidação; cria-se nas regiões dominadas por essa vertente da criminalidade organizada um verdadeiro poder paralelo. Já o segundo, atuaria no mercado financeiro, usando de métodos próprios de uma gestão empresarial.²²

A atividade de conceituar o crime organizado torna-se ainda mais hercúlea e complexa quando levado em consideração àquilo que Salo de Carvalho denominou de “*mass media* penal”²³, termo que descreve o fascínio das grandes redes de telecomunicação relativamente a assuntos que dizem com a criminalidade, abordando-os à torta e à direta. Nessa situação, conforme revela Francis Beck, a descarga informativa é tão densa que muitas pessoas, por maior que seja a laicidade, sentem-se autorizadas a discorrer sobre o fenômeno. A enunciação atingiu o domínio popular. Passou a significar todo aquele delito que é realizado por um grupo de pessoas dotado de um mínimo de organização.²⁴

De todo modo, é fundamental atentar-se, conforme mencionado anteriormente, ao fato de que o fenômeno criminológico estudado é, por assim dizer, internacional, encontrando-se espalhado em diversos países, possuindo em cada um deles certo espectro espacial e temporal distintos, tal como são suas manifestações e natureza. Daí decorre a afirmação feita por Rafael Beck no sentido de que, “de acordo com o ângulo com que esta modalidade criminosa é analisada, as formas conceituais podem assumir diversos contornos, eis que a definição nem sempre se refere ao mesmo acontecimento”²⁵.

Diante desse espectro, a tentativa de conceituação do crime organizado será uma tarefa, se não fadada ao fracasso, inevitavelmente árdua e de contínua

²² FERNANDES, Antonio Scarance. *O equilíbrio na repressão ao crime organizado*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 13. Ainda sobre a distinção, BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. pp. 65-66.

²³ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. In: Prefácio. São Paulo: IBCCRIM, 2004, p. 4.

²⁴ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. pp. 58.

²⁵ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. pag. 58. Ainda: MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19.

atualização, isso porque, sendo sua configuração atual produto de uma sociedade globalizada, cuja realidade, não raras vezes, diferencia-se de um lugar para o outro, assim sucederá igualmente com a criminalidade organizada.

Nesse sentido, de modo extremamente cético, adverte Raúl Zaffaroni que a criminalidade organizada é um fenômeno próprio de um mercado desorganizado, ou ao menos não disciplinado, o qual se abre à disciplina produzida pelas atividades empresariais, quer sejam lícitas quer menos ilícitas. Essas aberturas ou furos na disciplina do mercado, prossegue o penalista argentino, são muito diferentes, instáveis e incontroláveis, pois refletem o caráter de dinamicidade inerente ao mercado. Daí decorre a conclusão no sentido de que a conceitualização resulta impossível e as tentativas se vejam frustradas, pois implicaria a possibilidade de condensar em um único conceito a dinâmica do mercado, ou seja, fazê-lo desaparecer.²⁶

Na linha da inviabilidade de se conceituar o crime organizado, Marcelo Batlouni Mendroni também verifica um obstáculo para a conceituação do fenômeno. O autor afirma que “as associações (ou organizações) criminosas praticam atividades ilícitas e assumem características que se adaptam às mudanças do ambiente social onde se encontram inseridas e portanto apresentam conotações diversas, no tempo e no espaço”²⁷.

Desse modo, segundo o mesmo autor:

[...] o tratamento técnico-jurídico do fenômeno das organizações criminosas apresenta um grave problema porque impõe previsões normativas diferenciadas para que se possam abranger o *fattispécie* não homogêneo, mas ao mesmo tempo capaz de compreender entre eles as características bastante semelhantes.²⁸

Diante desse contexto de debate em busca do conceito ideal (inalcançável) do que seria um crime organizado, sem pretensão de exaurir o assunto, não se

²⁶ZAFFARONI, Eugene Raul. *Crime organizado: uma categorização frustrada*. Disponível em: <<https://docslide.com.br/documents/eugenio-raul-zaffaroni-crime-organizado-uma-categorizacao-frustrada.html>> Acesso em: 01 nov. 2017

²⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11

²⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13.

adotou um conceito único (doutrinário) em face da vasta gama de possibilidade conceitual do fenômeno em estudo, conforme largamente demonstrado pelo jurista Marcelo Mendroni, que, ao final, concluiu inexistir possibilidade de se definir esse fenômeno criminológico com *absoluta exatidão* através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas, isso porque tal atitude engessaria o conceito de criminalidade organizada a determinadas infrações, sendo que as organizações criminosas possuem incrível *poder variante*.²⁹

2.2.2 PARADIGMAS OU TIPOS DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Não há como negar o fato de que existem variadas formas de organizações criminosas. “Equivocado”, diz o pesquisador Marcelo Mendroni, “é o entendimento de que apenas aquelas formas de criminalidade violenta ou ‘da rua’ se configuram ‘crimes praticados por organizações criminosas’”³⁰. Estas seriam as atividades criminosas “clássicas” das organizações tradicionais, pois aqueles ilícitos praticados no seio político, ou aqueles praticados por meio de empresas legais, licitamente constituídas, também são – e devem ser – conforme suas características, inseridas no feixe de crimes praticados por organizações criminosas.³¹ Como consequência lógica dessa premissa, a definição de crime organizado, na referência de José Paulo Baltazar Júnior, que atendessem o caráter multifário do fenômeno, teria de haver em consideração os diferentes tipos ou paradigmas da criminalidade organizada.³²

De grande importância no cenário estadunidense, o paradigma mafioso ou tradicional é o da organização criminosa com efetivo domínio territorial, com estrutura hierárquica estabelecida, podendo ter, inclusive, uma comissão dirigente, constituindo-se, conforme Baltazar Júnior, um verdadeiro “sindicato de ladrões”.³³ As organizações criminosas acabam por exercer um monopólio em certos mercados

²⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 15-19.

³⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 21.

³¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 21.

³² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103.

³³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103.

ilegais, com admissão de integrantes por meio de rituais e pretensões de lealdade feudal, sendo integrada essencialmente por estrangeiros.

Nessas organizações do paradigma mafioso, a obtenção do proveito econômico vem acompanhada de funções ou de componentes sociais, como o sentimento de pertença ao grupo, justificada pela ideia da ajuda recíproca.

Sendo o primeiro paradigma de crime organizado, constatado nos estudos sobre o assunto, serviu de ponto de partida para o desenvolvimento das investigações ulteriores, muito embora tenha criado certo mito em torno das organizações criminosas, acreditando-se que fosse apenas um fenômeno circunscrito em poucos e determinados países.

Observa, nesse sentido, Baltazar Júnior que:

Esse paradigma, tomado dos contextos dos Estados Unidos e da Itália, *glamorizado* no cinema e na literatura, e assim introjetado no imaginário popular é que vai servir, inicialmente, de parâmetro para a investigação científica e até mesmo para o debate político sobre o tema em todo o mundo. Tanto é assim que o termo *máfia*, que era, na origem manifestação específica da Sicília e dos Estados Unidos, tornou-se, na linguagem coloquial e jornalística, sinônimo de grupo criminoso organizado, sendo utilizado, comumente, em relação a outros grupos, seja de modelo mafioso, tais como máfia russa, japonesa, chinesa; seja de organizações criminosas endógenas ou empresariais. [...] A adoção desse paradigma é que fez com que, por muito tempo, se tenha negado a existência de organizações criminosas em outros países, o que se compreende quando tomado o sentido de organização do modelo mafioso, até porque as ideias pré-concebidas conformam aquilo que é visto, o que é válido tanto para agentes encarregados da persecução penal, quanto para acadêmicos e políticos.³⁴

Não por caso, aliás, em 1996, o penalista argentino, Raul Zaffaroni, já contestava o conceito do paradigma da *máfia*, o qual surgiu fortemente atrelado à concepção conspiratória de imigrantes contra os EUA. Para o referido autor, “esse paradigma carece de dados sérios de sustentação empírica”³⁵. Os dados eram tão inconsistentes que não poderiam fundamentar um paradigma com o qual se

³⁴ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

³⁵ ZAFFARONI, Eugene Raul. *Crime organizado: uma categorização frustrada*. Disponível em: <<https://docslide.com.br/documents/eugenio-raul-zaffaroni-crime-organizado-uma-categorizacao-frustrada.html>> Acesso em: 02 nov. 2017

pretende englobar conceitualmente o crime organizado em sua totalidade, se por tal se entendesse toda a criminalidade vinculada ao mercado ilícito.³⁶

Foi a partir dessa crítica, então, que se extraiu a conclusão de que nem todo delito organizado estaria calcado sobre o modelo da máfia.³⁷

O segundo paradigma é denominado “paradigma da rede”. Nesse, ganham importância a habilidade criminosos dos indivíduos, suas relações e o aproveitamento das oportunidades em detrimento do sentimento de pertença ao grupo, ou seja, mais importante do que compor o grupo criminoso é trabalhar para o crime de forma integral. Compõem esse modelo os criminosos “de profissão” que se reúnem em grupos que colaboram ou competem entre si, conforme a necessidade do momento, tal como acontece no Rio de Janeiro, em caso de falta de drogas ou armas, obtidas com grupos aliados, na base da reciprocidade.³⁸

Marcelo Mendroni refere que o surgimento dessa forma de criminalidade organizada, marcada pela composição de especialistas em alguns setores voltados para a prática exclusivamente de uma atividade ilícita específica, sem, portanto, a noção de diversificação das atividades criminosas ou de base territorial de controle, deveu-se à incontida aceleração da globalização e da fácil circulação de pessoas no globo terrestre, dada a aproximação dos continentes gerada pela facilidade de locomoção.³⁹

Sendo caracterizado, essencialmente, pela horizontalidade das relações, a figura de um chefe ou de uma comissão dirigente, como visto no modelo mafioso, poderá ter menos relevância, surgindo, por outro lado, a figura daquele que detém informações importantes, o intermediário ou facilitador, que poderá ser aquele que tem o contato com outra rede ou com o fornecedor de drogas ou outros bens no estrangeiro, em razão, por exemplo, do domínio da língua.⁴⁰

³⁶ ZAFFARONI, Eugene Raul. *Crime organizado: uma categorização frustrada*. Disponível em: <<https://docslide.com.br/documents/eugenio-raul-zaffaroni-crime-organizado-uma-categorizacao-frustrada.html>>. Acesso em: 02 de nov. 2017.

³⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107.

³⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107.

³⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52.

⁴⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 108.

Além da *expertise* dos integrantes da organização criminosa de modelo de rede, o entrelaçamento também decorre do aproveitamento das rotas para a prática simultânea de várias atividades delituosas. Para elucidar esse fato, Baltazar Júnior menciona que, no crime organizado de modelo de rede, as rotas usadas para o descaminho, por exemplo, podem servir ao mesmo tempo para o tráfico de armas ou pessoas, drogas, ou para as trocas de armas, dentro outras atividades possíveis. Isso porque “o barqueiro que atravessa produtos contrabandeados também transporta, mediante pagamento, armas, drogas ou imigrantes ilegais”⁴¹.

Segundo o autor supracitado, a obtenção de lucro pessoal é o componente principal, e a união se dá em torno dessa finalidade, ou seja, é uma aliança de finalidade, fundamentalmente econômica, sem o caráter ritualístico e de lealdade que marca as associações criminosas tradicionais (de modelo mafioso). Os vínculos não são verticais, e sim horizontais, em que se sobreleva a ideia de cooperação entre os indivíduos e grupos.⁴²

O jurista espanhol Enrique Anarte Borrallo conclui que o modelo de criminalidade organizada de rede demonstra a grande capacidade delitiva dessas organizações, consubstanciada na sua habilidade de adaptar-se às realidades sociais modernas, tanto em relação à realidade social do setor territorial em que se manifestar, quanto em relação à realidade global, sobretudo no âmbito econômico-empresarial.⁴³ Ademais, Tenório e Igor acrescentam que a mobilidade do crime organizado decorre, em verdade, mais da modernização dos meios de transporte do que pela própria atuação criminosa em si, mas não se pode negar que colabora para a existência de uma nova realidade criminosa, facilitada, até mesmo, pelo desconhecimento dos agentes criminosos pelas autoridades policiais de outros locais.⁴⁴

O paradigma empresarial, por sua vez, reflete a importância e a necessidade de se conduzir uma instituição de forma racional e organizada. À medida que as

⁴¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 108.

⁴² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 108.

⁴³ ANARTE BORRALLO, Enrique. *Conjeturas sobre la Criminalidad Organizada*. p. 24. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ANARTE BORRALLO, Enrique (Coord). *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

⁴⁴ TENÓRIO, Igor; LOPES, Inácio Carlos Dias. *Crime organizado (O Novo Direito Penal – Até a Lei 9.034/95)*. Brasília, 1995. *apud* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 109.

estruturas empresariais assumiram grande relevância na vida econômica de quase todos os países do mundo capitalista, a criminalidade organizada imitou esta racionalização e organização de uma estrutura empresa para aplicar na prática de atividades criminosas.⁴⁵ Segundo José Paulo Baltazar Jr., nesse modelo:

[...] as organizações criminosas assemelham-se às empresas lícitas, das quais se distinguem por utilizar principalmente métodos ilícitos, enquanto nas primeiras são utilizados, predominantemente, métodos lícitos. [...] Mesmo os países onde se originou o paradigma mafioso não são infensos ao empresarial, como modificação do modo de ver a organização criminosa ou como fase posterior de sua evolução. Nos Estados Unidos, a noção de empresa ilícita ou ilegal, como atividade destinada ao fornecimento de bens ilícitos, teria representado, então, uma superação do antigo modelo de conspiração alienígena.⁴⁶

O autor, ainda, prossegue afirmando que:

Em verdade, a empresa lícita, assim como a ilícita, constitui um fator de grandes dificuldades para a determinação da autoria e também para a produção probatória, dois dos campos onde é mais acentuada a necessidade da adoção de medidas específicas de investigação criminal, a colaboração premiada, o cruzamento computadorizado de informações e até mesmo a infiltração policial podem ser recursos necessários na elucidação de infrações penais.⁴⁷

Ainda em relação a esse modelo, a doutrina costuma apontar para existência de subtipos dentro da criminalidade organizada empresarial, quais sejam: (a) a empresa criminosa propriamente dita, sendo aquela constituída especificamente para a prática delituosa; (b) a empresa regularmente constituída por intermédio da qual são cometidos, sistematicamente⁴⁸, ilícitos como sonegação fiscal, crimes financeiros etc., em paralelo com a atividade lícita; e (c) a *empresa de fachada*,

⁴⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 109.

⁴⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111.

⁴⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111.

⁴⁸ A prática sistemática dos ilícitos é fator distintivo dessas empresas; não se incluem, pois, nessa espécie, por exemplo, a empresa regularmente constituída e que no âmbito da qual venha eventualmente a ser cometido um delito de apropriação indébita previdenciária. Nesse sentido: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 115.

formalizadas com a finalidade encobrir os rastros da atividade ilícita em si, ou para a lavagem de dinheiro do proveito econômico auferido em outros crimes.⁴⁹

Por fim, o quarto paradigma apontado da criminalidade organizada, denominado paradigma endógeno, é aquele nascido no interior das instituições ou órgãos públicos, daí denominar-se também de paradigma institucional, em que os agentes públicos, valendo dessa condição, cometem ilícitos reiteradamente e por longos períodos de tempo. Segundo o ensinamento de Baltazar Jr.:

O paradigma endógeno representa, assim como o empresarial, uma superação da teoria da conspiração alienígena, admitindo que o criminoso não está sempre fora do Estado, mas pode ser um integrante dos poderes públicos ou das classes altas. A realidade demonstra que a relação entre a criminalidade e os serviços públicos não tem sentido único, havendo também agentes públicos que fazem do crime no exercício da função uma rotina”.⁵⁰

Segundo o autor acima citado, são exemplos típicos de atividades criminosas no modelo endógeno crimes como de peculato ou fraudes em licitações e contratos públicos, ou ainda as milícias, também chamadas grupos de *polícia mineira*, constituídas por policiais ou militares que invadem determinados bairros e passam a praticar extorsão, vender compulsoriamente proteção para os comerciantes, além da cobrança de valores numa espécie de tributos para o exercício de quaisquer atividades, quer seja regular ou irregular.⁵¹

⁴⁹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 115. No ponto, Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva não concordam com a distinção entre empresas criminais e criminalidade de empresa, segundo a qual empresas criminais são aquelas pessoas que se associam sob a titularidade de uma sociedade empresária para o cometimento de crimes/infrações penais; ao passo que a criminalidade de empresa diz respeito aos delitos econômicos cometidos a partir da empresa. Para eles, uma vez preenchidos os requisitos legais para a caracterização de organização criminosa é forçoso o seu reconhecimento, independentemente de quem sejam os atuantes, sob pena de instituir um “direito penal do autor invertido (muy amigo)”. (Cf. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 68). Posição contrária a essa é defendida por Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato, para os quais a prática de crimes, normalmente econômicos, por empresários mesclados com sua atividade-fim não constitui a figura definida pela Lei 12.850/13, Lei da Organização Criminosa (Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28).

⁵⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 116.

⁵¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 116.

Com efeito, a realidade da criminalidade organizada, conforme já afirmado anteriormente, não é uniforme, tampouco estática e, como consequência, a definição ou a tentativa da elaboração do conceito do fenômeno da criminalidade contemporânea não se fará suficiente olvidando-se o conjunto das manifestações e dos paradigmas correspondentes. Isso porque tais paradigmas, além de coexistirem, interpenetram-se, formando modelos intermediários ou mistos.⁵² Nesse sentido é a conclusão de José Paulo Baltazar Jr., o qual afirma que:

A constatação de que o fenômeno da criminalidade organizada não se circunscreve ao paradigma mafioso é importante por três razões. Primeiro, porque a pergunta sobre a existência de crime organizado em um dado país pode ser respondida de forma diferente conforme o que se tenha em mente é a existência de organizações mafiosas, de redes criminosas, ou de crime organizado empresarial e endógeno. Segundo, porque o conceito e a incriminação da organização criminosa não pode ignorar o fato da existência das redes e da utilização de empresas nas práticas criminosas, como instrumento ou fachada. Terceiro, porque as medidas investigativas específicas a serem adotadas nesse campo não podem ficar circunscritas ao fechado paradigma mafioso.⁵³

Sintetizando as principais linhas doutrinárias e legislativas normalmente adotadas para a definição do crime organizado, Luiz Rascovski observa que são utilizados três critérios ou correntes distintos para uma aproximação de um conceito possível: (1) o que parte da noção de organização criminosa para definir o crime organizado, (2) o que define crime organizado, sem especificação de tipos penais, mas com base nos seus elementos essenciais, e (3) o que especifica um rol de tipos previstos e acrescenta outros como sendo crimes organizados.⁵⁴

Para esse autor, a segunda corrente, que procura definir o fenômeno por meio de suas características essenciais, em regra, aquelas que servem para identificar a existência de uma organização criminosa, é a que prevalece na

⁵² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 116. Ainda sobre o ponto: MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 15-19.

⁵³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 117.

⁵⁴ LUIZ, Rascovski. *Entrega vigiada: meio investigativo de combate ao crime*. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 30-31. Nesse sentido, ainda, DA SILVA, Eduardo Araujo. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 33-34.

doutrina.⁵⁵ Em sendo assim, passaremos a tratar, a seguir, das principais características das organizações criminosas.

2.3 CARACTERÍSTICAS DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

É comum a doutrina apontar muitos elementos para explicar a criminalidade organizada, o que, de certo modo, acaba dificultando a sistematização do fenômeno em elementos essenciais que pudessem definir, sinteticamente, o alcance da expressão “crime organizado”. Fato é que são variadas as modalidades das organizações criminosas, como visto anteriormente, e cada uma assume características e peculiaridades próprias, amoldando-se às próprias condições políticas, policiais, territoriais, econômicas, sociais etc. que encontram no âmbito espacial em que atuam.

Existem, porém, algumas características que são destacadas como elementares nas organizações criminosas, e que podem servir de guia no estudo da distinção desses grupos. É evidente que, à semelhança do seu conceito, a indicação dos elementos essenciais das organizações criminosas não se revela uma atividade estática, isso porque a velocidade com que essas organizações evoluem é, não raras vezes, maior do que a própria capacidade de a Justiça (igualmente, a doutrina) reconhecê-las, analisá-las e até mesmo combatê-las, de sorte que é, desse modo, factível inferir que, com o evoluir da própria sociedade, surgirão novas formas de organizações criminosas, possivelmente com características diferentes.⁵⁶

Felizmente, de acordo com o magistério de Rafael Beck, diferentemente do que ocorre com a problemática conceitual, a busca dos elementos indicadores da delinquência organizada afigura-se de menor dificuldade. Esclarece o referido autor que:

Aqui (na busca das características), não existe o rigor da almejada univocidade de um conceito. Ao revés, os elementos que compõem uma modalidade delitual podem ser utilizados em diferentes conjuntos,

⁵⁵ LUIZ, Rascovski. *Entrega vigiada: meio investigativo de combate ao crime*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.

⁵⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 21.

diferenciados por inclusões, exclusões e adaptações. Existe a maleabilidade necessária para se moldar um determinado número de características para análise de uma determinada modalidade de organização criminosa.⁵⁷

Tem-se que, conforme Antonio Scarance Fernandes, os elementos caracterizadores das organizações criminosas podem ser reduzidos essencialmente em: (a) associação permanente e estável de diversas pessoas; (b) estruturação empresarial, hierarquizada e piramidal, com poder concentrado nas mãos dos líderes, os quais não mantêm contato diretamente com as bases; poder elevado de corrupção; (c) uso de violência e de intimidação para submeter os membros da organização e para obter a colaboração ou o silêncio⁵⁸⁻⁵⁹ de pessoas não-participantes do núcleo criminoso; (d) finalidade de lucro; (e) uso de sistemas de lavagem de dinheiro para legislar as vultuosas somas obtidas com as práticas delituosas; (f) regionalização ou internacionalização da organização e o uso de tecnologias.⁶⁰

Já Flávio Gomes e Raúl Cervini enumeram essas características como sendo: (a) a estabilidade e permanência; (b) previsão de acumulação de riqueza indevida; (c) hierarquia estrutural; (d) uso de meios tecnológicos sofisticados; (e) recrutamento de pessoas (“soldados”) e divisão funcional das atividades; (f) simbiose com o poder

⁵⁷ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 75.

⁵⁸ Antonio Scarance Fernandes sustenta que a lei do silêncio é um elemento importante nas organizações criminosas, que, sendo fundamental que suas práticas não sejam desvendadas e, mais do que isso, sejam acobertadas, buscam proteção e cobertura de diversos setores institucionalizados, principalmente estatais; as organizações criminosas “ameaçam, intimidam, matam testemunhas; executam serviços em prol da comunidade para dela obter apoio em suas condutas, realizando benfeitorias, promovendo assistência, criando órgãos de apoio (Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. *O equilíbrio na repressão ao crime organizado*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 13).

⁵⁹ No ponto, Guaracy Mingardi alerta que “o estudo das organizações criminosas, que por definição trabalham na semiclandestinidade, tem vários complicadores. O principal é a existência de poucas fontes, quase nenhuma delas muito confiável. Entre as importantes estão os relatos dos participantes, normalmente ‘aposentados’, e que estão presos ou então se transformaram em testemunhas da justiça, como os ‘arrepentidos’ na Itália. Os testemunhos de pessoas que têm algum contato com o meio, embora não participem diretamente, são importante fonte subsidiária. Por último estão os documentos oficiais, normalmente produzidos pelo Aparelho Repressivo do Estado, principalmente a Polícia Judiciária. Entre estes se destacam os inquéritos policiais e as estatísticas de incidência criminal” (Cf. MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998. p. 26).

⁶⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *O equilíbrio na repressão ao crime organizado*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 13

público; (g) clientelismo; (h) capacidade efetiva para a fraude difusa e conexão com outras organizações criminosas.⁶¹

Na mesma linha seguida pelos demais autores⁶², Miguel Reale Júnior estabelece também um rol de indicadores da existência de organização criminosa. Segundo o referido autor, levando em conta os principais aspectos institucionais dessas associações, são caracterizados por um planejamento estratégico e hierarquia, que se organiza sob uma férrea disciplina de comando, valendo-se da violência para impor obediência e servilismo, sempre sob a exigência da lei do silêncio (a *omertà*⁶³) e fazendo da corrupção de agentes oficiais o instrumento garantidor de impunidade e facilitador de suas ações delituosas.⁶⁴

É amplíssimo o rol de possibilidades para caracterização das organizações criminosas, dado o potencial de mutação de suas estruturas e mecanismos de atuação ao longo do tempo, o que dá ensejo à constatação de vários outros caracteres possíveis de uma organização criminosa. Nada obstante, não se verificam elevadas divergências na doutrina no que diz respeito a essas características da criminalidade organizada, de forma que buscaremos elencar alguns elementos que se destacam, seja pela importância, seja por constarem na maioria dos autores consultados, passando-se a abordá-los sinteticamente.

2.3.1 ESTRUTURA PLÚRIMA, HIERARQUIZADA E PERMANENTE

Decorrente da própria ideia de organização, a presença de uma coletividade de agentes, a estabilidade e permanência na atividade criminosa servem de

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 86.

⁶² José Baltazar Jr. divide as características das organizações criminosas em características essenciais e não essenciais. No primeiro grupo, inclui a pluralidade de agentes, estabilidade e permanência, finalidade de lucro e organização; já no segundo, encontram-se a hierarquia, divisão de trabalho, compartimentalização, conexão com o Estado, corrupção, clientelismo, infiltração, violência, exploração de mercados ilícitos ou exploração ilícita de mercados lícitos, monopólio ou cartel, controle territorial, uso de meios tecnológicos sofisticados, transnacionalidade ou internacionalidade e obstrução à justiça. (Cf. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 124-145).

⁶³ "In Sicily, a policy or code of keeping silent about crimes and refusing to cooperate with the police" (Cf. COLLINS. Definição: *omertà*. Disponível em: <<https://www.collinsdictionary.com/pt/dictionary/english/omerta>>. Acesso em: 10 de nov. 2017).

⁶⁴ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 77.

elementos distintivos dessas associações para o crime, diferenciando-as, por exemplo, da criminalidade profissional, muitas vezes unipessoal, ou do mero concurso eventual de agentes ou de um delito isolado cometido de forma organizada.⁶⁵ Rafael Beck, observa que a criminalidade organizada “costuma agir com amparo em um rígido esquema de distintos níveis hierárquicos”, de tal sorte que, frequentemente, os indivíduos hierarquicamente inferiores, executores de decisões superiores, sequer têm conhecimento de onde (e de quem) partem as decisões⁶⁶.

2.2.2 FINALIDADE DE LUCRO OU PODER

A atividade criminosa organizada tem como finalidade, na quase totalidade das vezes, a obtenção de lucro econômico. É, deveras, um ponto unânime na doutrina a finalidade lucrativa como sendo elemento marcante e essencial no reconhecimento do crime organizado.⁶⁷ É claro que esta finalidade admite exceções, de modo que, no caso particular de atividade terrorista, por exemplo, o objetivo principal pode não se enquadrar no aspecto econômico lucrativo, podendo ser tanto de cunho sociopolítico ou até mesmo religioso.⁶⁸

⁶⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 124

⁶⁶ BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 75. No mesmo sentido, tem-se, também, BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 127. Ademais, o aspecto hierárquico como um dos caracteres essenciais do crime organizado é também ressaltado pela jurisprudência, *in verbis*, excerto extraído do acórdão: “O exame feito pela sentença apelada, sobretudo a descrição do papel de cada um dos Réus dentro da estrutura do grupo criminoso organizado, com base na análise dos demais crimes praticados pelos componentes deste, demonstra, claramente, a presença de uma estrutura organizada criminosa destinada à prática de tráfico internacional e interno de pessoas, de casa de prostituição e lavagem de dinheiro, com, entre outros elementos, divisão de tarefas, hierarquia interna, planejamento empresarial e atuação territorial ampla”. (Cf. STJ - REsp: 1.275.792 - RN (2011/0210746-8), Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 18/11/2013, T4 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe: 19/12/2013). Nesse sentido, ainda: (TRF4, ACR 5083351-89.2014.404.7000, Oitava Turma, Relator para Acórdão Leandro Paulsen, juntado aos autos em 27/06/2017); (STF - HC: 108201 SP, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 08/05/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-105 divulg 29-05-2012 public 30-05-2012).

⁶⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 42.

⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 94.

2.2.3. UTILIZAÇÃO DE MEIOS TECNOLÓGICOS

A aparição da “criminalidade contemporânea”, conforme visto no escorço histórico, sofreu forte influência da evolução da sociedade, que apresentou nas últimas décadas grandes avanços tecnológicos. Com efeito, embora a doutrina elenque com frequência esse critério (acompanhado do termo “sofisticado”), é evidente que as tecnologias à disposição das organizações criminosas são aquelas mesmas de que dispõe, no dia a dia, qualquer cidadão com uma mínima capacidade financeira – telefone fixo, celular, computador, automóvel –, o que não é de estranhar, uma vez que, estando o crime organizado inserido na sociedade, é natural que faça uso dos meios dispostos a todos integrantes da realidade social atual.

2.3.4 TRANSNACIONALIDADE OU INTERNACIONALIZAÇÃO

A transnacionalidade, expressão utilizada pela Convenção de Palermo⁶⁹, tem forte ligação com a facilidade de transporte de bens e pessoas, assim como de comunicações, que foi introduzida pelo cenário atual de globalização, com a abertura de fronteiras e intensificação do comércio internacional. No entender de Baltazar Jr.:

[...] a transnacionalidade também é decorrência da exploração de mercados nos quais os países *produtores* ou *fornecedores* não são os maiores centros consumidores dos produtos, como é o caso de tráfico de drogas, armas e animais, bem como no tráfico de pessoas, seja no fornecimento de mão de obra ilegal, ingresso ilegal de imigrantes ou ainda tráfico de mulheres e crianças. Geralmente, em tais delitos, funcionam como fornecedores os países periféricos e como destinatários ou consumidores os países industrializados.⁷⁰

⁶⁹ BRASIL. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em: 10 nov. 2017.

⁷⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 143.

Para o mesmo autor, no entanto, não se trata de uma característica essencial de evidência de uma organização criminosa, podendo ocorrer de ela atuar somente dentro das fronteiras de um determinado país ou ainda ocorrer criminalidade transnacional, sem caracterizar-se como organizada, como seria o caso do descaminho eventual.⁷¹

2.3.5 ORGANIZAÇÃO

Como não poderia deixar de ser, a organização, também mencionada como estrutura⁷² ou planejamento, por vezes acompanhada do adjetivo *empresarial* ou adoção de modelo empresarial na “criminalidade contemporânea”, é traço amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência para a verificação de uma organização criminosa. Aliás, a organização é característica da qual decorrem outros elementos indicativos de crime organizado, tais como divisão de trabalho ou de tarefas, com atribuições definidas e especializadas, compartimentalização⁷³ e a já mencionada estrutura hierárquica, uma vez que são inerentes à própria ideia de organização.

Releva observar que, como referido, são vários os traços apontados pela doutrina como indicadores da presença das organizações criminosas, de tal modo que, de acordo com o modelo de crime organizado em observação (item 2.2.2.), uma ou outra característica poderá ter maior ou menor grau de visibilidade. O rol não é taxativo e a cada momento surgem novas configurações de crime organizado, permitindo o reconhecimento de novos elementos.

⁷¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 144.

⁷² No direito internacional, a Convenção de Palermo foi o primeiro diploma legal a trazer uma definição de crime organizado. Ela estabelece que constitui grupo criminoso organizado o “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves [...]”, trazendo, portanto, no bojo da definição o elemento de estruturação da organização criminosa. (Cf. BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em: 10 de nov. 2017

⁷³ Segundo José Paulo Baltazar Júnior, a compartimentalização consiste na criação de uma cadeia de comando, de modo que o executor dos atos criminosos não recebe ordens diretamente do líder da organização criminosa, que se protege ao não praticar, por mão própria, os delitos, assim como por não determiná-los diretamente (Cf. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 130)

2.3.6 CONEXÃO COM O ESTADO

A corrupção de agentes públicos, conforme ensinamento de Mingardi Guaracy, é elemento determinante para a sobrevivência das organizações criminosas, pois, a partir de certo nível de grandeza na sua atuação, suas atividades acabam ganhando maior visibilidade que, inevitavelmente, deixam rastros perceptíveis pelos órgãos repressivos estatais. Essa aproximação com setores do poder público concede aos agentes criminosos certa garantia de proteção⁷⁴.

O jurista Winfried Hassemer utiliza como núcleo preciso de diferenciação entre o crime organizado e as outras manifestações delituosas o potencial de abalar as estruturas do Estado por meio de corrupção. O alemão sustenta que a criminalidade organizada “não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção da legislatura, da magistratura, do Ministério Público, da política, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade”⁷⁵.

Trata-se, para Marcelo Mendroni, de uma característica também evidente na realidade brasileira⁷⁶. Segundo ele, quando os agentes públicos não participam efetivamente do grupo são corrompidos para viabilizar a execução das ações criminosas, que, no Brasil, vão desde fraudes em licitações, permissões e concessões públicas a superfaturamentos de obras e serviços, alvarás, falsificações etc., que sempre acabam fazendo parte de toda a engrenagem criminosa⁷⁷.

⁷⁴ MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCRIM, 1998. p. 66.

⁷⁵ HASSEMER, Winfried. Porto Alegre: *Três temas de direito penal*. Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993. *apud* BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 84.

⁷⁶ Sobre o assunto, é de referência a obra de Flávio Cardoso Pereira. Segundo esse autor, “os perigos da criminalidade organizada para a segurança dos Estados crescem nos momentos atuais, ao mesmo tempo em que se observa sua penetração progressiva em instituições públicas governamentais, em plena simbiose com o mundo econômico e político legal. As redes ilícitas se apresentam assim, cada vez mais institucionalizadas. (Cf. PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33). Vide, ainda: FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014. pp. 28-29.

⁷⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 42.

3 O CRIME ORGANIZADO NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 HISTÓRICO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA NO BRASIL

A atividade criminal exercida de forma organizada não é uma realidade apenas do mundo contemporâneo. Em que pese tal constatação, na visão de Mário Sérgio Sobrinho, “os estudos e debates sobre o crime organizado sob a ótica do direito penal e processual no Brasil não são antigos, apesar de a criminalidade organizada estar instalada e perceptível à população há muito tempo”⁷⁸.

Segundo Carlos Alberto Marchi de Queiroz, muito embora não se possa dizer que o Brasil conta com estruturas criminosas organizadíssimas, como a colombiana, a italiana, a norte-americana e japonesa, os órgãos governamentais e legisladores federais tiveram certa preocupação acentuada nos últimos anos do século XX em relação à poderosa estrutura empresarial do crime⁷⁹.

É possível identificar a marca inauguradora do crime organizado no país a partir do movimento conhecido como cangaço⁸⁰, atuando no sertão nordestino, no final do século XIX e primeira metade do século XX. Tinha como principal integrante “Lampião”, codinome de Virgulino Ferreira da Silva (1897-1938). O cangaço tem como origem, segundo Eduardo Araujo, “as condutas dos jagunços e dos capangas dos grandes fazendeiros e a atuação do coronelismo, resultantes da própria história de colonização da região pelos portugueses”⁸¹.

Os cangaceiros possuíam uma organização hierárquica e com o tempo passaram a praticar diversas atividades ilícitas simultaneamente, como saques em vilas, fazendas e pequenas cidades, e extorsões de dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem ou ainda sequestro de pessoas importantes e influentes para

⁷⁸ SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *O crime organizado no Brasil*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29.

⁷⁹ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Crime organizado no Brasil: comentários à Lei nº 9.034/95 – aspectos policiais e judiciários: teoria e prática*. São Paulo: Iglu, 1998. p. 39.

⁸⁰ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8.

⁸¹ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 8

depois exigir resgates. As relações com os grandes fazendeiros e chefes políticos eram fundamentais na realização dessas atividades, que contavam ainda com a colaboração de policiais corruptos, os quais forneciam armas e munições ao bando.

Mário Sérgio Sobrinho observa que foi com a edição da Lei das Contravenções Penais – Decreto-Lei 3.688/1941⁸² que a história da criminalidade organizada deu um passo significativo, em meados do século XX, tornando mais amplo e estável. Referido texto legal previu vários tipos contravencionais, entre eles o *jogo do bicho*, modalidade delituosa cuja descrição e penalização foram alteradas pelo Decreto-Lei 6.259/1944⁸³, que tratou sobre o serviço de loterias. No entendimento de Sérgio Sobrinho:

Este texto legislativo [Lei sobre serviços de loterias] dispôs expressamente que os intermediários, auxiliares, organizadores e demais envolvidos com o jogo do bicho, além do vendedor ou banqueiro e do comprador, seriam penalizados, facilitando punir aqueles que se envolviam a qualquer título com esse jogo proibido, capaz de movimentar muito dinheiro. Em meados dos anos 1980, auge do jogo do bicho, a estabilidade e o poder econômico dos grupos que comandavam esse negócio ilegal ficaram mais visíveis pela divulgação da constância da corrupção policial exercida pelos exploradores da contravenção em relação aos agentes públicos que deveriam coibi-la.⁸⁴

No mesmo sentido, Eduardo Araujo aduz que a prática contravencional do denominado “jogo do bicho” (sorteio de prêmios a apostadores, mediante recolhimento de apostas), é identificada como a primeira infração penal que se pode enquadrar no crime organizado brasileiro:

A origem dessa contravenção penal é atribuída a Barão de Drumond, que teria criado o inocente jogo de azar para arrecadar dinheiro com a finalidade de salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. A ideia foi posteriormente popularizada e patrocinada por grupos organizados, que passaram a monopolizar o jogo, mediante corrupção de policiais e políticos. Na década de 1980, os praticantes dessa contravenção

⁸² BRASIL. Decreto nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm> Acesso em: 16 nov. 2017

⁸³ BRASIL. Decreto nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del6259.htm> Acesso em: 16 nov. 2017

⁸⁴ SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *O crime organizado no Brasil*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 29-30.

movimentavam cerca de US\$ 500.000 por dia com as apostas, sendo que 4% a 10% desse montante destinado aos banqueiros⁸⁵.

Mais recentemente, algumas organizações ocuparam lugar de destaque no cenário da delinquência organizada no Brasil, tendo origem nas penitenciárias da cidade do Rio de Janeiro, por volta das décadas de 1970 e 1980 (“Falange Vermelha”, “Comando Vermelho”, “Terceiro Comando”, “Amigos do Amigos”, “Terceiro Comando Puro”)⁸⁶. Além desses grupos caracterizados fortemente pelo uso da violência, surgiram as chamadas milícias (grupos paramilitares) igualmente com perfil de organizações criminosas, passando a atuar nas favelas do Rio de Janeiro sob o pretexto de expulsar as facções criminosas que controlavam o tráfico de drogas na região⁸⁷.

Já segundo Ivan Luiz da Silva, o embrião do crime organizado no Brasil pode ser identificado a partir de duas fontes possíveis. A primeira fonte consiste na natural evolução e crescimento da atividade criminosa individual para a prática de crimes através de quadrilhas especializadas em determinados tipos de crimes; a segunda, por outro lado, é constatada durante o regime militar, quando os presos políticos e comuns eram encarcerados em um mesmo recinto. Segundo esse autor, esse encontro permitiu a transferência de conhecimentos e táticas de guerrilhas e organização aos presos comuns⁸⁸.

Carlos Amorim, numa perspectiva jornalística do atual cenário nacional a respeito do crime organizado, já em momentos iniciais de sua obra observa o

⁸⁵ SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003. pp. 25-26. Ver também: MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCRIM, 1998. p. 95-96.

⁸⁶ CÍCERO, Natali Carolini de Oliveira; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. *A origem do crime organizado e a sua definição à luz da Lei nº 12.694/12*. pp. 7-14. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3564/3320>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

⁸⁷ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9.

⁸⁸ SILVA, Ivan Luiz da. *Crime organizado: aspectos jurídicos e criminológicos – Lei nº. 9.034/95*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1998. p. 52. Nesse sentido, Raul Cervini endossa asseverando que este relacionamento entre os presos políticos e os presos comuns, inicialmente, fortaleceu-os quanto às reivindicações que faziam dentro do sistema prisional e das condições de vida carcerária. Esta associação trouxe aos presos identidade própria, estrutura hierárquica e sensação de fortalecimento. Com isso, as ações deixaram de ser realizadas apenas em âmbito carcerário para serem realizadas no mundo exterior através de práticas criminosas. (Cf. CERVINI, Raul. *Aproximación conceptual y enfoque analítico Del crimen organizado*. In: GOMES, Luís Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (lei 9.034/95) e político-criminal*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 240-284.)

seguinte: “Agora não é mais uma ameaça. A sombra ganha contornos próprios. Porque o crime organizado no Brasil é uma realidade terrível. Atinge todas as estruturas da sociedade, da comunidade mais simples, onde se instala o traficante, aos poderes da República. Passa pela polícia, a justiça e a política. A atividade ilegal está globalizada e o país é um mercado privilegiado no tabuleiro do crime organizado”⁸⁹.

3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE O CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

3.2.1 LEI 9.034/95 (E ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 10.217/01)

A realidade instaurada pela criminalidade contemporânea é fator que atrai a atenção dos organismos estatais e da sociedade em geral. Todavia, até o ano de 1995, o Brasil ainda não possuía uma legislação específica voltada ao assunto das organizações criminosas.

O Projeto de Lei 3.516, de autoria do então deputado Michel Temer, convertido posteriormente em Lei 9.034/95, considerava organização criminosa como *“aquela que, por suas características, demonstre a existência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional ou internacional.”* Entretanto, aprovado o projeto na Câmara dos Deputados, já no Senado Federal sofreu certas alterações cuja redação final, que deu origem à Lei 9.034/95, deixou de conceituar a “organização criminosa”, assim como não previu um tipo penal específico do crime organizado. Diante desse contexto, a responsabilização penal das organizações criminosas era concretizada através da aplicação do tipo penal do artigo 288 do Código Penal Brasileiro (então crime de “quadrilha ou bando”, atualmente “associação criminosa”)⁹⁰.

No entanto, a lei foi objeto de inúmeras críticas, principalmente pela redação do 1º da Lei 9.034/95, segundo o qual *“Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de quadrilha ou*

⁸⁹ AMORIM, Carlos. *CV_PCC: A irmandade do crime*. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 15.

⁹⁰ MACIAL, Alexandre Rorato. *Crime organizado: persecução penal e política criminal*. Paraná: Juruá Editora, 2015, p. 69.

*bando*⁹¹. Isso porque, de acordo com essa redação, ocorreria uma equiparação do crime de quadrilha ao crime tipicamente das organizações criminosas⁹². Segundo Flávio Gomes e Raúl Cervini, uma das mais lastimáveis deficiências da Lei 9.034/95 residia justamente em não ter explicitado o conceito autônomo de “crime organizado” ou de “organização criminosa”, muito embora ao longo de seu texto existam inúmeras referências às “organizações criminosas”⁹³, deixando clara a intenção do legislador em contemplar o crime organizado como forma delituosa autônoma, e não tão-somente focar o crime de quadrilha e bando, tal como defendiam Geraldo Prado e Willian Douglas⁹⁴.

Mais adiante, Flávio Gomes e Raúl Cervini, em comentários à Lei 9.034/93, denominada Lei do Combate ao Crime Organizado, afirmam que:

O tipo penal, consoante a concepção moderna do Direito Penal, exerce indiscutivelmente uma função de garantia. Por isso, como acentua o preclaro Min. Luiz Vicente Cernicchiraro, há de ser preciso para que a ação seja bem identificada. Urge que o tipo penal adote uma descrição específica, não genérica, isto é, é necessário ser dotado de *concretezza*, porque ‘sem a perfeita identificação da conduta proibida, o objeto principal da reserva legal não adquire a necessária dimensão.’⁹⁵

Com vistas a aperfeiçoar o escopo da então Lei do combate ao crime organizado, em 2001, foi aprovada a Lei 10.217, que alterou o artigo 1º da indigitada Lei 9.034/95. O artigo 1º, então, passou a ter o seguinte texto: “*Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações de praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo*”⁹⁶.

⁹¹ BRASIL. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm> Acesso em: 21 dez. 2017.

⁹² MACIAL, Alexandre Rorato. *Crime organizado: persecução penal e política criminal*. Paraná: Juruá Editora, 2015, p. 68.

⁹³ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal*. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 89.

⁹⁴ PRADO, Geraldo; DOUGLAS, Willian. *Comentários à Lei do Crime Organizado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 20-22.

⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal*. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 103.

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm> Acesso em: 21 dez. 2017.

A alteração legislativa trazida pela Lei 10.217/2001 consistiu basicamente em diferenciar os crimes de *quadrilha ou bando*, de *organização criminosa* e o de *associação criminosa* (além de introduzir no ordenamento jurídico brasileiro novos meios para colheita de provas do crime: instituto da interceptação ambiental e o da infiltração policial). Isso, contudo, não resolveu a principal falha da Lei 9.034/95, que continuou aplicando os seus dispositivos tanto ao crime de quadrilha quanto ao crime de organização criminosa, alçando aquele ao nível deste⁹⁷. Ademais, não introduziu no ordenamento jurídico brasileiro qualquer definição de organização criminosa.

E, nesse contexto, Luiz Flávio Gomes referia que organização criminosa não é quadrilha, mas um *plus* em relação à quadrilha ou bando. No entanto, a legislação, não conceituando organização criminosa, acabou por não dizer o que seria esse algo mais, e, assim, gerou uma inaplicabilidade de grande parte dos dispositivos da Lei 9.034/95, nos pontos em que faziam menção às organizações criminosas⁹⁸.

No âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, em seus julgados, sustentava a utilização do conceito da Convenção de Palermo, já que esta Convenção estaria incorporada no ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de lei ordinária⁹⁹: “Inviável a pretensão de malferimento ao art. 1º do Código Penal, pois que, o conceito de organização criminosa, disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, foi incorporado ao nosso ordenamento mediante a edição do Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, sendo, portanto, possível a sua aplicação [...]” (EDcl no Ag 1304166/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 27/06/2011).

Já para o Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, entendia pela sinonímia entre as expressões organização criminosa e quadrilha ou bando,

⁹⁷ MACIAL, Alexandre Rorato. *Crime organizado: persecução penal e política criminal*. Paraná: Juruá Editora, 2015, p. 68.

⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político criminal*. 2ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 89.

⁹⁹ MACIAL, Alexandre Rorato. *Crime organizado: persecução penal e política criminal*. Paraná: Juruá Editora, 2015, p. 70.

aduzindo que a Lei 9.034/95, ao se referir à organização criminosa, não instituiu novo tipo penal, e sim dispôs sobre a possibilidade de utilização de meios operacionais com vista na prevenção e repressão de ações delitivas praticadas por organizações criminosas, consideradas estas na modalidade do Direito Penal comum – Código Penal, art. 288 – ou na modalidade do Direito Penal especial – Lei 6.368/76, art. 14 (revogada), ou atualmente, Lei 11.343/06, art. 35 (Lei de Drogas) (STF - HC: 90768 GO, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 24/06/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-02 PP-00338 RT v. 97, n. 877, 2008, p. 499-503).

Posteriormente, o STF mudou seu posicionamento. A 1ª Turma da Corte Suprema, em julgamento unânime no HC 96.007/SP, em junho de 2012, passou a entender que não havia definição do crime de organização criminosa no Brasil através de lei em sentido estrito, o que impossibilitava sua imputação (STF - HC: 96007 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/06/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013).¹⁰⁰

Na avaliação de Eduardo Luiz Santos Cabette e Marcius Tadeu Maciel Nahur, “para dizer às claras, a Lei 9.034/95 era muito mais um empecilho à repressão às organizações criminosas do que um verdadeiro instrumento do Estado, dados sua falta de técnica e excesso de lacunas que a tornavam um verdadeiro queijo suíço”¹⁰¹.

Com efeito, a situação brasileira – de ausência de definição do crime organizado – experimentada através da Lei 9.034/95 não é isolada, inclusive nos dias atuais¹⁰². Conforme visto no capítulo anterior, há na doutrina autores como

¹⁰⁰ Nesse sentido ainda o julgado do Superior Tribunal de Justiça: (STJ - REsp: 1252770 RS 2011/0107213-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 24/03/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/03/2015).

¹⁰¹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminalidade organizada & globalização desorganizada: Curso completo de acordo com a lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014. p. 111. Nesse sentido, é também a crítica de Flávio Gomes e Raúl Cervini. Segundo esses autores, “toda legislação criada sem muito critério e atabalhoadamente só tende a agravar o quadro de violência institucional já intenso no país e continente (Cf. GOMES, Luís Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (lei 9.034/95) e político-criminal*. 2ª ed., rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 92).

¹⁰² Segundo Gemaque e Luciana, não há, por exemplo, na legislação portuguesa um conceito de crime organizado, porém, existe previsão de alguns instrumentos processuais penais para o enfrentamento a este fenômeno, dentre os quais o denominado agente encoberto, a ação controlada, interceptação telefônica, cooperação internacional, oitiva de testemunhas em condições especiais por

Greco Filho e Marcelo Mendroni que sustentam a insuficiência de um conceito legal de organização criminosa. Essa posição entende, em linhas gerais, que uma definição legal poderia deixar de fora do campo de aplicação da lei alguns fatos relevantes, considerada a dinamicidade do fenômeno da criminalidade organizada.

Finalmente, em julho de 2012, a Lei 12.694¹⁰³ dispôs sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas e trouxe, por fim, uma definição de organização criminosa¹⁰⁴.

3.2.2 CONVENÇÃO DE PALERMO. DECRETO PRESIDENCIAL 5.015/2004

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, nominada de Convenção de Palermo, é um instrumento internacional e multilateral aprovado em resolução da Assembleia Geral da ONU, em novembro de 2000, adotada na cidade de Nova Iorque, e entrou em vigor a partir de 29 de setembro de 2003. Ela é vocacionada à cooperação entre os Estados-partes para “prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”¹⁰⁵

videoconferências etc. Fato é que tais instrumentos serão exclusivamente utilizados nos chamados “crimes de catálogo”, além dos quais o aplicador da lei não pode avançar. (Cf. GEMAQUE, Silvio César Arouck; RUSSO, Luciana. *Crime organizado em Portugal*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 281-301).

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm> Acesso em: 20 dez. 2017.

¹⁰⁴ Releva observar que a Lei 12.694/12, ao definir “organização criminosa” em seu art. 2º refere “para os efeitos desta Lei”, deixando restrito o campo de validade do conceito trazido por ela. Segundo doutrinadores como Renato de Lima e Cristiane Dupret, o conceito trazido pela Lei 12.694/12 (exclusivamente procedimental) poderia ter seu âmbito de incidência ampliado, mesmo que em interpretação desfavorável. Nesse sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 536; DUPRET, Cristiane. *Leis Penais Especiais – direito penal econômico*. Minas Gerais: Jus Editora, 2012. p. 507-508 apud GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 38). Já Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues da Silva entendem que era equivocado tal entendimento, em especial por gerar uma analogia *in mallan partem*, vedado no direito penal brasileiro (Cf. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 38.). No mesmo sentido: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1266.

¹⁰⁵ A Convenção de Palermo é o ato normativo internacional mais abrangente no combate ao crime organizado transnacional, que prevê medidas e técnicas especiais de investigação na prevenção, controle e combate à criminalidade organizada. (Cf. GOMES, Rodrigo Carneiro. *O Crime organizado*

Em linhas gerais, a disciplina das organizações criminosas no direito brasileiro ganhou novos contornos com a incorporação ao ordenamento nacional da Convenção de Palermo, através do Decreto Presidencial 5.015/2004. Isso porque a partir de então passou a se ter um conceito de “grupo criminoso organizado”, não, porém, a tipificação do crime¹⁰⁶.

A Convenção de Palermo, em seu artigo 2º, trouxe a definição “grupo criminoso organizado, nos seguintes termos:

grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material

Nesse contexto, a doutrina divergia quanto à possibilidade de aplicação do conceito trazido pela Convenção. O posicionamento que prevaleceu, capitaneado por Luiz Flávio Gomes, no entanto, foi no sentido negativo, tendo sido posteriormente adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme foi abordado no ponto anterior¹⁰⁷, em razão de somente lei em sentido formal tem o condão de tipificar condutas (CF, art. 5º, XXXIX).

De toda importância, a Convenção de Palermo possui certas diretivas a serem seguidas pelos Estados-partes na adaptação da sua legislação interna (art. 5º, 1º)¹⁰⁸, servindo, assim, de inspiração para a introdução de conceito legal de organização criminosa no âmbito do Direito Interno.

na visão da Convenção de Palermo. TRIBUNA, 2008. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/o-crime-organizado-na-visao-da-convencao-de-palermo/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

¹⁰⁶ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 22.

¹⁰⁷ Em linhas gerais, os argumentos contrários à aplicação da Convenção de Palermo eram: (1) violação ao princípio da legalidade; (2) a definição trazida pela convenção é por demais ampla e genérica, violadora, portanto, do princípio da taxatividade; c) o conceito da Convenção só poderia valer nas relações internacionais, jamais para reger o Direito Penal Interno. (Cf. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 36-38)

¹⁰⁸ Art. 5º, ponto 1º. “Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente”

3.2.3 LEI 12.850/2013 – NOVA LEI DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013¹⁰⁹, que “define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o art. 288, do Decreto-Lei 2.848/1940 (Código Penal) e revoga a Lei 9.034/1995”, trouxe novos ares na disciplina legislativa do fenômeno da criminalidade organizada.

Seguindo a tendência mundial, até por força da recomendação da Convenção de Palermo, o legislador brasileiro optou pela tutela jurídico-penal da organização criminosa para definir o que comumente sob o prisma criminológico e sociológico é denominado crime organizado.

Veja-se o novo conceito de organização criminosa delineado pela Lei 12.850/13, no seu art. 1º, §1º:

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

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

A toda evidência, a lei, basicamente, contemplou a linha consagrada pelo art. 2º da Convenção de Palermo, até porque tal definição já se encontrava incorporada no plano doméstico, ante a sua internalização pelo Decreto Executivo 5.015, de 2014. Com efeito, houve praticamente uma repetição da definição já existente no ordenamento jurídico nacional, a par da Convenção de Palermo, também na Lei 12.694/12, no seu artigo 2º, segundo o qual:

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm> Acesso em: 20 dez. 2017.

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.

Em comentários à novel Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13), para a configuração de uma organização criminosa, Eduardo Araujo observa, em tese, três requisitos essenciais: requisitos estrutural, temporal e finalístico¹¹⁰.

Conforme Eduardo Araujo, “em relação requisito estrutural, na busca de maior eficiência na repressão do fenômeno do crime organizado, houve inovação restritiva quanto à previsão do número de participantes (*quatro ou mais pessoas*), se considerada a anterior redação do art. 288, do Código Penal, que exigia o número de quatro pessoas para a configuração do crime de quadrilha ou bando”¹¹¹. É certo, na visão de Eduardo Araujo, que é imprescindível a observação de uma estrutura mínima, ainda que informa, com divisão de tarefas, presença de um chefe ou líder que dirige a organização, planejamento prévio a execução dos crimes¹¹²; isso, porém, não exige, segundo Marcelo Mendroni, que essa associação se dê através de formalidades, embora elas possam existir, como nos casos dos famosos rituais de inicialização das organizações criminosas de tipo mafioso¹¹³.

A organização criminosa exige uma pluralidade de agentes, organizados estruturalmente¹¹⁴. É, portanto, um crime plurissubjetivo, plurilateral ou de concurso

¹¹⁰ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 24.

¹¹¹ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 24.

¹¹² SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 24. Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues observam que “não há como confundir esse planejamento com o mero programa delinquencial (que está presente em praticamente todos os crimes dolosos). A presença de itens do planejamento ‘empresarial’ (controle do custo das atividades necessárias, recrutamento controlado de pessoal, modalidade do pagamento, controle do fluxo de caixa, de pessoal e de ‘mercadorias’ ou ‘serviços’, planejamento de itinerários, divisão de tarefas, divisão de territórios, contatos com autoridades etc.) constitui forte indício do crime organizado. (Cf. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 60). Ainda, sobre o ponto, ver também: BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 26-32.

¹¹³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 23.

¹¹⁴ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 56.

necessário. E segundo Marcelo Mendroni, trata-se de crime formal, cuja consumação se configura independentemente da obtenção de resultado¹¹⁵.

Quanto ao requisito temporal, apesar de a lei não ter feito menção expressa a estabilidade e permanência da organização, é unânime na doutrina a afirmação no sentido de que a estabilidade e permanência é qualidade fundamental para a caracterização de uma organização criminosa. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt e Paulo César Busato sustentam que “a estabilidade e permanência são duas características específicas que complementam a definição conceitual de organização criminosa, e são identificadoras dessa modalidade especial de associação criminosa”¹¹⁶; e acrescentam:

[...] *ordenação estrutural e divisão de tarefas* são elementares expressas, *estabilidade e permanência* são elementares implícitas que completam a concepção de organização criminosa, sendo insuficiente a mera coparticipação criminosa ou um eventual e transitório concerto de vontades para a prática de *crimes* determinados.

O requisito finalístico, por sua vez, segundo Eduardo Araujo, é constatado na expressão “mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”. Desse modo, infrações penais com penas máximas inferiores a 4 (quatro) anos, pois, praticadas em solo brasileiro, poderiam eventual ser enquadradas no tipo penal de associação criminosa (art. 288, do Código Penal)¹¹⁷. Segundo o autor supramencionado, o legislador brasileiro, ao fazer menção ao gênero “infração penal” abriu a possibilidade de uma organização criminosa buscar não apenas o cometimento de crimes (espécie), mas de infrações penais, abarcando, assim, a prática também de contravenção penal (espécie), desde que sejam praticas em concurso material com

¹¹⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 22.

¹¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32. Luiz Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues, no sentido, defendem que “os elementos estabilidade e permanência integram implicitamente a expressão ‘estruturalmente ordenada’, pois inexistente estrutura se não houver um tempo considerável de existência e continuidade”. (Cf. GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 60)

¹¹⁷ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26.

outros delitos, cujas penas atinjam o patamar exigido pela lei de organizações criminosas¹¹⁸.

No ponto, há críticas no sentido de que o conceito restritivo de organização criminosa pautado no cometimento de infrações penais superiores a quatro anos tende a limitar sobremaneira o âmbito de aplicação da Lei de Organização Criminosa. Na avaliação de Ana Luiza, Flávio Cardoso e Gustavo Gazzola:

De fato, a grande nocividade social desse tipo de macrocriminalidade emana principalmente da organização em si, de suas características como organização, de cuja atuação nascem os mais variados tipos penais. Não são estes, destarte, que tornam a organização criminosa o que ela é; é ela, ao contrário, que os torna o que eles são: infrações organizadas, porque perpetradas por membros de uma organização criminosa, agindo em prol desta¹¹⁹.

Sem embargo, é certo que, em se tratando de infrações penais de caráter transnacional, independe a natureza de crime ou contravenção penal, bem como a pena máxima em abstrato cominada.

Ainda em relação ao critério finalístico, o conceito de organização criminosa traz um elemento subjetivo especial, qual seja, o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza. Nesse diapasão, revela assinalar que a vantagem a que alude a Lei não se restringe necessariamente à vantagem econômica, embora exista na doutrina autores que sustentem o contrário¹²⁰, seguindo a linha contemplada, inclusive, pela Convenção de Palermo.

¹¹⁸ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26.

¹¹⁹ FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 43.

¹²⁰ Adel El Tasse e José Paulo Baltazar Júnior, por exemplo, criticam o uso da expressão “vantagem de qualquer natureza”. Segundo o primeiro, a locução viola o princípio da taxatividade penal no dispositivo penal, pois a técnica legislativa adotada provoca uma indevida extensão do núcleo do tipo, o que o inquinaria de absoluta inconstitucionalidade. Para o segundo, a expressão se mostra alheia ao principal objetivo das organizações criminosas, que é a obtenção de lucro; ademais, o uso da expressão abrangente “qualquer natureza” tenderia a dificultar a distinção entre organizações criminosas e grupos terroristas. (EL TASSE, Adel. *Nova Lei do Crime Organizado*. Lex Magister, 2013. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24840822_NOVA_LEI_DE_CRIME_ORGANIZADO.aspx. Acesso em: 21 dez. 2017; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1269)

Cezar Bitencourt e Paulo Busato são categóricos ao afirmar que o uso da locução “qualquer natureza”, sem adjetivos como econômica ou patrimonial deixa transparecer a intenção do legislador em não restringir seu alcance. No juízo desses autores, “a *natureza econômica da vantagem* é afastada pela elementar normativa *vantagem de qualquer natureza*, que deixa clara sua abrangência”.¹²¹

Outra não é a lição de Vicente Greco Filho, para quem “a vantagem pode ser, até, de natureza política, ou seja, o acesso ao poder político legítimo e sua manutenção para prática de crimes”.¹²²

Interessante observar que, ao menos tendo como fonte lei formal em sentido estrito, existem no ordenamento jurídico brasileiro duas definições de crime organizado, que, embora apresentem tênues diferenças, são incompatíveis entre si: a primeira, estabelecida pela Lei 12.694/12 (que dispôs sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas) e, a segunda, pela Lei 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas).

Art. 2º da Lei 12.694/12:

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.

Art. 1º, §1º, da Lei 12.850/13:

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

¹²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 34.

¹²² FILHO, Vicente Greco. *Comentários à lei de organização criminosa – lei nº 12.850/13*. São Paulo: Saraiva. p. 22.

Ana Luiza, Flávio Cardoso e Gustavo Gazzola apresentam clara preferência pela definição operada pela Lei 12.694/12, pois sustentam que essa lei, hoje, segundo eles, tacitamente revogada em seu artigo 2º, acertou ao considerar organização criminosa a associação de “03 (três) ou mais pessoas”, pois expressava a tendência atual das legislações ocidentais, além de abranger os delitos com pena máxima *igual* ou superior a 4 (quatro) anos; a Lei 12.850/13, por outro lado, optou pela obsoleta noção de “associação de 4 (quatro pessoas) ou mais pessoas” e restringiu ainda mais os delitos previstos ao incidir apenas sobre aqueles cujas penas máximas cominadas sejam apenas *superiores a 4 anos, ou que sejam de caráter transnacional*¹²³.

Ainda, a Lei da Organização Criminosa, a teor do disposto no seu §2º do art. 1º, é aplicável também “às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos”¹²⁴. É dizer, as organizações terroristas, ou seja, aquelas cuja finalidade seja a prática de atos terroristas legalmente definidos nos artigos 2º, §1º; 3º; 5º e 6º da Lei 13.260/2016¹²⁵, são também alcançadas pela Lei do Crime Organizado, no que diz respeito à investigação, processo e julgamento¹²⁶.

A aclamada Lei da Organização Criminosa, enfim, é de natureza híbrida: *processual penal e penal material*. Divida em três capítulos, trata, no primeiro, do conceito e tipificação da organização criminosa; no segundo, cuida das atividades voltadas à colheita da prova durante a investigação criminal, trazendo, nos artigos 4º ao 17, os meios especiais de obtenção de prova e, nos artigos 18 a 21, crimes

¹²³ Defendem esses autores que “embora inexista na Lei 12.850/13 disposição expressa revogando o art. 2º da Lei 12.850/12, dentro de uma interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, é inconcebível a convivência de dois artigos (o 1º, §1º, da lei nova com o indigitado art. 2º da lei anterior) rigorosamente enfocando o mesmo objeto, isto é, a conceituação de organização criminosa”. (Cf. FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 39). Nesse sentido, entendem autores como Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (em *Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei 12.850/2013*. Salvador: Juspodvm, 2013), além de Cleber Masson e Vinícius Marçal (em *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 24).

¹²⁴ BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 20 dez. 2017

¹²⁵ Lei de Combate ao Terrorismo: regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

¹²⁶ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 35.

ocorridos durante a investigação; no terceiro e derradeiro capítulo (artigos 22 e 23) aborda o procedimento.

3.2.4 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.

A anterior ausência de uma definição do tipo específico das organizações criminosas deu ensejo inevitavelmente há confusão acerca da distinção entre quadrilha ou bando e grupo criminalmente organizado.

Com efeito, com a previsão do tipo penal de participação em organização criminosa no direito brasileiro, dispondo de requisitos estruturais próprios (quatro ou mais pessoas e estrutura ordenada), o legislador também alterou a configuração do tipo penal do então crime de quadrilha ou bando, agora com o *nomen iuris* de “associação criminosa”, alteração esta promovida pela própria Lei de Organização Criminosa. Dessarte, o crime de associação criminosa, previsto no Código Penal Brasileiro, no seu artigo 288, passou a ter a seguinte redação:

Associação criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

Portanto, se o grupo tiver como composição três pessoas e tiver características de uma organização criminosa, estaremos diante de associação criminosa; do mesmo modo, se houver quatro ou mais pessoas, mas não estiverem preenchidas as características das organizações criminosas, haverá, em tese, a formação de uma associação criminosa¹²⁷. Desse modo, o crime de associação criminosa é tido como “delito de associação subsidiária com relação aos demais

¹²⁷ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 131.

crimes associativos, ou seja, ‘só subsistirá no caso da não configuração de crime maior, quais sejam, organização criminosa, milícia privada etc.’”¹²⁸

Note-se que é elemento comum de ambos os crimes o *animus* associativo, um ajuste prévio entre os integrantes no sentido da formação de um vínculo associativo de fato. A vontade de se associar, portanto, precede a prática efetiva do delito¹²⁹.

Nesse sentido, o limite dogmático para distinção entre uma associação criminosa e organização criminosa reside basicamente em sua estruturação interna; isto é, no aspecto organizacional do grupo criminoso, uma vez que, em termos de classificação doutrinária das infrações penais, os crimes ocupam em última análise as mesmas *classes*. Daí Marcelo Mendroni mencionar que o ponto crucial da distinção entre ambas as figuras delitivas reside exatamente no significado do termo *organização*¹³⁰.

Segundo a lição de Ada Becchi, a organização é um

conjunto formalizado e hierarquizado de indivíduos integrados para garantir a cooperação e a coordenação dos membros para a persecução de determinados escopos, ou seja, como uma entidade estruturada dotada de ideais explícitos, de uma estrutura formalizada e de um conjunto de regras concebidas para modelarem o comportamento em vista da realização daqueles objetivos.¹³¹

Decorre daí, portanto, a conclusão de Marcelo Mendroni no sentido de que na associação criminosa constata-se apenas uma “associação”, com solidariedade entre seus integrantes, ao passo que na organização criminosa verifica-se uma

¹²⁸ GOMES, Luiz Flavio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: Juspodvm, 2015. p. 153.

¹²⁹ “Note-se que se pune a intenção dos agentes, mas na verdade, mais do que isso, aquilo que a lei considera “início de execução”, do *iter criminis*, dos crimes a serem praticados por um grupo de pessoas, dada a periculosidade revelada em face do seu “planejamento”, vale dizer, da premeditação dos agentes”. (Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9)

¹³⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9

¹³¹ BECCHI, Ada. *Criminalità organizzata: paradigmi e scenari delle organizzazioni mafiosi in Italia*. Roma: Donzelli, 2000. p. 42 apud MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9

verdade “estrutura organizada”, com articulação, relações, ordem e objetivo, com intenso respeito às regras e às autoridades do líder¹³².

A associação criminosa também se difere do concurso eventual de agentes. Trata-se, pois, conforme a classificação doutrinária, de crime de perigo comum e abstrato, de concurso necessário e de caráter permanente, que não se confunde com simples concurso eventual. Ademais, o elemento de estabilidade presente no crime de organização criminosa, também se faz no crime de associação criminosa.

¹³² MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 10.

4 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: INFILTRAÇÃO POLICIAL

4.1 O AGENTE INFILTRADO NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A sociabilidade é característica que define o ser humano. É da sua natureza, portanto, a conjugação de esforços em prol da concretização de causas comuns. Conforme Battista Mondin, a natureza social do homem é perceptível a partir da sua “propensão para viver junto com os outros e comunicar-se com eles, torná-los participantes das próprias experiências e dos próprios desejos, conviver com eles as mesmas emoções e os mesmos bens”¹³³. Este *animus* associativo, todavia, não passou longe da atividade criminal que, a partir da união de esforços, os agentes criminosos passaram a concorrer para a prática de delitos. Tal não ficou restrito aos crimes praticados em concurso eventual de pessoas; a criminalidade organizada, de concurso necessário e dotado de estabilidade, ganhou proporções significativas no cenário delinquencial.

Relativamente à organização criminosa, a obtenção de provas passíveis de utilização no âmbito do processo penal requer uma atividade investigatória e de inteligência mais elaborada e diferenciada quando em comparação com os métodos aplicáveis na investigação da criminalidade comum. Isso porque o *modus operandi* destas organizações criminosas, calcado na clandestinidade e na “lei do silêncio”, como já oportunamente destacamos, dificulta sobremaneira a coleta de achados relacionados aos crimes praticados, exigindo do Estado-investigador uma ação redobrada.

Com vistas a incrementar os meios operacionais de investigação e obtenção de provas, e, assim, a eficiência processual em face da criminalidade organizada, constituiu-se uma tendência mundial a inserção de novas técnicas investigativas tão aprimoradas quanto às estruturas das organizações criminosas, de sorte a se

¹³³ MONDIN, Battista. *O homem, quem é ele? Elementos da Antropologia Filosófica*. São Paulo: Paulus Editora, 1986. p. 154.

estabelecer um combate paritário do problema, atingindo a eficiência desejada de um Estado atuante¹³⁴.

O jurista Flávio Cardoso Pereira anota que, com a aparição de uma modalidade de crime recente e agora estrutura, houve uma superação das tradicionais notas de hierarquia e corrupção que marcavam os grandes grupos criminosos para, mediante a exploração da integração globalizada das sociedades pós-industriais e da revolução tecnológica, aproveitar-se das limitações dos sistemas jurídicos, gerando graves lesões, não somente a bens de titularidade individual, mas alcançando o sistema político e social de muitos países, suas instituições, afetando ainda outros bens jurídicos de extrema importância, tais como a vida, o meio ambiente, a saúde e a economia¹³⁵.

É evidente, portanto, a necessidade de o Estado empregar, e assim se percebe de forma crescente nos últimos anos, técnicas ou métodos de investigação criminal sofisticadas para o enfrentamento dessa forma diferenciada, *sui generis* e mais grave de delinquência¹³⁶. É nesse cenário que se destaca a técnica da infiltração de agentes, o qual gera grande discussão, face à, ao menos aparente, forte “estabilização da sua relação com os métodos proibidos de prova”¹³⁷.

A doutrina aponta que o nascedouro do instituto remonta a idade média, no regime francês de Luís XIV, o qual, buscando reforçar o seu regime, criou a figura dos *delatores*, cidadãos que teriam a missão de prestar informações úteis ao reinado sobre potenciais inimigos políticos, em troca de favores e vantagens perante o rei¹³⁸.

¹³⁴ Para Marcelo Mendroni é essencial “evoluir bastante nesse aspecto tecnológico, até porque a evolução do expediente probatório nos mostra claramente que, a cada passo da evolução, vamos cada vez mais utilizar sistemas tecnológicos em produção de prova e menos prova testemunhal”. (Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 23.

¹³⁵ PEREIRA, Flávio Cardoso. *A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregadas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência e provas periciais de inteligência*. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 97-98.

¹³⁶ PEREIRA, Flávio Cardoso. *A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregadas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência e provas periciais de inteligência*. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 98.

¹³⁷ PACHECO, Rafael. *Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 107.

¹³⁸ MACIAL, Alexandre Rorato. *Crime organizado: persecução penal e política criminal*. Paraná: Juruá Editora, 2015, p. 133. Ricardo Alves Bento anota que “o primeiro registro acerca do programa organizado de infiltração de agentes foi empregado na França por Eugène François Vidocq, em 1800, empenhado no estudo nas leis penais, fora um dos primeiros agentes infiltrados, cuja atuação fora de

Entretanto, o efetivo regulamento acerca da técnica especial de investigação da infiltração policial ganha vulto na década de 80 do século XX, nos ordenamentos jurídicos europeus, assim como latino-americanos, buscando conferir ao instituto uma roupagem jurídica mais detalhada, à luz de um modelo de processo penal próprio dos regimes democráticos e de direito¹³⁹.

No direito brasileiro, o Projeto de Lei 3516/1989 tentou implementar a infiltração de agentes, entretanto, embora o projeto tenha sido transformado em Lei (Lei 9.034/1995 – Lei de combate às organizações criminosas, hoje revogada), a parte referente ao referido instituto de investigação sofrera veto presidencial. Posteriormente, o instituto foi introduzido através da Lei 10.217/2001, que alterou a então Lei de combate às organizações criminosas.

Nesse momento histórico, nada obstante a previsão legal da infiltração policial, segundo Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues, não havia um procedimento específico o requerimento e balizas claras na atuação dos agentes infiltrados, o que inviabilizava a implementação desta técnica especial de investigação, tornando-o um método pouco utilizado¹⁴⁰.

O tema da infiltração policial é bastante controverso desde o início, em especial no que diz respeito ao seu fundamento ético. A possibilidade de o Estado, através de seus agentes, praticar atos delitivos como forma de melhor apurá-los é de todo questionável, na medida em que aparenta fugir da sua função precípua de prevenção penal,¹⁴¹ e equiparando-se ao sujeito que pretende debelar.

Interessante observar que além da Lei 9.034/95, outras leis já previam a utilização deste método especial de investigação, como a Lei 10.409/2002, no art. 33, inciso I, que por sua vez foi revogada pela Lei 11.304/2006 (Lei de Drogas), que

forma particular”. BENTO, Ricardo Alves. *Agente infiltrado: busca pela legitimação constitucional*. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 344.

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 157. Ainda, no mesmo sentido: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: Juspodvm, 2015. p. 390.

¹⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: Juspodvm, 2015. p. 390.

¹⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 156-157.

passou, então, a prever o instituto em seu art. 53, inciso I, mas carecendo, igualmente, de um procedimento para tanto.

Até que, finalmente, surgiu a Lei 12.850/2013 (revogadora da Lei 9.034/95), que, ao prever o instituto da infiltração de agentes policiais, fixou um procedimento próprio para guiar a utilização dessa “nova” técnica de investigação criminal.

4.2 CONCEITO DE AGENTE INFILTRADO

O agente infiltrado, segundo o conceito de Ana Luiza, Flávio Cardoso e Gustavo Gazzalo, é a figura representada por um policial, devidamente treinado para tal e que, estando subordinado a outras autoridades de persecução penal, utilizando-se de identidade falsa, consegue penetrar nas entranhas de uma determinada organização criminosa¹⁴².

Eduardo Araujo da Silva define a infiltração policial como sendo:

uma técnica de investigação criminal ou de obtenção da prova, através da qual um agente do Estado, mediante prévia autorização judicial, se infiltra numa organização criminosa, simulando a condição de integrante, para obter informações a respeito de seu funcionamento.

Não destoam da maioria o conceito trazido por Vicente Greco, segundo o qual agente infiltrado (*underground agent*) é “*um membro do corpo policial que, para desbaratear a atividade de grupos criminosos, ingressa no grupo e participa de suas atividades até a colheita de elementos probatórios suficientes para a persecução penal*”¹⁴³. Ou seja, um funcionário da polícia que, falseando sua identidade, ingressa no âmago da organização criminosa para obter informações e, assim, desmantelá-la¹⁴⁴.

É evidente, portanto, no cotejo dos conceitos doutrinários levantados, a noção de que o sujeito ativo – o agente – tem de compor o quadro da polícia (polícias civil

¹⁴² FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 192.

¹⁴³ FILHO, Vicente Greco. *Comentários à lei de organização criminosa – lei nº 12.850/13*. São Paulo: Saraiva. p. 58.

¹⁴⁴ PACHECO, Rafael. *Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 114.

ou federal), algo que vem evidenciado também a partir da leitura do próprio diploma legal do crime organizado, afastando a discussão acerca da possibilidade de “agentes de inteligência” (funcionários da ABIN ou integrantes do Sistema Brasileiro de Inteligência – SISBIN, por exemplo), atuarem como *underground agent*¹⁴⁵. Nesse sentido, a dicção do art. 10, da Lei 12.850/13:

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.

Do conceito apresentado pela doutrina, extraem-se três características principais que marcam a figura do agente infiltrado, a saber: “a *dissimulação*, ou seja, a ocultação da condição de agente oficial e de suas verdadeiras intenções; o *engano*, posto que toda a operação de infiltração se apoia numa encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito; e, finalmente, a *interação*, i.e., uma relação direta entre o agente e o autor potencial”¹⁴⁶. Nessa vereda, a atuação de agentes no interior das organizações criminosas é sobretudo perigosa, exigindo do infiltrado toda cautela possível, certo de que qualquer passo em falso que inspire desconfiança pode ser fatal. Não por acaso, a doutrina costuma apontar a necessidade de uma capacitação eficiente do agente que irá atuar como infiltrado. Nesse sentido, Ana Luiza, Cardoso Pereira e Gustavo Gazzola sustentam que

são caracteres básicos do policial infiltrado: perfil compatível com a dificuldade da operação, inteligência aguçada, aptidão específica para determinadas missões, equilíbrio emocional, vez que poderá ficar distante do âmbito familiar por tempo indeterminado, sintonia cultural e étnica compatível com a organização a ser infiltrada, etc.

¹⁴⁵ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei 12.850/2013*. Salvador: Juspodvm, 2013. pp. 97-98.

No ponto, a doutrina esclarece que a Lei 9.034/95, ao mencionar “agentes de inteligência” acabou por incluir a possibilidade de agentes da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) atuarem como infiltrados para investigação do crime organizado, o que era inadmissível e inconstitucional, pois esses têm como função primordial as atividades de inteligência estatal, ou seja, vocacionadas para subsidiar o Governo brasileiro na preservação da soberania nacional. A busca de provas para o processo penal é atividade própria das polícias (civis e federais), nos termos do art. 144 da CF/88. (Cf. FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 194)

¹⁴⁶ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 92

A infiltração policial ostenta a *natureza jurídica* de um verdadeiro meio extraordinário de investigação criminal, sendo certo ainda que a Lei 12.850/2013 a nomina de “*meio de obtenção de prova*”¹⁴⁷ do crime organizado.

4.2.1 AGENTE INFILTRADO *VERSUS* AGENTE PROVOCADOR

É necessária a distinção conceitual entre o agente infiltrado e o agente provocador. Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues definem o agente provocador como sendo o sujeito que *provoca* outrem ao cometimento de uma infração penal com o fim de que o agente provocado seja punido em razão do delito cometido, mesmo que não houvesse o desejo inicial de realizar a conduta¹⁴⁸.

A diferença, portanto, ao menos no plano teórico, é clara. Na infiltração policial, o agente infiltrado recebe ordens e aceita voluntariamente a missão de ingressar no seio de uma organização criminosa para observá-la e, assim, obter informações que possam subsidiar eventual persecução criminal: trata-se de atuação passiva. O agente provocador (relacionado à *entrapment doctrine* ou teoria da armadilha do direito norte-americano)¹⁴⁹, por outro lado, induz ou instiga o sujeito a cometer o delito para que, logo em seguida, possa ser promovida a prisão em flagrante: trata-se de uma atuação positiva no sentido de provocar a prática criminosa.

Na prática, entretanto, essa distinção se mostra bastante sensível. Segundo Cassio Roberto Conserino, a prévia demonstração de que a organização criminosa

¹⁴⁷ Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes **meios de obtenção da prova**:

[...]

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11.

¹⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 394.

¹⁴⁹ “It is said that a defendant is illegally entrapped when the criminal design originated in the mind of the government officer. A definition of entrapment concise as any is that it is the ‘conception and planning of an offense by an officer, and his procurement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion, or fraud of the officer’”. (Cf. COWEN, Richard A. *The Entrapment Doctrine in the Federal Courts and Some State Court Comparisons*. Journal of Criminal Law and Criminology. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4758&context=jclc>>. Acessado em: 23 dez. 2017.

já vinha cometendo delitos é requisito fundamental para o deferimento da infiltração policial. Do contrário, se o agente infiltrado entra na organização antes mesmo da execução de delitos, certamente a tese da existência de agente provocador poderia ser levantada e com bastante possibilidade de sucesso¹⁵⁰.

A figura do agente provocador está diretamente relacionada à ideia do *flagrante provocado*¹⁵¹. Na jurisprudência, a matéria encontra-se sedimentada por meio do verbete sumular n. 145 do STF, segundo o qual “não há crime, quando a preparação para o flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

4.2.2 OUTROS INSTITUTOS CORRELATOS

Existem outras figuras muito similares ao agente infiltrado. Uma dessas figuras é o instituto do *agente encoberto*. Aliás, é comum observar-se na doutrina forte equiparação entre ambos os institutos, sendo utilizados em certa medida como expressões sinônimas (agente encoberto ou agente infiltrado). Segundo Bitencourt e César Busato, o agente encoberto, *undercover agent* do direito estadunidense, consubstancia-se numa especialização do agente infiltrado, a julgar pela mesma preparação que ambos os agentes devem passar¹⁵². Diferença fundamental, no entanto, reside no fato de que o agente encoberto se infiltra de modo genérico em âmbitos e organizações criminosas diversas para obter e, então, prestar informações às autoridades competentes, sem que sua atividade esteja diretamente ligada a uma investigação criminal específica¹⁵³. Equipara-se, assim, a um informante.

¹⁵⁰ CONSERINO, Cassio Roberto; VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho, MAGNO, Levy Emanuel. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 96.

¹⁵¹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 6ª edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 539.

No mesmo sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Outrossim, a adoção desse método de investigação não configura flagrante preparado, pois, para ocorrência deste, mister que a autoridade policial ou um terceiro induzam/instiguem uma pessoa a praticar determinado crime e, quando de sua prática, prenda o agente em flagrante, o que não ocorreu no caso em tela”. (TJ-RS - ACR: 70073371825 RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Data de Julgamento: 13/07/2017, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/07/2017)

¹⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 165.

¹⁵³ FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 187.

Esta última figura, igualmente, distancia-se do agente infiltrado. Primeiro porque o informante não é integrante da polícia, mas que, por conhecer o ambiente criminoso, participando de atos delitivos ou não, possui informações relevantes para as investigações da polícia; segundo porque não tem como escopo o desmantelamento de uma organização criminosa, tampouco o controle da criminalidade organizada especificamente, prestando informações de forma voluntária e livre, sem qualquer classe de controle formal ou judicializado¹⁵⁴.

Não se confunde, ainda, o agente infiltrado com agente de inteligência (espião ou agente secreto), porquanto estes estão relacionados única e exclusivamente à atividade de inteligência, consistente na captura de informações que não se vinculam à investigação criminal, nem sequer de uma organização criminosa, mas voltadas para a defesa do Estado Democrático de Direito, da sociedade e para eficácia do poder estatal na prestação de serviços públicos.

Por fim, outra distinção merecedora de atenção diz respeito ao instituto da ação controlada. De início, é de sublinhar-se que a grande maioria da doutrina costuma nominar a ação controlada também como *entrega vigiada* ou *entrega controlada*. Todavia, Luiz Rascovski, no entanto, entende que a ação controlada e a entrega vigiada não se confundem¹⁵⁵.

De todo modo, de acordo com o art. 8º, *caput*, da Lei das Organizações Criminosas, consiste a ação controlada “em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações”.

De fato, são inconfundíveis as técnicas da ação controlada e da infiltração policial. Pode ocorrer, isso sim, além da mera vigilância exercida por conta da ação

¹⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 164.

¹⁵⁵ Para Luiz Rascovski, a ação controlada e entrega vigiada são muito semelhantes, uma vez que ambos buscam os mesmos objetivos e traduzem-se na monitoração, vigia e acompanhamento de atos criminosos até o melhor momento de implementação da medida interventiva policial; mas, por outro lado, possuem diferenças pontuais, como, por exemplo, o fato de a ação controlada prescindir de autorização judicial, diferentemente do que ocorre com a entrega vigiada. (Cf. RASCOVSKI, Luiz. *Entrega vigiada: meio investigativo de combate ao crime organizado*. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 75-83). No mesmo rumo: CONSERINO, Cassio Roberto; VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho, MAGNO, Levy Emanuel. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 49-52.

controlada, a utilização conjunta de agentes infiltrados que, no caso, fariam a vigilância de dentro das organizações criminosas ou o repasse informações referentes a possíveis itinerários para que agentes especificamente designados possam executar o acompanhamento das remessas¹⁵⁶.

4.3 PROCEDIMENTO LEGAL

De início, o art. 10 da Lei do Crime Organizado indica que são legitimados para pleitear a infiltração policial o delegado de polícia e o Ministério Público, *in verbis*:

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.

Portanto, os delegados de polícia estarão legitimados por meio da **representação** e o *parquet*, por meio de **requerimento**, ambos dirigidos à autoridade judiciária.

Mais adiante, o §1º do art. 10, da Lei 12.850/13 estabelece que, em se tratando de “*representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público*”. Segundo a lição de Cleber Masson e Vinícius Marçal, “trata-se de providência afinada com o sistema acusatório, que realça o papel do MP de *dominus litis*, pois, sendo a Instituição a verdadeira destinatária dos elementos de convicção colhidos na fase investigatória, nada mais salutar que participe diretamente dessa fase da persecução penal, orientando caminhos probatórios e controlando excessos (art. 129, VII, da CF/1988)”. Demais disso, o dispositivo legal exige também a *manifestação técnica do delegado de polícia* quando a providência é requerida pelo Ministério Público. Quer parecer que,

¹⁵⁶ O uso conjunto da ação controlada com a infiltração policial, para Roberto Conserino, “propicia uma otimização do trabalho e serve, justamente, para possibilitar um controle das ações de seus integrantes e a prisão de seus líderes e articuladores no melhor momento do ponto de vista probatório, sem prejuízo da identificação do patrimônio imobiliário mobiliário da organização”. (Cf. CONSERINO, Cassio Roberto; VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho, MAGNO, Levy Emanuel. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 49).

segundo a doutrina, a intenção do legislador teria sido a de permitir ao órgão policial, a quem efetivamente incumbe a execução da medida, a oportunidade de se manifestar acerca da viabilidade da colocação em prática dessa técnica de investigação.

A *prévia* autorização judicial, que deverá ser “circunstanciada, motivada e sigilosa”, é pressuposto de validade da prova colhida através da técnica de investigação em análise. A decisão judicial terá que estabelecer os limites de atuação do agente, considerando as circunstâncias do caso concreto. No sentir de Vicente Greco, o critério observado pelo juiz, no caso, será “eminente policial, dentro das técnicas de investigação e levará em conta também e primordialmente a segurança do agente”¹⁵⁷, o que respalda a necessidade da manifestação técnica do delegado de polícia.

A medida investigativa da infiltração policial possui caráter subsidiário e excepcional (art. 10, §2º e art. 11 da Lei 12.850/13¹⁵⁸). Segundo Eduardo Araujo, três são os requisitos legais exigidos:

[...] **indícios da prática de crime de participação em organização criminosa** que, na verdade, está previsto no art. 2º da lei e não no art. 1º, que apenas define o fenômeno; **necessidade da medida**, isto é, sua aplicação como *última ratio* probatória – se qualquer dos meios pesquisados for menos gravoso e suficiente para a finalidade buscada pela investigação, a violação dos direitos referidos será considerada desnecessária, o que impõe ao juiz, portanto, a necessidade de comparação entre as medidas restritivas de direitos possíveis de adoção, no sentido de buscar aquela mais idônea para a finalidade pretendida com a investigação criminal; e os **limites da atuação do infiltrado**, que deverão ser estabelecidos se possível com a referência às pessoas investigadas e os locais de atuação. Tais requisitos revelam a preocupação do legislador com a excepcionalidade e a abrangência da medida¹⁵⁹. (grifo nosso)

Seguindo as linhas do direito comparado, a lei exige a demonstração de *indícios* (e não provas, propriamente ditas) acerca da existência do crime de

¹⁵⁷ FILHO, Vicente Greco. *Comentários à lei de organização criminosa – lei nº 12.850/13*. São Paulo: Saraiva. p. 58.

¹⁵⁸ Art. 10, § 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”.

Art. 11. “O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração”.

¹⁵⁹ SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 95.

participação em organização criminosa na forma do art. 1º, §1, da Lei 12.850/13 (*fumus comissi delicti*). Isso porque a legitimidade da infiltração de agentes policiais está assentada na existência de uma investigação preliminar formalizada, de sorte que o juiz não poderá autorizar uma infiltração sem o mínimo de indícios documentados, vez que esse meio de obtenção de prova é extremamente invasivo, violador dos direitos fundamentais, em particular o direito à privacidade¹⁶⁰.

Cleber e Vinícius Marçal lecionam que, muito embora a lei tenha sido silente, é de todo conveniente que o pedido seja também instruído com o que denominaram de *plano operacional da infiltração*, o qual se baseará em prévio estudo da situação, apresentando detalhes minuciosos acerca da operação, de sorte a permitir um eficiente e permanente controle dos órgãos competentes¹⁶¹.

Ainda, a lei prevê o prazo de até 6 (seis) meses de duração da medida, “sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade” (art. 10, §3º, da Lei 12.850/13). Nesse particular, a doutrina entende que o direito brasileiro adotou ambas as espécies de infiltração da classificação norte-americana (*Light cover e Deep cover*) ao permitir a duração das infiltrações em prazo superior a seis meses, exigindo do agente, nessa hipótese, uma imersão profunda no seio da organização criminosa¹⁶².

Evidentemente que a distribuição do pedido terá de ser sigilosa (art. 12 da Lei 12.850/13), de modo a resguardar a identidade do policial infiltrado e a própria eficiência da operação. Efetivada a distribuição ou dispensada nos casos de *prevenção*, “as informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias

¹⁶⁰ Insta observar que a lei faz menção apenas a “indícios de crime de participação”. Já no art. 11 da Lei do Crime Organizado, a lei refere que, “quando possível”, o requerimento ou a representação indicarão os nomes e apelidos das pessoas investigadas, de sorte que não há necessidade da demonstração de indícios de autoria. Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 401.

¹⁶¹ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 320.

¹⁶² *Light cover* – duração da infiltração de até seis meses; e *Deep cover* – prazo de duração superior a seis meses (Cf. CONSERINO, Cassio Roberto; VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho, MAGNO, Levy Emanuel. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 85).

para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado” (art. 12, §1º, Lei 12.850/13).

As medidas necessárias a serem adotadas pelo juiz são traduzidas, na avaliação de Cleber e Vinícius Marçal, na fixação judicial dos limites temporais, espaciais e investigatórios. Assim o é porque o resguardo do êxito da operação propriamente dita incumbe ao agente infiltrado e não ao magistrado, bem assim em relação às medidas de segurança do infiltrado que caberão ao aparato da segurança pública¹⁶³.

O legislador, por fim, preocupado com a segurança do agente que atuou de forma infiltrada, dispôs no art. 14 da Lei certos direitos que amparam:

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

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

O agente, pois, terá direito a recusar ou fazer cessar a operação. É evidente que o risco a que está submetido o agente infiltrado supere em muito o usual. Nesse contexto, a voluntariedade tanto para adesão, como para a permanência na operação é direito que deve ser devidamente resguardado. Demais disso, não basta apenas a mera previsão de direitos do agente, mas que sejam criados efetivamente meios eficientes e estrutura logística¹⁶⁴ que possam ser acionados sempre que assim se fizer necessário.

¹⁶³ MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 323.

¹⁶⁴ Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 183-187.

4.4 VALOR PROBATÓRIO DA PROVA COLHIDA PELO AGENTE

Aspecto importante no tratamento da prova colhida por meio do infiltrado diz respeito ao valor probatório do testemunho a ser prestado pelo agente.

Para Guilherme de Souza Nucci, a técnica da infiltração policial traduz-se em um meio de prova misto, envolvendo a busca e a testemunha, visto que o agente infiltrado busca provas enquanto conhece a estrutura e as atividades da organização e será ouvido, futuramente, como testemunha¹⁶⁵.

Com efeito, o agente que atua encoberto no seio da organização criminosa possui informações detalhadas acerca do funcionamento da organização, divisão de tarefas, integrantes da organização, nicho de atuação, *modus operandi* etc., o que revela a suma importância do seu depoimento. Entrementes, não há que se creditar valores absolutos às palavras dos policiais, as quais devem ser recebidas com cautela, pois é certo que sua participação nas diligências pode exercer influência sobre o seu depoimento em juízo. Ademais, “se não são suspeitos, têm eles todo o interesse em demonstrar a legitimidade do trabalho realizado”¹⁶⁶.

De qualquer forma, vige no sistema jurídico brasileiro o princípio do livre convencimento motivado do juiz, efetivo destinatário final da prova, a quem incumbe a valoração, racional e fundamentada, de todo o produto da investigação criminal apresentado em juízo.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em relação ao tema é vasta, principalmente sobre a prova colhida pelo agente infiltrado nos crimes afetos à Lei nº 11.343/06. Na Apelação Criminal nº 70063916530, julgado pela Segunda Câmara Criminal, no qual se pleiteava a nulidade da infiltração policial, de modo a serem desqualificados os depoimentos dos policiais infiltrados, o Desembargador Sandro Luz Portal, relator do recurso, entendeu que “os depoimentos dos policiais responsáveis pelo flagrante representam um elemento probatório lícito, que devem receber o valor que possam merecer dentro do contexto

¹⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Vol. 2. p. 751 apud MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 321.

¹⁶⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 127 apud SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 104.

da prova do processo e a partir do cotejo decorrente do livre convencimento e da persuasão racional conferida ao Juiz, só sendo lícito sobrestar seu valor se existirem elementos concretos da vinculação dos agentes com uma tese acusatória espúria. Não é o que se observa no caso, haja vista que a narrativa dos policiais civis responsáveis pela investigação não apresenta distorção de conteúdo, tendo sido reproduzida em juízo de forma uníssona e inequívoca, confirmando a situação flagracional do comércio ilícito de entorpecentes praticado pelos réus no estabelecimento comercial, bem como que estes tinham em depósito, guardavam e vendiam as substâncias ilícitas”. (Apelação Crime Nº 70063916530, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandro Luz Portal, Julgado em 19/11/2015).

Verificou-se ainda uma atuação rigorosa do Tribunal de Justiça Gaúcho quanto à estrita observância da Lei 12.850/13 no que diz com os pressupostos autorizadores da infiltração policial. Nesse sentido, o julgado nº 70058671728, da Terceira Câmara Criminal, no qual, por maioria, declaram nulas as operações de infiltração policial e ação controladas, autorizadas judicialmente. Extraí-se do acórdão excerto do voto-condutor, do Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro:

No entanto, o que se verificou no caso concreto foi a ausência de fundamentação suficiente na representação policial e na concessão judicial da medida. Inexistiam indicativos bastantes de que os investigados constituíssem organização criminosa. Na verdade, como ao fim se revelou, tratava-se de pessoas pobres, residentes em um beco absolutamente humilde, que sediava precários casebres e um cracódromo, onde os alvos eram em sua maioria consumidores de crack e eventualmente praticavam também a venda da substância, quiçá envolvendo-se em outros delitos que não eram objeto da investigação. A associação criminosa organizada resultou longe de ser provada.

A autorização para infiltração de agente é decisão que exige todo o zelo e cuidado capazes de legitimar a posição em que é colocado o policial. Isto é, faz-se imprescindível a análise detalhada de todos os elementos indicativos da existência de uma organização criminosa em atividade, e também da própria capacidade técnica específica do agente quanto à espécie de criminalidade que integrará. A despeito disso, inexistiu qualquer menção à identidade do agente que se pretendia infiltrar, de modo que a análise sobre suas capacidades pessoais e profissionais de protagonizar a operação foram relevadas (ver art. 12 da Lei 12.850).

Ademais, existem limites para atuação do policial mesmo em atividade infiltrada, e, especialmente, não convém olvidar que a vida do agente é dada à condição precária de quem possui contato direto e rotineiro com os integrantes da organização criminosa, podendo não apenas sofrer as mesmas desventuras a que estão sujeitos os suspeitos no que se refere ao risco de vida, mas também ser por eles descoberto. Não

suficiente, vale recordar que o sigilo da operação perdura até a conclusão da investigação, tornando vulnerável o agente infiltrado e sua família, especialmente tendo em vista a pouca efetividade da Lei 9.807/99 (lei de proteção à testemunha). Nesse sentido, não houve monitoramento do agente infiltrado, a fim de resguardar sua integridade física diante de eventual situação de risco. Ressalte-se: o agente teria chegado a ser vítima de roubo praticado pelos indivíduos a quem investigava, sendo ameaçado com uma faca (04'30" do vídeo 06-11 Osvaldo Aranha - Fim da tarde (roubo majorado) Part 02, fl. 328).¹⁶⁷

Portanto, conforme anotado anteriormente, é de extrema importância a atuação do juiz na análise da admissibilidade da prova, tanto no que diz aos seus pressupostos autorizadores quanto a efetiva operação dos policiais infiltrados, devendo suas ações estarem pautadas nos estritos limites da decisão judicial que autorizou a operação, assim como ponderadas em face do princípio da proporcionalidade.

4.5 RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE INFILTRADO

É, sem dúvida, um dos pontos mais controversos sobre o assunto aquele atinente aos crimes cometidos pelo agente e a natureza jurídica da excludente. Decerto, o infiltrado não pode ser responsabilizado por integrar a organização criminosa, vez que possui autorização judicial para tanto, não estando na sua esfera de consciência e vontade participar efetivamente da organização criminosa. Paire, por outro lado, a dúvida acerca da natureza jurídica da excludente em relação aos crimes praticados no interior da organização criminosa.

Eduardo Araujo da Silva avalia que

É necessário identificar um ponto de equilíbrio entre os interesses estatais e os princípios orientadores do Estado de Direito, pois se de um lado o Estado deve buscar reprimir com eficiência a criminalidade organizada, de outro não podem seus agentes praticar quaisquer infrações penais, que ate eventualmente podem ser mais gravosas que aquelas cometidas pela organização criminosa.

Quando ainda sob o império da antiga Lei do combate ao crime organizado (Lei 9.034/95), Roberto Conserino apontava que se o agente infiltrado executar

¹⁶⁷ Apelação Crime Nº 70058671728, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 06/11/2014.

alguma conduta típica no âmbito da organização criminosa, estará acobertado pelo manto de causa excludente de culpabilidade, do tipo *inexigibilidade de conduta diversa*, vez que se não agisse, se não tivesse decidido participar do crime ou crimes da organização criminosa, o desiderato da infiltração restaria prejudicado¹⁶⁸.

A propósito, parece ter sido este o caminho trilhado também pela Lei 12.850/13, adotando, portanto, uma causa de exclusão da culpabilidade, ao referir no seu parágrafo único, do art. 13, que “Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, *quando inexigível conduta diversa*”.

Entretanto, segundo entendem Roberto Bitencourt e Paulo Busato, “o dispositivo tenta inutilmente igualar, tratando como *causa de exculpação*, todas as inúmeras e distintas possibilidades de ocorrência de delitos praticados pelo agente infiltrado”¹⁶⁹. Para os autores supracitados, é possível a ocorrência de inexigibilidade de conduta diversa, assim como o estrito cumprimento do dever legal, dependendo da configuração do caso concreto¹⁷⁰.

O *caput* do artigo 13, por outro lado, traz a “regra de ouro” na verificação da atuação do agente infiltrado: “*o agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados*”¹⁷¹.

Invariavelmente, a atuação do agente infiltrado deverá estar pautada no primado da *proporcionalidade*¹⁷² (concepção alemã) ou *razoabilidade* (concepção norte-americana), ou ainda *proibição de excesso* (concepção lusitana), de modo que os bens jurídicos a serem tutelados possam se encontrar justificados quando em

¹⁶⁸ CONSERINO, Cassio Roberto; VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho, MAGNO, Levy Emanuel. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 86.

Todavia, Rafael Pacheco anota que “nem sempre será necessário praticar crimes, pois pode o infiltrado atuar em diversos níveis da organização, inclusive em uma de suas faces lícitas, pela qual poderá cumprir seu dever sem a necessidade imperiosa de delinquir”. (Cf. PACHECO, Rafael. *Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 126).

¹⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 178.

¹⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 173-182

¹⁷¹ A “proporcionalidade se constitui na palavra-chave não apenas para orientar a atividade do agente infiltrado, mas, principalmente, para justificar a própria existência do instituto em análise. (Cf. CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei 12.850/2013*. Salvador: Juspodvm, 2013. p. 109).

¹⁷² Sobre o assunto: SOUZA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 111.

comparação com os bens a serem preteridos. É, portanto, nesse particular, inadmissível que a conduta delitativa praticada pelo agente, em nome do Estado, produza consequências mais devastadoras do que a própria ação da organização criminosa, ainda que levada ao extremo.

4.6 AGENTE INFILTRADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A história do Direito Penal mostra, na visão de Vicente Greco, “uma evolução em dois planos: no plano da espécie de bens jurídicos tutelados e no plano do perfil do criminoso”¹⁷³. Nesse caminhar, o surgimento de uma criminalidade organizada fez com que países diretamente afetados pelo fenômeno estreassem mudanças na sua política criminal e essa tendência consagrou o que se pode nominar de “Direito Penal de criminalidade diferenciada”.

Para deixar de lado a polêmica a respeito do chamado Direito Penal do Inimigo, os Estados adotam medidas especiais em face da nova criminalidade (terrorismo, crimes contra humanidade, tráfico de pessoas etc.), constituindo um chamado “Direito Penal de criminalidade diferenciada” o qual não se opõe ao Estado Democrático de Direito, pois que visa preservar exatamente convivência social e os seus valores¹⁷⁴. Esse Direito Penal diferenciado, atuando de forma mais intensa, visa exatamente a dar resposta a essa nova criminalidade (de massa), que se afigura diferenciado em relação a criminalidade comum.

Em se tratando da efetivação do *jus puniendi* do Estado em confronto com o *jus libertatis* do indivíduo, ganha relevância o tema acerca do resguardo dos direitos fundamentais, em especial do primado inserido no art. 1º, inciso III, da CFRB/88¹⁷⁵, como fundamento do Estado brasileiro, a “*dignidade da pessoa humana*”.

Segundo a lição de Flávia Piovesan, a dignidade da pessoa humana

¹⁷³ FILHO, Vicente Greco. *Comentários à lei de organização criminosa – lei nº 12.850/13*. São Paulo: Saraiva. p. 9.

¹⁷⁴ FILHO, Vicente Greco. *Comentários à lei de organização criminosa – lei nº 12.850/13*. São Paulo: Saraiva. pp. 10-11.

¹⁷⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a *dignidade da pessoa humana*”.

está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.”¹⁷⁶

A partir daí, toda aplicação do ordenamento jurídico brasileiro, no qual se insere o Direito Penal, deverá passar por uma filtragem constitucional que resguarde a dignidade humana. Tal medida, portanto, visa a conferir ao ordenamento a garantia de coesão e unicidade.

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu art. 5º o princípio da isonomia, segundo o qual “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”. Mais adiante, estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art.5º, inciso XLI, da CFRB).

Sem prejuízo, o Constituinte de 1988, mostrando-se preocupado com as consequências produzidas por certas espécies de condutas criminosas (art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da CFRB)¹⁷⁷, autorizou o tratamento diferenciado pelo legislador infraconstitucional em relação às demais condutas, sem que, com isso, houvesse ofensa ao princípio da igualdade¹⁷⁸.

Ora, é certo que a infiltração policial é medida atentatória aos direitos fundamentais de elevado valor para o cidadão, como o direito à intimidade ou à inviolabilidade de domicílio.

¹⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54.

¹⁷⁷ Art. 5º. [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático

¹⁷⁸ É lugar-comum a afirmação no sentido de que o princípio da igualdade, consagrado na Constituição Federal de 1988, não veda por absoluto o tratamento diferenciado. Na sua vertente de igualdade material, o princípio da isonomia reclama exatamente um tratamento desigual sempre que tal medida servir ao fim de igualar situações de elevadas desigualdades. Nesse sentido, segundo José Afonso da Silva, “porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais” (Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.195).

Nesse diapasão, Nereu José Giacomolli questiona a constitucionalidade da figura do agente infiltrado “pois a eficácia da medida requer a comissão de crimes e assim o Estado estaria utilizando uma técnica investigatória de duvidosa eticidade, já que estaria violando o mínimo ético do conteúdo do devido processo”¹⁷⁹.

De qualquer sorte, a inovação perpetrada no âmbito dos meios de investigação criminal, hoje tendência em quase todos os países, é passos necessários diante da ineficácia dos meios tradicionais para enfrentar a criminalidade organizada. A periculosidade observada nas organizações criminosas reclama uma atuação positiva do Estado, que não poderia deixar de exercer sua função de garantia da segurança pública e da paz social, que é dever do Estado e responsabilidade de todos (art. 144, da CFRB).

Não por acaso que há juristas como Flávio Gomes e Marcelo Rodrigues sustentando a constitucionalidade da técnica da infiltração policial. Segundo esses autores, “a Constituição Federal garante direitos como a vida, a integridade física e moral, a igualdade, a liberdade, a segurança etc. e por isso há que se concluir que estão autorizados também os meios para garantir esses direitos”¹⁸⁰.

Entrementes, conforme adverte Schünemann, a formulação de uma justiça penal operacional não implica uma carta branca dada ao legislador ordinário, devendo tal fórmula sempre ser conformado com o direito ao devido processo, também derivado do princípio do Estado de Direito, de sorte a se alcançar um equilíbrio entre a necessária eficiência penal, a garantia da segurança e da liberdade no processo penal¹⁸¹.

A eficiência deve sempre ser buscada pelos órgãos de persecução penal e pelo Poder Judiciário, o que exige normas processuais que permitam a concretização do dever estatal de proteção da sociedade, o qual advém do direito ao

¹⁷⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 apud MACIAL, Alexandre Rorato. *Crime organizado: persecução penal e política criminal*. Paraná: Juruá Editora, 2015, p. 145.

¹⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação – Questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/13*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 394. Nesse sentido ainda: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 6ª edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 541-542.

¹⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Wohin treibt der Deutsche Strafprozess*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114/12, 2002 apud JUNIOR, Jose Paulo Baltazar. *Direito à segurança e à liberdade no âmbito da investigação criminal*. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 203.

acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CFRB/88). A *persecutio criminis*, por outro lado, não pode vir em detrimento dos direitos ou garantias fundamentais também constitucionais, no sentido de os meios justificarem os fins.

Um processo penal eficiente é obtido a partir de um ordenamento jurídico formado por regras que permitam o equilíbrio entre o interesse do Estado em punir os infratores da norma penal e o interesse do acusado em se defender.¹⁸²

Nesse confronto, a aplicação dos institutos de direito penal e processual penal deve estar pautada na proporcionalidade, por meio de uma ponderação dos valores consagrados na Constituição Federal de 1988. Assim, não há que se negar a posição estatal de garante da segurança pública, do direito à vida e integridade física, que, por outro lado, não possuem valores, *a priori*, superiores ao dever estatal da garantia da intimidade e da vida privada de cada cidadão.

¹⁸² FERNANDES, Antonio Scarance. *O equilíbrio na repressão ao crime organizado*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 10.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo penal contemporâneo vem sendo marcado por uma tensão de forças opostas: por um lado, a eficiência dos órgãos estatais na aplicação da norma penal, por outro, a necessidade de se preservar o núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais na concretização da lei penal. Hodiernamente, essa tensão ganha maior visibilidade com o surgimento da macrocriminalidade, que põe em xeque o próprio aparato repressivo estatal.

Vimos que, com aparição desde os tempos mais remotos, a criminalidade organizada ganhou contornos devastadores a partir da era pós-industrial; adaptou-se à globalização das sociedades e, ainda, utilizou-se dos conhecimentos desenvolvidos no campo empresarial para, então, passar a atuar de uma forma coordenada, planejada e organizada.

Com efeito, não se pretendeu, evidentemente, exaurir a matéria acerca das organizações criminosas, assunto repleto de divergências doutrinárias, conforme apreendido no bojo deste trabalho, havendo, pois, quem sustente inclusive a inexistência própria de uma criminalidade organizada. Sem embargo, partindo-se da posição majoritária que percebe a existência do crime organizado, cremos ter logrado êxito quanto à proposta inicial do trabalho – abordagem acerca do conceito mínimo e das características elementares de uma organização criminosa.

É inevitável, ao fim e ao cabo, no estudo acerca das organizações criminosas, o assunto acerca da excepcionalidade das técnicas de investigação e dos meios de obtenção de provas do crime organizado. Conforme analisado neste trabalho, a inserção de meios diferenciados para obter provas da macrocriminalidade é medida que se impõe, haja vista que os meios tradicionais de obtenção de provas do crime comum mostram-se ineficazes para descortinar a realidade das organizações criminosas, pautadas essencialmente pela lei do silêncio e por uma atuação criminosa clandestina, muitas vezes, até, no interior do próprio poder estatal.

Diante desse espectro, institutos como a delação (colaboração) premiada, interceptação ambiental, ação controlada e infiltração policial ganham relevância no cenário internacional e nacional, como instrumentos para desmantelar as organizações criminosas. Como é de se esperar em um Estado de Direito, a

introdução dessas técnicas investigativas não poderia vir desprovida de uma filtragem constitucional, calcada no respeito à dignidade da pessoa humana.

Este trabalho, focalizando-se na técnica de infiltração de agentes, buscou analisar a operacionalização do instituto, tecendo, ainda, considerações acerca da sua conformação em face da CF/88.

Verificou-se que, enquanto parte da doutrina – minoritária, é verdade – sustenta a inconstitucionalidade do instituto, em razão do seu caráter invasivo, além de sua questionável eticidade, outra parte, defende sua constitucionalidade.

Entendemos que, a par dos anseios sociais de eficiência, efetividade e celeridade da persecução penal, é necessário também se assegurar a proteção dos direitos e garantias individuais dos investigados, sem os quais se perderia o caráter instrumental do processo penal.

A criminalidade organizada, como visto, constitui-se em um verdadeiro flagelo que ameaça a segurança pública, inclusive, a própria existência do Estado, pelo que demanda uma atuação positiva, coordenada dos órgãos estatais (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário), inclusive, com a inserção de técnicas especiais de investigação, de sorte a garantir a vida plena em sociedade.

Tal atuação, contudo, deve vir acompanhada de uma efetiva ponderação dos valores em questão (de um lado, a segurança pública, e a liberdade, de outro). Isso porque, na realidade, a eficiência do processo penal traduz-se na realização dos direitos fundamentais, devendo ser criadas condições para o efetivo exercício destes direitos. Fora disso, o Estado (e o processo penal), que existe a princípio para defesa da liberdade dos indivíduos, passa a ser um fim em si mesmo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANARTE BORRALLO, Enrique. *Conjeturas sobre la Criminalidad Organizada*. In: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ANARTE BORRALLO, Enrique (Coord). *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Crimes federais*. 6ª edição, revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. _____. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECK, Francis Rafael. *Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à lei de organização criminosa – lei 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. Decreto nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm> Acesso em: 16 nov. 2017.

_____. Decreto nº 6.259, de 10 de fevereiro de 1944. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del6259.htm> Acesso em: 16 nov. 2017.

_____. Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10217.htm> Acesso em: 21 dez. 2017.

_____. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12694.htm> Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htmimpress%C3%A3o.htm> Acesso em: 21 dez. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Criminalidade organizada & globalização desorganizada: Curso completo de acordo com a lei 12.850/13*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

CÍCERO, Natali Carolini de Oliveira; SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de. *A origem do crime organizado e a sua definição à luz da Lei nº 12.694/12*. pp. 7-14. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3564/3320>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

COLLINS. Definição: *omertà*. Disponível em: <<https://www.collinsdictionary.com/pt/dictionary/english/omerta>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CONSERINO, Cassio Roberto; VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho, MAGNO, Levy Emanuel. *Crime organizado e institutos correlatos*. São Paulo: Atlas, 2011.

COWEN, Richard A. *The Entrapment Doctrine in the Federal Courts and Some State Court Comparisons*. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4758&context=jclc>>. Acesso em: 23 dez. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei 12.850/2013*. Salvador: Juspodvm, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. *Análise criminológica das organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

EL TASSE, Adel. *Nova Lei do Crime Organizado*. Lex Magister, 2013. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24840822_NOVA_LEI_DE_CRIME_ORGANIZADO.aspx>. Acessado em 21 dez. 2017.

ENDO, Igor Koiti. *Origens das Organizações Criminosas: aspectos históricos e criminológicos*. *Revistas Eletrônicas da Toledo Presidente Prudente*, 2009. Disponível em: <intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1242/1184>. Acesso em: 29 out. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014.
- FILHO, Vicente Greco. *Comentários à lei de organização criminosa – lei nº 12.850/13*. São Paulo: Saraiva.
- GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raúl. *Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. *O Crime organizado na visão da Convenção de Palermo*. TRIBUNA, 2008. Disponível em: < <http://www.tribunapr.com.br/noticias/o-crime-organizado-na-visao-da-convencao-de-palermo/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.
- GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à lei de organização criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 2ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.
- LUIZ, Rascovski. *Entrega vigiada: meio investigativo de combate ao crime*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACIAL, Alexandre Rorato. *Crime organizado: persecução penal e política criminal*. Paraná: Juruá Editora, 2015.
- MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. *Crime organizado*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. _____. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCRIM, 1998.
- MONDIN, Battista. *O homem, quem é ele? Elementos da Antropologia Filosófica*. São Paulo: Paulus Editora, 1986.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Forense, 2015.
- PACHECO, Rafael. *Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*. São Paulo: Atlas, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PRADO, Geraldo; DOUGLAS, Willian. *Comentários à Lei do Crime Organizado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Crime organizado no Brasil: comentários à Lei nº 9.034/95 – aspectos policiais e judiciários: teoria e prática*. São Paulo: Iglu, 1998.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações criminosas: aspectos penais processuais da Lei 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Ivan Luiz da. *Crime organizado: aspectos jurídicos e criminológicos – Lei nº 9.034/95*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SOUZA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Atlas, 2015.

VIVEIROS, Mauro. *Crime Organizado: Desafios e consequências*. Ponto na curva 2016. Disponível em: <<http://www.pontonacurva.com.br/opiniao/crime-organizado-desafios-e-consequencias/1078>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

ZAFFARONI, Eugene Raul. *Crime organizado: uma categorização frustrada*. Disponível em: <<https://docslide.com.br/documents/eugenio-raul-zaffaroni-crime-organizado-uma-categorizacao-frustrada.html>> Acesso em: 29 out. 2017.